

## PUBLIEKE VERSIE

### Het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit

### Beslissing BMA-2020-C/C-08 van 11 februari 2020 in toepassing van artikel IV. 66, §1 en §2 van het Wetboek van economisch recht ingevoegd door de Wet van 2 mei 2019

---

Zaak nr. MEDE-C/C-17/0014

**Verzoek van Kinopolis Group NV 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, en zoals geactualiseerd door Kinopolis dd 28 januari 2019.**

#### **I. Procedure**

1. Op 31 maart 2017 heeft Kinopolis Group NV (hierna : de verzoekster) een verzoekschrift ingediend bij het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: 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.
2. Op dezelfde dag werd Charlotte Delmeire, attaché bij de BMA, door de auditeur-generaal aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek. Patrick Marchand, auditeur, Karen Vanderstraeten, Hannes Echaute en Nancy Teugels, allen attaché, werden toegevoegd aan het onderzoeksteam. Mevrouw Griet Jans, adjunct van de directeur economische studies, heeft bijstand verleend aan het onderzoek.
3. Overeenkomstig artikel IV.29 van Boek IV van het Wetboek van Economisch recht (hierna: WER) wordt Antoon Kyndt, auditeur bij de BMA aangeduid als tweede auditeur die deel uitmaakt van de cel die wordt samengesteld voor elke aangemelde concentratie.
4. Op 18 april 2017 heeft de voorzitter het Mededingingscollege samengesteld.
5. Het onderzoek werd afgesloten op 8 mei 2017, de dag waarop het gemotiveerd ontwerp van beslissing aan verzoekster alsook aan het Mededingingscollege werd overgemaakt.
6. Op 18 mei 2017 heeft de voorzitter, alsook het Auditoraat en de aanmeldende partij schriftelijke opmerkingen ontvangen van Eurocoop en Imagix. Kinopolis heeft zijn schriftelijke opmerkingen 22 mei 2017 aan de voorzitter en het Auditoraat overgemaakt.

7. Op 23 mei 2017 heeft het Mededingingscollege de aanmeldende partij, de derden, de auditeur en de directeur economische studies gehoord.
8. Op 31 mei 2017 heeft het Mededingingscollege een beslissing genomen onder nummer BMA-2017-C/C-22 in toepassing van de artikelen IV.61, § 1, 1° en § 2, eerste lid, 1° WER in de zaak nr. MEDE-C/C-17/0014 betreffende het verzoek van Kinopolis Group NV 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.
9. Op verzoek van Euroscop en I-Magix heeft het Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof, bij Arrest van 28 februari 2018 (rol nummer 2017/AR/1139 gevoegd met 2017/MR/1) :
  - de beslissing van 31 mei 2017 van het Mededingingscollege, gekend onder nummer BMA-2017-C/C-22, bevestigd voor wat betreft het behoud van de Eerste en Tweede Voorwaarde, alsook voor wat betreft het behoud van de Vierde Voorwaarde voor wat betreft overnames;
  - de beslissing van 31 mei 2017 van het Mededingingscollege, gekend onder nummer BMA-2017-C/C-22, vernietigd voor wat betreft de opheffing van de Vierde Voorwaarde voor wat betreft de nieuwe oprichting door Kinopolis (organische groei), omwille van een motiveringsgebrek zoals vastgesteld door het Hof van beroep te Brussel.
10. Op 26 april 2018 heeft het Mededingingscollege een nieuwe beslissing genomen onder nummer BMA-2018-C/C-12 in toepassing van de oude artikelen IV.61 §1, 1° en §2, eerste lid, 1° WER in de zaak MEDE-C/C-17/0014 betreffende het ingediend opheffingsverzoek van Kinopolis Group NV. Deze beslissing betrof enkel de Vierde Voorwaarde voor wat betreft de oprichting van een nieuw één-of- meer zalencomplex (organische groei) door Kinopolis (hierna: Beslissing van 2018).
11. Op verzoek van Euroscop heeft het Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof, bij Arrest van 21 november 2018 (rol nummer 2018/MR/3) de beslissing BMA-2018-C/C- 12 van 26 april 2018 opnieuw vernietigd wegens procedurele gebreken met betrekking tot de samenstelling van de zetel van het mededingingscollege (hierna: het Arrest van november 2018).
12. Gevolg gevend aan dit Arrest heeft de voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit op 27 november 2018 het Mededingingscollege samengesteld conform oud artikel IV. 21 WER.
13. Op 28 januari 2019 heeft Kinopolis Group NV een geactualiseerde versie van haar oorspronkelijk opheffingsverzoekschrift van 31 maart 2017 ingediend bij het Auditoraat van de BMA.
14. Het onderzoek van de auditeur werd afgesloten op 4 maart 2019, de dag waarop het geactualiseerd gemotiveerd ontwerp van beslissing aan verzoekster alsook aan het Mededingingscollege werd overgemaakt (hierna: de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019).
15. Op 21 maart 2019 heeft het Mededingingscollege de aanmeldende partij, de derden, de auditeur, de directeur juridische studies en de directeur economische studies gehoord.
16. Op 25 maart 2019 heeft het Mededingingscollege een beslissing genomen onder nummer MEDE-C/C-17/0014 in toepassing van de oude artikelen IV.61 §1, 1° en §2, eerste lid, 1° WER in de zaak betreffende het ingediend geactualiseerd verzoekschrift van Kinopolis Group NV (hierna: de Beslissing van 2019). Deze beslissing betrof opnieuw enkel de Vierde Voorwaarde voor wat betreft de oprichting van een nieuw één-of-meer zalencomplex (organische groei) door Kinopolis.

17. Op verzoek van Kinopolis heeft het Hof van Beroep te Brussel, sectie Marktenhof, bij Arrest van 23 oktober 2019 (rol nummer 2019/MR/2) (hierna: het Arrest van 2019) de beslissing BMA MEDE-C/C-17/0014 van 25 maart 2019 vernietigd “voor wat betreft de in deze beslissing opgenomen beperkingen van de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, maar deze beslissing bevestigt voor het overige wat betreft de opheffing zelf van de vierde voorwaarde inzake organische groei”.
18. Op 4 november 2019 verzocht de auditeur Kinopolis per brief om het geactualiseerd verzoekschrift van 28 januari 2019 te vervolledigen en te actualiseren.
19. Op 22 november 2019 heeft de voorzitter het Mededingingscollege samengesteld uit andere leden in navolging van het Arrest van 23 oktober 2019.
20. Op 3 december 2019 heeft Kinopolis Group NV het Arrest van het Hof van Beroep te Brussel, sectie Marktenhof, van 23 oktober 2019 (rol nummer 2019/MR/2) (hierna: het Arrest van 2019) aan de Belgische Mededingsautoriteit betekend;
21. Op 6 december 2019 heeft Kinopolis Group NV een aanvulling ingediend op het geactualiseerd opheffingsverzoek van 28 januari 2019.
22. Op dezelfde dag werd Charlotte Delmeire, attaché bij de Belgische Mededingingsautoriteit, door de auditeur-generaal aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek. Hannes Eechaute, attaché, werd toegevoegd aan het onderzoeksteam. Mevrouw Griet Jans, economisch adviseur-generaal, en Jeroen Vander Cruyssen, medewerker van de directeur economische studies, hebben bijstand verleend aan het onderzoek. Overeenkomstig artikel IV.27, §4 WER werd Antoon Kyndt, auditeur bij de BMA, aangeduid als auditeur-adviseur.
23. Het onderzoek van de auditeur werd afgesloten op 21 januari 2020, de dag waarop het gemotiveerd voorstel van beslissing aan verzoekster alsook aan het Mededingingscollege werd overgemaakt.
24. Op 03 februari 2020 hebben Kinopolis Group NV en I-magix NV schriftelijke opmerkingen aan de Voorzitter en het Auditoraat overgemaakt.
25. Op 07 februari 2020 heeft het Mededingingscollege de Verzoekster, de derden, de auditeur en de directeur juridische en economische studies gehoord.

## **II. Betrokken Partijen**

### **II.1 De verzoekster**

26. De verzoekster is Kinopolis Group NV (hierna: Kinopolis) met vennootschapszetel te Eeuwfeestlaan nr. 20, 1020 Brussel, België, met ondernemingsnummer 415.928.179.<sup>1</sup>

### **II.2 Aard van de bedrijfsactiviteiten van de onderneming**

27. Kinopolis baat via haar dochterondernemingen en via derden bioscoopcomplexen uit in België, Frankrijk, Nederland, Spanje en Zwitserland Luxemburg en Polen. Kinopolis is daarnaast actief in de filmdistributie via haar dochteronderneming Kinopolis Film Distribution NV (“KFD”) en exploiteert een

---

<sup>1</sup> Verzoekschrift p. 8.

regie die schermreclame verkoopt via haar dochteronderneming Brightfish NV ("**Brightfish**"). Kinopolis is tot slot actief in de vastgoedsector<sup>2</sup>.

### **II.3 Juridische Vertegenwoordigers<sup>3</sup>**

28. Voor Kinopolis Group:

Frank Wijckmans, Eline Declerck en Laurence Vanhyfte  
Advocaten  
Contrast  
Minervastraat 5  
1930 Zaventem  
Tel:+32 2 275 00 75  
E-mail: [frank.wijckmans@contrast-law.be](mailto:frank.wijckmans@contrast-law.be), en [eline.declerck@contrast-law.be](mailto:eline.declerck@contrast-law.be),  
[laurence.vanhyfter@contrast-law.be](mailto:laurence.vanhyfter@contrast-law.be)

### **II.4 Belanghebbende derde partijen**

29. **I-magix NV (hierna "Imagix")**, ingeschreven in de Kruispuntbank van ondernemingen onder het nummer BE0633.571.336, met maatschappelijke zetel te 7500 Tournai, Boulevard Delwart 60; bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester Koen Platteau en Meester Mathieu Vancaillie, advocaten bij de balie te Brussel met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 143;

30. **UGC Belgium NV (hierna "UGC")**, ingeschreven in de Kruispuntbank van ondernemingen onder het nummer BE0418.433.650, met maatschappelijke zetel te 1050 Brussel, Gulden-Vlieslaan 8; bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester Xavier Taton en Meester Isabel Rooms, Meester Philippe Jonckheere, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Brederodestraat 13;

31. **Pathé Gaumont (hierna "Pathé")**, met maatschappelijke zetel te 75008 Paris (France), Rue Lammenais 2, hebbende als raadsman Meester Emmanuel Durand, 57 Avenue d'Iéna CS-11610, 75773 PARIS, Cedex 16 FRANCE, en vertegenwoordigd door de heer David Epstein, Director Operations;

## **III. Gemotiveerd ontwerp van beslissing van auditeur**

32. De auditeur legde voor wat volgt:

### **Juridisch kader**

#### **III.1 Historiek opvolging Vierde Voorwaarde inzake organische groei**

21. *Dit gemotiveerd voorstel van beslissing kadert in de opvolging van de Vierde Voorwaarde voor wat betreft de oprichting van een nieuw één-of-meer zalencomplex (organische groei) die de Kinopolis Group NV werd opgelegd door de Beslissing van 1997.*

22. *Voor de historiek van de opvolging van de voorwaarden van Beslissing 1997 vóór het opheffingsverzoek van Kinopolis van 31 maart 2017, verwijst de auditeur naar de randnummers 27 t.e.m. 56 van Hoofdstuk*

---

<sup>2</sup> Verzoekschrift p. 8.

<sup>3</sup> Verzoekschrift p. 8.

V “Juridisch kader” van (de intussen gedeeltelijk vernietigde) beslissing BMA-2019-C/C-13 van 25 maart 2019 van het Mededingingscollege.

23. Het voorliggende voorstel tot beslissing zal eerst dieper ingaan op de beslissingspraktijk van het Mededingingscollege en op de rechtspraak van het Marktenhof naar aanleiding van het opheffingsverzoek van Kinopolis van 2017. Immers, de auditeur stelt vast dat zowel de (vernietigde) College beslissingen van 31 mei 2017 en van 26 april 2018 als het arrest van het Marktenhof van 23 oktober 2019 opteren voor een temporele opheffingsmodaliteit (overgangperiode) voor de Vierde Voorwaarde inzake organische groei (niettegenstaande de auditeur in elk ontwerpvoorstel een opheffingsmodaliteit in functie van de grootte van het bioscoopcomplex voorstelde). Waar het Mededingingscollege zelf reeds een tijdsduur (van 2 jaar) bepaalde in haar eerste beslissing van 2017 (en deze onveranderd bleef in haar tweede beslissing van 2018), geeft nu ook het Marktenhof aan de BMA de opdracht om een overgangperiode vast te stellen.

24. Teneinde de precieze draagwijdte van deze opdracht te duiden, lijkt het de auditeur dan ook aangewezen om te onderzoeken op welk punt(en) het Marktenhof de motivering van het Mededingingscollege m.b.t. de tijdsduur van de overgangperiode gebrekkig heeft gevonden. Daarnaast merkt de auditeur op dat de woordkeuze van het Hof in de opdracht grotendeels overeenkomt met deze in de (vernietigde) College beslissingen van 31 mei 2017 en 26 april 2018, of het Hof minstens de onderliggende overwegingen van het College herneemt of hierop voortbouwt. De auditeur meent dan ook dat het aangewezen is de tekstuele omschrijving van de opdracht van het Hof tegen deze achtergrond te lezen.

### **III.1.1 Het Arrest van het Marktenhof van 28 februari 2018 (rol nummer 2017/AR/1139 gevoegd met 2017/MR/1)**

25. Euroscop en Imagix tekenden beroep aan bij het Marktenhof tegen de beslissing BMA -2017-C/C-22 van 31 mei 2017 van het Mededingingscollege.

#### **III.1.1.a Beslissing BMA 2017-C/C-22 van 31 mei 2017**

26. In zijn (vernietigde) Beslissing van 2017 was het Mededingingscollege van oordeel dat beperkingen inzake organische groei zeer ingrijpende maatregelen vormen. Bovendien achtte het College het ook voldoende aannemelijk dat er op de relevante markten een vraag bestond aan de consumentzijde die toen niet of onvoldoende werd ingevuld. Het College meende ook dat elke vorm van organische groei, ongeacht de grootte van het cinema complex, pro-concurrentiële effecten heeft, zoals een verhoogde kwaliteit en meer keuzemogelijkheden voor de consument. Anderzijds was het College wel van oordeel dat de onmiddellijke opheffing van de Vierde Voorwaarde inzake de oprichting van nieuwe complexen de daadwerkelijke mededinging zou kunnen beperken gelet op het “disruptieve effect” op de concurrenten van Kinopolis.

27. Het College opteerde bijgevolg voor een overgangperiode van 2 jaar met ingang na de datum van zijn beslissing “om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de Vierde Voorwaarde”. Het College was immers van oordeel dat na deze beperkte periode van twee jaar als een overgangperiode is te beschouwen waarin (lees: waarna) “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 Kinopolis, te remediëren.”<sup>4</sup>

28. De duurtijd van 2 jaar motiveerde het College als volgt:

“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 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 ontplooiën op de markten die nog niet verzadigd zijn.”<sup>5</sup>

29. Tenslotte was het College van oordeel dat Kinopolis gedurende de 2-jarige overgangperiode “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”.<sup>6</sup>

### **III.1.1.b Arrest Marktenhof van 28 februari 2018**

30. Op 28 februari 2018 vernietigde het Marktenhof deze beslissing van 31 mei 2017 van het Mededingingscollege voor 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 omwille van een motiveringsgebrek:

“Het Mededingingscollege verwijst naar gegevens van Kinopolis 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 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.”<sup>7</sup>

### **III.1.2 Het Arrest van het Marktenhof van 21 november 2018 (2018/MR/3)**

31. Euroscop tekende beroep aan bij het Marktenhof tegen de Beslissing van 2018 van het Mededingingscollege.

### **III.1.2.a Beslissing BMA 2018-C/C-12 van 26 april 2018**

32. In zijn (vernietigde) Beslissing van 2018 herbevestigde het Mededingingscollege haar keuze voor een overgangperiode als opheffingsmodaliteit:

“Wat betreft het tijdstip van de opheffing van de vierde voorwaarde is het redelijk 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

<sup>4</sup> Beslissing BMA 2017-C/C-22 van 31 mei 2017, §30-35.

<sup>5</sup> Beslissing BMA 2017-C/C-22 van 31 mei 2017, §35.

<sup>6</sup> Beslissing BMA 2017-C/C-22 van 31 mei 2017, §35.

<sup>7</sup> Arrest van het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 28 februari 2018 (2017/AR/1139 gevoegd met 2017/MR/1), §26.

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. Deze overgangperiode moet lang genoeg zijn om de potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten van andere marktspelers een goede kans op slagen te geven. Deze overgangperiode mag ook niet te lang zijn, zodat de andere marktspelers voldoende prikkels hebben om potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten effectief uit te voeren (...).<sup>8</sup>

33. Gelet op het vorige arrest van het Marktenhof, motiveerde het College bijkomend de tijdsduur van 2 jaar met name als volgt:

“Na analyse van de wettelijke voorziene termijnen van de nodige vergunningen in de drie gewesten, komt het College tot de conclusie dat een periode van twee jaar die ingaat op datum van onderhavige beslissing de andere marktspelers voldoende voorsprong geeft hun potentiële bestaande of nieuwe investeringsprojecten uit te voeren. (...).<sup>9</sup>”

34. Volgens het Mededingingscollege belet deze overgangperiode niet dat Kinopolis reeds voorbereidende handelingen stelt met het oog op de toekomstige oprichting van nieuwe vestigingen. Het College is hierbij van oordeel dat het algemene verbod op misbruik van machtspositie volstaat om de bestaande marktdeelnemers te beschermen tegen voorbereidende handelingen die de potentiële of bestaande investeringsprojecten van andere marktspelers op een ongeoorloofde wijze zouden schaden.<sup>10</sup>

### **III.1.2.b Arrest Marktenhof van 21 november 2018**

35. Op 21 november 2018 vernietigde het Marktenhof de Beslissing van 2018 van het Mededingingscollege voor 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 opnieuw omwille van procedurele elementen, ditmaal wegens een procedurele gebrek met betrekking tot de samenstelling van de zetel van het Mededingingscollege.

36. Het Hof achtte het onontbeerlijk achtte dat de volledige rechtspleging zoals zij in boek IV van het WER is gesteld diende te worden nageleefd opdat het Mededingingscollege van de BMA een nieuwe beslissing kon nemen. Volgens het Hof kan het ‘met name niet zo zijn dat het Mededingingscollege van de BMA er zich toe beperkt, in de dezelfde samenstelling een soort “reparatiebeslissing” te nemen, daarmee bedoelt het Hof 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).<sup>11</sup>”

37. Het Hof oordeelde dat opdat een rechtsgeldige nieuwe beslissing zou kunnen worden genomen - het noodzakelijk is dat de rechtspleging ab initio wordt hernomen. Het louter behouden van de beslissing mits toevoeging van enige motieven was volgens het Hof immers niet voldoende. Hiertoe dient de Voorzitter

<sup>8</sup>Beslissing BMA 2018-C/C-12 van 26 april 2018, §44.

<sup>9</sup> Beslissing BMA 2018-C/C-12 van 26 april 2018, §44.

<sup>10</sup> Beslissing BMA 2018-C/C-12 van 26 april 2018, §44.

<sup>11</sup> Arrest van het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 21 november 2018 (2018/AR/9251 gevoegd met 2018/MR/3), 5.2.4, p. 37-38.

van de BMA het Mededingingscollege conform artikel IV. 21 WER opnieuw samen te stellen 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 heeft samengesteld, beschikken de belanghebbenden over alle middelen tot rechtsbescherming zoals deze door het WER zijn vastgelegd.<sup>12</sup>

38. Een herneming van de rechtspleging ab initio betekende volgens het Hof 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’. Er moet wel ‘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 element zijn die intussen aan het onderzoek moeten toegevoegd worden en welke hun impact is op de besluitvorming zelf’.<sup>13</sup>

39. Het Marktenhof oordeelde verder dat aan de belanghebbenden de mogelijkheid werd ontnomen om een controleerbaar proces te voeren, dit wil zeggen een proces waarvan de wettelijkheid ten allen tijd door het Marktenhof kan getoetst worden. Dit druist in tegen regels van openbare orde met betrekking tot de procesvoering.

40. Het is zo dat door het niet-naleven van de volledige rechtspleging voort de partijen de mogelijkheid tot het toepassen van de regels van artikel IV.32 WER (d.i. de bepaling met betrekking tot de wraking van leden van het Mededingingscollege) werd ontzegd. Euroscop heeft immers de vraag naar onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de leden van het Mededingingscollege van de BMA, die een nieuwe beslissing diende te nemen, niet door het Marktenhof kunnen laten toetsen.

### **III.1.3 Het Arrest van het Marktenhof van 23 oktober 2019 (2019/MR/2)**

41. Kinopolis, Euroscop en Imagix tekenden beroep aan bij het Marktenhof tegen de beslissing BMA-2019-C/C-13 van 25 maart 2019 van het Mededingingscollege.

#### **III.1.3.a Beslissing BMA 2019-C/C-13 van 25 maart 2019**

42. In zijn (vernietigde) beslissing BMA 2019-C/C-13 van 25 maart 2019 oordeelde het Mededingingscollege over het geactualiseerd verzoekschrift van Kinopolis tot opheffing van de voorwaarden van 28 januari 2019. Het College besliste:

- “Dat de vierde Voorwaarde inzake oprichting wordt opgeheven voor wat betreft oprichting van bioscopen voor zover het de oprichting betreft van een bioscoop van 7 zalen of minder, en van 1.125 zetels of minder. Deze twee drempels zijn cumulatief.

Voor de toepassing van deze gedeeltelijke opheffing moeten volgende beperkingen worden gerespecteerd:

- a. het nieuwe complex mag niet op minder dan 10 km (gemeten in vogelvlucht) van een reeds bestaand Kinopolis-complex gevestigd worden.

---

<sup>12</sup> Arrest van het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 21 november 2018 (2018/AR/9251 gevoegd met 2018/MR/3), 5.2.4, p. 38.

<sup>13</sup> Arrest van het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 21 november 2018 (2018/AR/9251 gevoegd met 2018/MR/3), 5.2.4, p. 38.



- b. *het nieuwe complex mag niet uitgebreid worden tot meer dan 7 zalen of meer dan 1.125 zetels.*

*Indien Kinopolis een complex wenst op te richten binnen een straal van 10 km afstand van één van haar eigen bioscopen of indien Kinopolis een nieuw complex wenst uit te breiden zodat de drempel van 7 zalen of drempel van 1.125 zetels overschreden wordt, dan kan voor deze oprichtings- of uitbreidingsdossiers onder bepaalde omstandigheden de aanmelding worden behandeld via een vereenvoudigde procedure, zoals omschreven onder randnummers 1075 tot en met 1080 van de Ontwerpbeslissing.*

- *Dat de vierde Voorwaarde inzake oprichting van bioscopen in andere omstandigheden behouden blijft. Evenwel kan ook voor deze oprichtingsdossiers onder bepaalde omstandigheden de aanmelding worden behandeld via een vereenvoudigde procedure, zoals omschreven onder randnummers 1075 tot en met 1080 van de Ontwerpbeslissing.” (dictum)*

43. *In deze beslissing oordeelde het College dat Kinopolis nog steeds over een machtspositie beschikte op de lokale vertoningsmarkten voor haar complexen, behoudens voor wat betreft het Kinopolis complex te Brussel. (§43)*

44. *Het College bevestigde dat er voldoende indicatoren waren om vast te stellen dat Kinopolis in 2018 ook op de nationale vertoningsmarkt nog steeds over een machtspositie beschikte. (§45)*

45. *Het College deelde het standpunt van de auditeur voor wat betrof de modulatie van de vierde Voorwaarde op basis van de grootte van de nieuwe complexen van Kinopolis. Het College was van mening dat de auditeur voldoende had aangetoond dat voor complexen met 7 zalen of minder en 1.125 zetels of minder, een nieuw Kinopolis complex pro-concurrentiële gevolgen zou teweeg brengen, waaronder het stimuleren van bioscoopbezoek door het creëren van nieuw aanbod en een ruimere keuze voor de consument, alsook een bijkomende prikkel voor concurrenten om zelf te investeren in nieuwe complexen en de filmbeleving te vernieuwen. Anderzijds oordeelde het College dat het risico op mededingingsbeperkende gevolgen van een dergelijk complex, zoals het verdrijven van bestaande complexen met als gevolg een vershraling van het aanbod, beperkt was en dat ook de impact op het versterking van de machtspositie van Kinopolis op de nationale vertoningsmarkt beperkt bleef. (§66)*

46. *Tot slot oordeelde het College dat er bijkomende beperkingen dienden te worden opgelegd om de effectiviteit van de opgelegde voorwaarden te kunnen waarborgen (oplegging van de 10 km- en uitbreidingsbeperkingen). (§§ 67 en 68)*

### **III.1.3.b Arrest Marktenhof van 23 oktober 2019**

47. *Het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 23 oktober 2019 (2019/MR/2) beslist tot de gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van 25 maart 2019, met name voor wat betreft de beperking van de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei tot bioscoopcomplexen met maximum 7 zalen en 1.125 zetels en de daaraan verbonden beperkingen dat het nieuw complex niet op 10 km (gemeten in vogelvlucht) van een reeds bestaand Kinopolis-complex gevestigd mag worden en niet verder uitgebreid tot meer dan 7 zalen of 1.125. Anderzijds bevestigt het Hof de beslissing voor het overige wat betreft de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei.<sup>14</sup>*

---

<sup>14</sup> Arrest van het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 21 november 2018 (2019/AR/8030 gevoegd met 2019/MR/2), rn. 31.

48. Het Hof is van oordeel dat “de beperkingen inzake organische groei zeer ingrijpende gedragsvoorwaarden vormen” die in sommige gevallen anticompetitief en discriminerend zijn. Immers, volgens het Marktenhof verbiedt het mededingingsrecht ondernemingen niet om hun positie te versterken door middel van organische groei, zelfs niet wanneer dit zou leiden tot de creatie of versterking van een machtspositie. Het Marktenhof merkt ook op dat “er op het eerste zicht vanuit concurrentie oogpunt geen reden bestaat om investeringen in nieuwe (of bestaande) complexen (organische groei) (nog verder) te beletten omdat zulks innoverende werking heeft en dus de consument ten goede komt zonder al te zeer stil te blijven staan bij de belangen van concurrerende ondernemingen.” Het beperkend effect van de marktmacht die Kinopolis heeft, kan volgens het Marktenhof desgevallend op een andere wijze ondervangen worden.

49. Het Hof overwoog echter ook:

“dat de onmiddellijke en integrale opheffing van de vierde waarde inzake organische groei de daadwerkelijke mededinging zou kunnen beperken gelet op het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinopolis. Om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, verwijst het Marktenhof de zaak opnieuw naar de BMA die zal oordelen, rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmargin van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert, over een overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is. Het Marktenhof zal evenwel toezicht kunnen uitoefenen en met name desgevallend erop toezien of de BMA objectiveerbare omstandigheden aanhaalt eigen aan de zaak die een welbepaalde overgangperiode al dan niet deugdelijk en afdoend kunnen verantwoorden.

De WER en de Europese mededingingsregels moeten worden geacht om daarna een eventueel marktfaalen dat in rechtstreeks causaal verband staat met de marktmacht van Kinopolis te remediëren.”

50. Het Marktenhof stelt dat de verdere afhandeling van het opheffingsverzoek van Kinopolis (bepaling van de overgangperiode) toekomt aan de BMA door een anders samengestelde kamer.

### **III.2 De opdracht van het Marktenhof**

51. In haar Arrest verwijst het Marktenhof de zaak opnieuw naar de BMA. Het Hof omschrijft de invulling van de opdracht aan de BMA als volgt:

“Om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, verwijst het Marktenhof de zaak opnieuw naar de BMA die zal oordelen, rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmargin van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert, over een overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is.

Het Marktenhof zal evenwel toezicht kunnen uitoefenen en met name desgevallend erop toezien of de BMA objectiveerbare omstandigheden aanhaalt eigen aan de zaak die een welbepaalde overgangperiode al dan niet deugdelijk en afdoend kunnen verantwoorden.”<sup>15</sup>

52. Het is dus aan de BMA om een overgangperiode te bepalen die het toelaat aan concurrenten om zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. De auditeur is het er

---

<sup>15</sup> Arrest van het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) van 21 november 2018 (2019/AR/8030 gevoegd met 2019/MR/2), rn. 48 in fine.

met Kinopolis over eens dat de overgangperiode door het Marktenhof wordt bedoeld als een “voorbereidingstijd” voor concurrenten op de komst van nieuwe Kinopolis complexen in België.

53. De auditeur is echter van oordeel dat het bepalen van een voorbereidingstijd mogelijks verder moet gaan dan het louter vastleggen van de tijdsduur ervan. Immers, het arrest spreekt uitdrukkelijk over een “effectieve, passende en proportionele” overgangperiode. Er moet bijgevolg onderzocht worden of daarenboven bepaalde modaliteit(en) moeten uitgewerkt worden om de effectiviteit van de overgangperiode te waarborgen. Het marktonderzoek zal uitwijzen of én hoe de BMA de modaliteiten van een overgangperiode moet concipiëren.

54. Het gewenste effect dat het Marktenhof met een overgangperiode voor ogen heeft, relateert het Hof aan de gevolgen die zij juist wenst te vermijden in geval van een onmiddellijke en integrale opheffing van de groeibeperking: het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinopolis waardoor de daadwerkelijke mededinging zou kunnen worden beperkt.

55. Anderzijds legt het Marktenhof uitdrukkelijk beperkingen op aan het beleidsmarge van de BMA bij de uitwerking van haar opdracht. De BMA moet rekening houden met de door het Hof gemaakte overwegingen en de BMA moet ook een afweging maken van economische en sociale gegevens. Het Hof verduidelijkt waarom een afweging moet gemaakt worden: enerzijds het zeer ingrijpend karakter van een gedragsvoorwaarde - in sommige gevallen zelfs anticompetitief en discriminerend - en anderzijds het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van nieuwe Kinopolis complexen in geval van onmiddellijk en integrale opheffing van de groeibeperking. De BMA moet deugdelijk en afdoend een welbepaalde overgangperiode motiveren met objectiveerbare omstandigheden eigen aan de zaak.

56. Het Marktenhof herneemt de overwegingen van het Mededingingscollege uit beslissing BMA 2017-C/C-22 van 31 mei 2017. Het was het College dat uitging van het “disruptief” karakter van een onmiddellijke opheffing voor de concurrenten maar tegelijkertijd ook de pro-concurrentiële voordelen van organische groei erkende. Daarom opteerde het College voor een aflopende overgangperiode om beide belangen te verzoenen en bedoeld als een voorbereidingstijd voor de concurrenten. Het Hof had deze beslissing destijds vernietigd omwille van een gebrekkige motivering van de duurtijd van de overgangperiode door het College en procedurele redenen. Gezien voorliggende opdracht aan de BMA blijkt het Hof wel achter de keuze van het College te staan voor een temporele opheffingsmodaliteit. De bepaling van de tijdsduur laat het Hof aldus over aan de BMA.

### **III.3 Rechtspleging “ab initio”**

57. Het Marktenhof stelt dat de BMA bij de verdere afhandeling van het opheffingsverzoek rekening moet houden met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarge van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert, toekomt aan de BMA.

58. Hoewel het Hof in het Arrest van 2019 geen uitdrukkelijke actualisatieopdracht heeft gegeven, is de auditeur van oordeel dat voor de procesvoering de zienswijze van het Marktenhof in haar arrest van 21 november 2018 moet gevolgd worden. Het Marktenhof stelde toen uitdrukkelijk dat de rechtspleging ab initio moet worden hernomen zoals geregeld in art. IV 58 WER en de Voorzitter van de BMA het Mededingingscollege volgens een anders samengestelde kamer moet samenstellen volgens artikel IV.21 WER.

59. In casu betekent dit dus dat er moet aangeknoopt worden bij het onderzoek inzake concentratie dat wordt ingesteld na indiening van het geactualiseerd opheffingsverzoek door Kinopolis op 28 januari 2019.

#### **IV. Verzoek aan Kinapolis tot aanvulling van het geactualiseerd verzoekschrift**

60. Volgens huidig artikel IV.63, §1, lid 1 WER kan de auditeur zijn onderzoek starten zodra hij de aanmelding heeft ontvangen of, indien de te verstrekken inlichtingen onvolledig zijn, zodra hij de volledige inlichtingen heeft ontvangen.

61. Kinapolis had op 28 januari 2019 een geactualiseerde versie van haar oorspronkelijk opheffingsverzoek van 31 maart 2017 overgemaakt aan het auditoraat. Daarin had Kinapolis het koppelen van de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei aan een overgangperiode verworpen. Kinapolis stelde hierover: "Immers, de Voorwaarde is intussen reeds twee jaar langer van kracht geweest en er is duidelijk gebleken dat deze termijn niet (of nauwelijks) wordt aangegrepen door concurrenten om nieuwe bioscoopprojecten op te starten. In het belang van de consument is het dan ook aangewezen om deze Voorwaarde met onmiddellijke ingang op te heffen."

62. De auditeur was dan ook, in het licht van het Arrest van 2019 en de daarbij horende opdracht, van oordeel dat het geactualiseerd verzoekschrift onvolledig was voor wat betreft de concrete invulling van een welbepaalde overgangperiode als opheffingsmodaliteit voor de vierde voorwaarde inzake organische groei.

63. Kinapolis werd per brief van 4 november 2019 verzocht op dit punt aan te vullen. In het bijzonder wenste de auditeur van Kinapolis te vernemen welke duurtijd en desgevallend voorwaarden aan de overgangperiode moeten gekoppeld worden opdat deze 'proportioneel, passend en effectief' zouden zijn teneinde haar concurrenten toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Kinapolis werd dan ook verzocht om, op grond van artikel IV.63, §1, lid 1 WER, alle objectief verifieerbare omstandigheden aan te halen die haar standpunt hieromtrent onderbouwen. Kinapolis werd tot slot ook verzocht om inlichtingen uit het geactualiseerd verzoekschrift die pertinent zijn voor dit standpunt doch gewijzigd na januari 2019 te actualiseren.

#### **✕ Onderzoekskalender**

<i>Indiening aanvulling op het geactualiseerd opheffingsverzoek door Kinapolis</i>	<i>6 december 2019</i>
<i>Aanvang onderzoekstermijn Auditoraat</i>	<i>9 december 2019</i>
<i>Neerlegging gemotiveerd voorstel van beslissing van de auditeur</i>	<i>21 januari 2020</i>
<i>Zitting van het Mededingingscollege</i>	<i>7 februari 2020</i>
<i>Beslissing Mededingingscollege</i>	<i>11 februari 2020</i>

## **VI. Evolutie aanbodzijde**

64. *De auditeur heeft de evolutie langs aanbodzijde onderzocht sedert de Beslissing van 2019. Bioscoopexploitanten werden gevraagd naar de stand van zaken van hun lopende bouwprojecten. Hierna volgt een niet-vertrouwelijke actualisatie.*

65. *Deze markbevraging wordt aangevuld met informatie via desk research.*

### **VI.1 Lopende nieuwbouwprojecten**

66. **UGC<sup>16</sup>** heeft op dit moment 2 concrete projecten. UGC bereidt momenteel schetsen voor van een complex als onderdeel van een vastgoedproject in samenwerking in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

67. Daarnaast finaliseert UGC een haalbaarheidsstudie voor de site in Vlaams Brabant, eveneens met een vastgoed - en projectontwikkelaar. De ontwikkeling van dat project staat al lange tijd op de planning van UGC en is vandaag nummer één op de agenda.

68. De auditeur merkt op dat in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 UGC reeds kenbaar had gemaakt in bespreking te zijn met een vastgoedontwikkelaar voor 2 bouwprojecten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en in Vlaams-Brabant. Het formaat van beide bouwprojecten diende toen nog bepaald te worden.<sup>17</sup>

69. **Pathé<sup>18</sup>** antwoordt dat vooral investeringen in modernisering belangrijk zijn.

70. Daarnaast heeft Pathé door de overname van Euroscop eveneens de leiding over de bouwprojecten die Euroscop heeft opgestart. De auditeur merkt op dat in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 die geleid heeft tot de beslissing van 25 maart 2019 Euroscop volgende projecten had kenbaar gemaakt:

*“1. In Oost-Vlaanderen werd door Euroscop recentelijk een stuk grond aangekocht. Het zal echter nog zeker drie (3) jaar duren alvorens hierop een cinema operationeel wordt. Het voorstel omvat het bouwen van een cinema met 8 zalen of meer.*

*2. Brussels Hoofdstedelijk Gewest: Euroscop heeft in het recente verleden verscheidene significante biedingen uitgebracht voor de ontwikkeling van een cinema in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. In tussentijd blijft Euroscop actief verder zoeken naar sites in dezelfde regio.*

*3. Ook in de provincie Limburg heeft Euroscop een bod uitgebracht voor de ontwikkeling van een nieuw cinemacomplex.*

*4. Verder is Euroscop ook actief (met name door middel van bezoeken, alsook besprekingen met verscheidene steden) op zoek naar bijkomende geschikte locaties doorheen Vlaanderen.”<sup>19</sup>*

71. **Pathé<sup>20</sup>** geeft volgende actualisatie van de projecten die destijds door Euroscop werden opgestart:

---

<sup>16</sup> Amendement van antwoord van 14 november 2019 op vraag 2 van de VOI van 6 november 2019 van UGC, rn. 11-15; antwoord van 15 januari 2020 op VOI van 15 januari 2020 van UGC.

<sup>17</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 74, rn. 448.

<sup>18</sup> Antwoord van 20 december 2019 op vraag I.2 van VOI van 6 november 2019 van Cinémas Pathé Gaumont.

<sup>19</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p.74, rn.449.

<sup>20</sup> Antwoord van 13 januari 2020 op VOI van 30 december 2019 van Cinémas Pathé Gaumont.

*“In dit verband moet worden opgemerkt dat, ook al kon Euroscop vóór de overname door Pathé bij bepaalde projecten worden betrokken, ook al waren deze soms vergevorderd, er nog veel obstakels moesten worden weggenomen voordat ze konden worden uitgevoerd.*

*Met betrekking tot de elementen die Euroscop in haar antwoord van 6 februari 2019 naar voren heeft gebracht, kunnen wij u vandaag het volgende meedelen:*

- Project in Oost-Vlaanderen: [VERTROUWELIJK];*
- Brussels Hoofdstedelijk Gewest: [VERTROUWELIJK];*
- Provincie Limburg: [VERTROUWELIJK];*
- Andere steden in Vlaanderen : [VERTROUWELIJK].*

*Ook in La Louvière in het Forum de La Strada-complex is een project in een vergevorderd stadium. »<sup>21</sup>*

72. Pathé geeft dus geen niet-vertrouwelijke informatie over met betrekking tot deze projecten.

73. “ **Imagix**<sup>22</sup> actualiseert randnummer 450 van de ontwerpbeslissing van 3 maart 2019 die geleid heeft tot de beslissing van 25 maart 2019 als volgt:

*“Imagix<sup>23</sup> werkt momenteel op minstens twee concrete projecten in het zuiden van België, maar momenteel zijn er geen plannen dat elk van de projecten meer dan 8 zalen zou bevatten. Deze omvatten o.m. (i) nieuwe investeringsprojecten - deze projecten zijn voor de concrete uitwerking echter afhankelijk van andere betrokken partners; Imagix heeft dus geen volledige controle over de timing – en (ii) mogelijke overnameprojecten. Alhoewel de plannen voor nieuwe investeringsprojecten zeer concreet zijn, lopen deze nieuwe projecten reeds meer dan twee jaar en bevindt één ervan ~~en bevinden~~ ze zich nog steeds in fase I (waarbij echter reeds een aankoopoptie is verkregen en de nodige voorbereidende handelingen (zoals een bodemonderzoek) zijn verricht). De auditeur verduidelijkt dat Fase I in het overzicht opgesteld door Imagix van een projectontwikkeling betrekking heeft op de aankoop van grond t.e.m. het verlijden van de notariële akte. Een ander project is intussen iets verder gevorderd (een aanvraag tot bouwvergunning wordt begin 2020 ingediend met het oog op het verkrijgen van een bouwvergunning in de eerste helft van 2020) zij het dat de bouwwerken nog niet zijn begonnen.” (auditeur onderlijnt de actualisatie door Imagix)*

---

<sup>21</sup> Vrije Nederlandse vertaling van: “Dans ce contexte, même si Euroscop, préalablement à son rachat par Pathé, pouvait être engagé dans certains projets, même parfois avancés, de nombreux obstacles devaient encore être levés préalablement à leur réalisation. Au regard des éléments mis en avant par Euroscop dans sa réponse en date du 6 février 2019, nous sommes en mesure de vous faire part aujourd’hui des éléments suivants :

- Projet en Flandre Orientale : [CONFIDENTIEL] ;*
- Région de Bruxelles Capitale : [CONFIDENTIEL] ;*
- Province de Limbourg : [CONFIDENTIEL] ;*
- Autres villes de Flandre : [CONFIDENTIEL].*
- Un projet est par ailleurs bien avancé à La Louvière dans le complexe du Forum de La Strada (Cf. articles de presse : <https://www.sudinfo.be/id128562/article/2019-07-04/un-cinema-euroscopcinoscope-dans-le-complexe-du-forum-de-la-strada-la-louviere> ; [https://www.rtb.be/info/regions/hainaut/detail\\_la-louviere-le-projet-de-cinema-de-la-strada-confronte-a-celui-d-imagix?id=10263912](https://www.rtb.be/info/regions/hainaut/detail_la-louviere-le-projet-de-cinema-de-la-strada-confronte-a-celui-d-imagix?id=10263912)). »*

<sup>22</sup> Antwoord van 7 januari 2020 op vraag 6 van VOI van 2 december 2019 van Imagix.

<sup>23</sup> Antwoord van 6 februari 2019 op vraag van VOI van 22 december 2018 van Imagix 11, e-mail van de raadsleden van Imagix aan de BMA van 28 februari 2019.

74. M.b.t. het (in de actualisatie eerst beschreven) project in fase I<sup>24</sup> werd dus een aankoopoptie aangegaan voor de grond. Bij ieder project probeert Imagix het onroerend goed in kwestie in optie te nemen zodat zekerheid ontstaat rond de mogelijke latere aankoop. De latere aankoop (dus: de lichting van de optie) vindt dan plaats bij het verkrijgen van de bouwvergunning. Imagix verduidelijkt dat het project uit twee delen bestaat en heel ingewikkeld is als gevolg van het feit dat het diverse gebouwen omvat, grondvervuiling inhoudt, etc. Diverse zaken dienen dus eerst te worden uitgeklaard (vandaar het door Imagix uitgevoerde bodemonderzoek bijvoorbeeld) vooraleer verdere stappen kunnen worden ondernomen. Imagix zal de ontwikkeling van de plannen samen met de architecten daarom pas begin 2020 starten. Op basis van het verloop in het andere project, gaat Imagix er van uit dat het opstellen van de plannen een jaar zal duren.<sup>25</sup> Imagix verwacht dan ook ten vroegste medio 2021 een aanvraag tot bouwvergunning te kunnen indienen.<sup>26</sup> Zij hoopt een definitieve bouwvergunning (dus na alle eventuele beroepsprocedures) te verkrijgen tegen het einde van 2022 (al is dit moeilijk in te schatten).<sup>27</sup>

75. **Belga Films**<sup>28</sup> met White Cinema te Docks Brussel antwoordt dat zij een akkoord hebben gesloten met het commercieel Shoppingcenter Médiacité te Luik voor de exploitatie van een bioscoop in het commercieel center. Dit akkoord is aangegaan onder opschortende voorwaarde van een goedkeuring door de stad Luik. Belga Films laat weten dat er beroep werd aangetekend door Mediaciné, een filiaal van Belga Films SA, tegen de vergunningsweigering van de stad Luik bij het Waals Gewest.

76. **Movie Mills**<sup>29</sup> te Malmédy antwoordt dat het bouwproject waarvan sprake in de actualisatie van begin 2019 werd geannuleerd door de ontwikkelaar van het winkelcentrum.

77. De auditeur merkt op dat in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 Movie Mills reeds kenbaar had gemaakt bezig te zijn met een bouwproject voor een nieuwe bioscoop.<sup>30</sup> Het zijn dus de bouwplannen voor het multifunctioneel complex die uiteindelijk niet doorgaan.

78. **Lumière**<sup>31</sup> startte in december 2019 in Mechelen met verbouwingen voor een nieuwe bioscoop met 3 zalen. De opening is voorzien in 2021 ("Lumière Mechelen"). Het gaat om de verbouwing van de Oude Stadsfeestzaal tot een bioscoop.

## **VI.2 Uitbreidingen van bestaande bioscopen**

79. **The Roxy Theatre**<sup>32</sup> te Koersel-Beringen antwoordt dat zij nog steeds overweegt om een vierde zaal bij te bouwen om haar publiek nog meer te dienen, niet om extra box-office te maken, maar om meer films te

---

<sup>24</sup> Voor de bespreking van de verschillende fase in een bouwproject wens de auditeur te verwijzen naar het antwoord van Imagix zoals beschreven in randnummers 752 – 761 in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019.

<sup>25</sup> Email van 7 januari 2020 van de raadsleden van Imagix op het verzoek om inlichtingen van 5 januari 2020 van de BMA.

<sup>26</sup> Antwoord van 7 januari 2020 op vraag 3 van VOI van 19 november 2019 van Imagix.

<sup>27</sup> Antwoord van 7 januari 2020 op vraag 1 van VOI van 2 december 2019 van Imagix.

<sup>28</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 2 van VOI van 6 november 2019 van Belga Films; antwoord van 23 december 2019 op vraag 4 van VOI van 26 november 2019 van Belga Films.

<sup>29</sup> Antwoord van 22 november 2019 op vraag 2 van VOI van 20 november 2019 van Movie Mills.

<sup>30</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, rn. 451.

<sup>31</sup> Antwoord van 29 november 2019 op vraag 3 van VOI van 26 november 2019 van Lumière; Zie hiervoor ook het persartikel van 21/11/2019: "Omvorming stadsfeestzaal tot bioscoop start volgende maand".

<sup>32</sup> Antwoord van 21 november 2019 op VOI van 5 november 2019 van The Roxy Theatre.

kunnen programmeren die nu geen schermtijd krijgen om zo de films meer tijd te geven om een publiek te bereiken.

80. De auditeur merkt op dat in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 The Roxy Theatre reeds kenbaar had gemaakt verbeteringen te willen aanbrengen aan zijn bioscoop, m.n. vernieuwing van zetels, vloeren en wanden. De bioscoop liet toen ook weten een kleine zaal te willen bijmaken en een extra ruimte te willen voorzien om bijvoorbeeld recepties (B2B) te organiseren. Evenwel moet de stad daarvoor de toestemming geven.<sup>33</sup>

81. **Cinema For&Ver** te Moeskroen geeft aan dat het de bedoeling is om binnen enkele maanden een vergunningsaanvraag in te dienen bij de bevoegde instanties.<sup>34</sup>

82. De auditeur merkt op dat in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 Cinema For&ver reeds kenbaar had gemaakt haar bestaand bioscoopgebouw te willen uitbreiden met 2 zalen en een eetruimte tegen 2020-2021. Volgens de cinema is dit nodig om een evenwicht te brengen tussen de verwachte rentabiliteit en de toename van het filmaanbod (waarbij een programmatie met 9 zalen in plaats van 7 gemakkelijker is). De ondernomen stappen in dit project zijn: lokale contacten, contacten met banken en stad, verkrijgen van een bouwvergunning (in totaal 13 maanden) en de opening (10 maanden in totaal).<sup>35</sup>

### **VI.3 Veranderingen & innovaties binnen bestaande bioscopen**

83. **UGC**<sup>36</sup> vermeldt dat zij werken heeft gelanceerd bij UGC Turnhout met als doel de totale renovatie van deze bioscoop. In 2018 zijn de parkeergarages opnieuw ingericht. Eind oktober 2019 heeft UGC de renovatie van de gemeenschappelijke ruimtes, de esplanade en de winkels vervolledigd en bovendien heeft zij een extra zaal opgericht. Momenteel overweegt UGC de oprichting van een tiende zaal.

84. Daarnaast werd in 2018 een volledige renovatie van de ontvangst- en horecagelegenheden van UGC Lommel uitgevoerd. Deze investering gaat vooraf aan een upgrade van de technische installaties van de vijf zalen van deze bioscoop in 2019, namelijk een verandering van geluidssysteem, scherm, brandveiligheidssysteem en airconditioning.

85. **Imagix**<sup>37</sup> geeft aan dat een renovatieproject in Hoei lopende is.

86. **Cinema Focus**<sup>38</sup> te Geraardsbergen geeft aan dat zij momenteel geen bouwplannen hebben. Zij hebben vorige zomer pas de bioscoop gerenoveerd. Het betrof de vervanging van alle zetels in 2 twee zalen en het plaatsen van nieuwe tapijten en wandbekleding. Verder werden nieuwe softwarepakketten geïnstalleerd voor de projectie in alle zalen.

### **VI.4 Nieuw geopende of heropende bioscopen**

---

<sup>33</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 78, rn. 477.

<sup>34</sup> Antwoord van 24 november 2019 op VOI van 6 november 2019 van Cinema For&Ver.

<sup>35</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 72, rn. 431.

<sup>36</sup> Amendement van antwoord van 14 november 2019 op vraag 2 van de VOI van 6 november 2019 van UGC, rn. 11-12.

<sup>37</sup> Antwoord van 24 december 2019 op vraag 3 van VOI van 19 november 2019 van Imagix.

<sup>38</sup> Antwoord van 27 november 2019 op vraag 1 van VOI van 27 november 2019 van Cinema Focus; antwoord van 5 november 2019 op vraag 2 van VOI van 5 november 2019 van Cinema Focus; antwoord van 12 januari 2020 op VOI van 12 januari 2020 van Cinema Focus.



87. **Lumière** heropende in december 2019 een cinema met twee zalen van het FotoMuseum in Antwerpen (FoMu). Volgens een persartikel is het de bedoeling dat Lumière Antwerpen een cinema wordt met een divers aanbod dat oog heeft voor het beste van de hedendaagse lokale, Europese en wereldcinema. Lumière Antwerpen is een unieke publiek-private samenwerking met het FOMU en stad Antwerpen. Het FOMU en Lumière Antwerpen delen niet alleen hetzelfde gebouw, maar willen elkaars werking ook versterken. Stad Antwerpen speelde een cruciale rol in het verhaal en maakt het met de nodige ondersteuning mogelijk om dit project te realiseren.<sup>39</sup>

### **VI.5 Sluiting van bioscopen**

88. Op 21 augustus 2019 verscheen in de media dat **Studio Skoop** te koop staat. In 2018 besloot de eigenaar om te stoppen en ging hij op zoek naar een overnemer. Er is nog geen overeenkomst afgesloten, maar de eigenaar voert wel gesprekken met enkele kandidaten.<sup>40</sup> De auditeur mocht geen antwoord ontvangen op haar verzoek om inlichtingen.

### **VI.6 Overnames van bioscopen**

#### **VI.6.1 Overname van Euroscop door Pathé Gaumont**

##### **VI.6.1.a Inleiding**

89. Op 14 november 2019 werd in een persartikel publiek gemaakt dat de Franse cinemagroep Pathé Gaumont zowel de Belgische als Nederlandse activiteiten van de Belgische bioscoopgroep Euroscop overneemt. Pathé is reeds actief in België sedert de overname in 2015 van de bioscoopgroep Cinépointcom met 4 bioscopen te Charleroi ("Pathé Charleroi"), Verviers ("Pathé Verviers"), Libramont ("Cinépointcom Libramont") en Marche ("Cinépointcom Marche"). Door de overname van Euroscop zal Pathé dus instaan voor de exploitatie van de 6 Belgische bioscopen van Euroscop die gelegen zijn te Namen, Louvain-la-Neuve, Sint-Niklaas, Genk, Maasmechelen en Lanaken overneemt.<sup>41</sup>

##### **VI.6.1.b Standpunt Pathé<sup>42</sup>**

90. **Pathé** verduidelijkt dat zij door deze overname voet aan de grond gekregen heeft in de Vlaamse regio. Een regio waar zij voordien helemaal niet aanwezig was en waar Kinopolis, meer nog dan in Wallonië, een uiterst sterke speler is.

91. Daarnaast geeft **Pathé** in haar antwoord aan dat zij door de overname van Euroscop de tweede grootste speler op de Belgische markt voor filmvertoningen is geworden. Zij verwacht dat haar marktaandeel voor het jaar 2019 rond de 19% zal liggen. Pathé merkt op dat Kinopolis een marktaandeel heeft van ongeveer 43% terwijl Pathé samen met UGC een marktaandeel heeft dat rond de 35% ligt, wat dus nog steeds 8% onder het marktaandeel van Kinopolis is.

##### **VI.6.1.c Standpunt Kinopolis**

---

<sup>39</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 2 van VOI van 5 november 2019 van Lumière; artikel van 4 december 2019: "Nieuwe stadsbioscoop 'Lumière Antwerpen' opent deuren op Antwerpen zuid!", <https://www.cinevox.be/nl/nieuwe-stadsbioscoop-lumiere-antwerpen-opent-deuren-op-antwerpen-zuid/>

<sup>40</sup> Artikel van 21 augustus 2019: "Wie koopt de Skoop? Ik zou heel graag willen dat je hier naar de film kan blijven gaan".

<sup>41</sup> Artikel van 14 november 2019, "Cinema Pathé wordt derde grootste bioscoopgroep in België".

<sup>42</sup> Antwoord van 20 december 2019 op VOI van 6 november 2019 en op VOI van 20 november van Pathé.

92. Kinopolis stelt dat sinds het arrest van het Marktenhof de marktomstandigheden opnieuw ingrijpend zijn gewijzigd ingevolge de aangekondigde overname van Euroscop door Pathé. Het verder beperken van Kinopolis in haar handelen valt hierdoor niet langer te verantwoorden.

**VI.6.1.d Standpunt auditeur**

93. Ten eerste erkent de auditeur dat Pathé dankzij de overname een grotere nationale spreiding heeft verkregen. Pathé beschikt vandaag over 10 bioscopen in België en is nu ook geografisch zowel in Vlaanderen als Wallonië aanwezig. De auditeur merkt evenwel op dat Kinopolis sterker vertegenwoordigd is in de provinciehoofdsteden en de grootsteden. Zo baat Kinopolis cinema's uit in Antwerpen, Brugge, Gent, Hasselt, Leuven en Luik, naast hoofdstad Brussel. Waar Pathé reeds in grootstad Charleroi aanwezig is, zal zij door de overname eveneens aanwezig zijn provinciehoofdstad Namen. Ook qua aantal zalen zijn deze bioscopen niet te vergelijken. De drie grootste cinema complexen van Kinopolis zijn Brussel (25 zalen), Antwerpen (24 zalen) en Rocourt (16 zalen), daar waar Pathé door de overname haar drie grootste complexen heeft in Charleroi (14 zalen), Louvain-la-Neuve (13 zalen) en Namen (12 zalen).

94. Vervolgens heeft de auditeur op basis van de beschikbare marktdata die gediend hebben voor de berekening van de marktaandelen in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019, i.e. omzetcijfers voor het jaar 2017 en bezoekersaantallen voor het jaar 2018, het cumulatief marktaandeel berekend van Pathé en Euroscop na overname.

95. De marktaandelen voor de overname van Euroscop door Pathé:

<b>Aandeel 2018 NATIONAAL</b>		
<b>Bioscoopgroep</b>	<b>Bezoekers</b>	<b>Omzet (enkel tickets)</b>
	<b>%</b>	<b>%</b>
Kinopolis	39,6%	
UGC (incl. Utopolis)	[10-15]%	
Euroscop	[10-15]%	
Pathé (Cinépointcom)	[5-10]%	
Imagix	[5-10]%	
<b>Aandeel 2017 NATIONAAL</b>		
<b>Bioscoopgroep</b>	<b>Bezoekers</b>	<b>Omzet (enkel tickets)</b>
	<b>%</b>	<b>%</b>
Kinopolis	40,1%	50-55%
UGC (incl. Utopolis)	[10-15]%	[10-15]%
Euroscop	[10-15]%	[10-15]%
Pathé (Cinépointcom)	[5-10]%	[5-10]%
Imagix	[5-10]%	[5-10]%

96. De marktaandeelen na de overname van Euroscop door Pathé<sup>43</sup>:

<b>Aandeel 2017 NATIONAAL</b>		
<b>Bioscoopgroep</b>	<b>Bezoekers</b>	<b>Omzet (enkel tickets)</b>
	<b>%</b>	<b>%</b>
Kinopolis	40,1%	50-55%
UGC (incl. Utopolis)	[10-15]%	[10-15]%
Pathé (incl. Euroscop)	[15-20]%	[15-20]%
Imagix	[5-10]%	[5-10]%
<b>Aandeel 2018 NATIONAAL</b>		
<b>Bioscoopgroep</b>	<b>Bezoekers</b>	<b>Omzet (enkel tickets)</b>
	<b>%</b>	<b>%</b>
Kinopolis	39,6%	
UGC (incl. Utopolis)	[10-15]%	
Pathé (incl. Euroscop)	[15-20]%	
Imagix	[5-10]%	

97. In 2018 had Euroscop een marktaandeel van [10-15%] in termen van bezoekers. Pathé had een marktaandeel van [5-10%] in termen van bezoekers. Bijgevolg betekent dit dat Pathé een marktaandeel van [15-20%] in termen van bezoekers zou hebben. Dit betekent dat Pathé de tweede grootste bioscoopexploitant zou zijn geweest na Kinopolis (39,51%). Het marktaandeel van UGC betrof immers [10-15%] in termen van bezoekers. Er blijft volgens de auditeur dus wel nog steeds een verschil in marktaandeel van [20-25%].

98. In 2017 had Euroscop een marktaandeel van [10-15%] in termen van omzet, daar waar Pathé een marktaandeel van [5-10%] in termen van omzet had. Pathé zou dus een marktaandeel van [15-20%] gehad hebben in 2017. Ook hier zou Pathé de tweede grootste bioscoopexploitant zijn geweest na Kinopolis [50-55]%, UGC heeft immers een marktaandeel van [10-15%]. Er is dus wel nog steeds een verschil van [35-40%]. Hoewel Pathé door de overname de tweede grootste marktspeeler is geworden in België, stelt de auditeur vast dat het marktaandeel van Kinopolis nog steeds het dubbele is van dat van Pathé, zowel in termen van bezoekers als in termen van omzet.

99. Ten derde erkent de auditeur ook dat Pathé een grote internationale kapitaalkrachtige groep is die actief is in 5 Europese landen (Frankrijk, België, Nederland, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk) met een totaal van 4.142 werknemers. Pathé behaalde een omzet van 872 miljoen euro in 2018.<sup>44</sup> De auditeur merkt evenwel op dat de omzet van Pathé in België in 2018 [10.000.000 – 20.000.000€] bijna een tiende bedraagt van de Belgische omzet van Kinopolis voor hetzelfde jaar ([140.000.000-150.000.00]€).

<sup>43</sup> Dit is een optelsom van de berekende aandelen gebruikt in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019.

<sup>44</sup> Jaarverslag Pathé 2018, p. 8: <https://2018.pathe.com/en/download/>

100. Ten vierde erkent de auditeur dat Pathé eveneens een verticaal geïntegreerde speler is. De auditeur merkt wel op dat het jaarverslag van 2018 van Pathé stelt dat Pathé 11 films heeft geproduceerd en verdeeld heeft, dit uitsluitend in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk en dus niet in België. De auditeur stelt ook vast dat Pathé voornamelijk geen Vlaamse films distribueert, in tegenstelling tot KFD.
101. Tot slot wenst de auditeur op te merken dat het vandaag nog te vroeg is om te stellen dat de door de overname van Euroscop Pathé concurrentiedruk uitoefent op Kinopolis. Uit de meest recente overname van de Utopolis bioscopen door UGC in oktober 2016 bleek dat er enige tijd nodig was om de overgenomen bioscopen effectief te integreren in het netwerk van de overnemer. Zo heeft UGC in het kader van de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 aangegeven dat zij de volledige integratie van het Utopolis-bioscoopnetwerk in het informatiesysteem en de IT-verkoopsinstrumenten pas gefinaliseerd heeft in juni 2018. Dat is 2 jaar na datum van overname.
102. Uit datzelfde antwoord blijkt ook dat de Utopolis-cinema's in oktober 2017 werden opgenomen in het UGC Solo kaart programma, i.e. één jaar na overname. UGC had vervolgens ook tijd nodig om de vier overgenomen Utopolis complexen in België te vernieuwen en zodoende op niveau te brengen, dit zowel wat de technische uitrusting betrof als de binneninrichting.<sup>45</sup> Zo voerde UGC onder andere een integrale hernieuwing van de ontvangstruimtes en de horeca te UGC Lommel uit in 2018.<sup>46</sup>
103. UGC gaf tenslotte ook aan dat de overname er wel toe heeft geleid dat het aantal B2B partners voor UGC was toegenomen. Nationale B2B klanten die gewoon waren samen te werken met de groep UGC zagen er hun voordeel in om ook hun aanbiedingen uit te breiden naar het vergroot UGC netwerk. UGC stelde wel, 2 jaar na de overname, dat het nog te vroeg was om concrete effecten te identificeren van het beschikken over een belangrijk netwerk voor B2B partners. De media-ruils hadden wel geleid tot een toename van ruilovereenkomsten tussen UGC en bepaalde belangrijke Vlaamse media.<sup>47</sup> In de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 kwam de auditeur dan ook tot volgende conclusie: "De overname van de vier relatief kleine Utopolis-complexen heeft UGC tot op heden beperkte bijkomende voordelen opgeleverd voor wat betreft B2B partners. Daarentegen zijn de inkomsten via ruilovereenkomsten dankzij de uitbreiding merkbaar toegenomen. Dit toont aan dat schaalvoordelen- en netwerkeffecten al spelen bij een minimale toename in aantal bioscoopcomplexen."<sup>48</sup>
104. De auditeur besluit dat Pathé zijn nationale positie op de Belgische markt weliswaar wist te versterken door de overname van Euroscop, de overname heeft tot gevolg dat Pathé een wijdverspreider netwerk heeft en een verhoogd marktaandeel zal hebben. De auditeur erkent ook dat Pathé een sterke internationale groep is die een hoge financiële draagkracht heeft. Evenwel is de auditeur van mening dat Pathé zich nog niet in dezelfde marktpositie bevindt als Kinopolis op de Belgische markt voor de vertoning van films in de bioscoop. Er zijn nog steeds relevante verschillen tussen Pathé en Kinopolis op de Belgische markt: (i) de geografische verspreiding van Pathé moet enigszins genuanceerd worden ten opzichte van Kinopolis, zo is Kinopolis duidelijk sterker vertegenwoordigd in centrumsteden/provinciesteden; (ii) het marktaandeel van Kinopolis is nog steeds dubbel zo groot als dat van Pathé, zowel in termen van bezoekers als in termen van omzet; (iii) binnen de Belgische markt is Kinopolis met KFD (distributie van films binnen België) en Brightfish sterker verticaal geïntegreerd en (iv) uit de recente overname van Utopolis door UGC

<sup>45</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 86, rn. 459.

<sup>46</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 86, rn. 459. Voor meer voorbeelden zie ditzelfde randnummer.

<sup>47</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 125, rn. 691. Voor meer voorbeelden zie ditzelfde randnummer.

<sup>48</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 163, rn. 1004.

*is gebleken dat enige tijd noodzakelijk is om overgenomen cinema's op te nemen in het netwerk, bijgevolg zal Pathé pas echt versterkt de concurrentiestrijd kunnen aangaan na een bepaalde doorlooptijd.*

#### **VI.6.2 Mogelijke overname van Stuart door Imagix**

105. *Uit een persartikel van 17 december 2019<sup>49</sup> blijkt dat Imagix en Cinema Stuart een onderhoud hebben gehad met het oog op een mogelijke overname. Imagix zou een project gepresenteerd hebben waarbij het doel zou zijn om Cinema Stuart te transformeren tot een arthousecinema.*
106. *In dit artikel heeft de advocaat van Cinema Stuart aan dat er nog niets is getekend maar hij denkt niet dat er nog zal worden gekozen voor een andere ontwikkelaar. De CEO van Imagix, de heer Staelens, geeft aan dat het een gevoelig onderwerp is waarbij hij vooralsnog geen commentaar wenst op te geven.*
107. *In haar antwoord op het verzoek om inlichtingen van 6 november 2019 geeft Cinema Stuart aan dat zij in de toekomst zullen worden overgenomen door Imagix.<sup>50</sup>*
108. *Imagix stelt dat zij in het kader van één van de lopende projecten van Imagix overeengekomen is met het stadsbestuur van La Louvière om de Cinema Stuart over te nemen. Het is de bedoeling dat de Stuart een art-house programmatie zal aanbieden. Imagix geeft aan dat zij al een principeovereenkomst hebben afgesloten met de Start, maar dat de overname echter nog niet is voltooid.<sup>51</sup>*

#### **VII. Redenering auditeur**

109. *De auditeur zal vooreerst uiteenzetten volgens welke redenering zij in voorliggend voorstel van beslissing uitvoering geeft aan de opdracht van het Marktenhof van 21 oktober 2019.*
110. *Het Marktenhof is van oordeel dat organische groei pro competitief is. Evenwel erkent het Hof dat de onmiddellijke en integrale opheffing van de groeibeperking voor Kinopolis een mogelijke disruptieve effect heeft op de concurrenten van Kinopolis. Het Hof is daarom van oordeel dat de BMA een overgangperiode moet bepalen om deze concurrenten toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Deze overgangperiode moet proportioneel, passend en effectief zijn.*
111. *Voorafgaandelijk merkt de auditeur op dat het Marktenhof dus niet de opdracht geeft aan de auditeur om na te gaan of een overgangperiode wel een mogelijke oplossing is voor het disruptief effect van de opheffing voor concurrenten. De oplossing volgens het Marktenhof is de toepassing van een overgangperiode.*
112. *Hierna volgt een kort overzicht van de vragen die de auditeur zal moeten beantwoorden teneinde een proportioneel, passend en effectief overgangperiode vast te stellen.*
113. *Ten eerste, moet onderzocht worden welke concurrenten moeten beschermd worden?*
114. *Ten tweede, moet onderzocht worden voor welke soort voorbereidende handelingen door concurrenten een overgangperiode moet bepaald worden.*
115. *Ten derde, moeten onderzocht worden hoeveel tijd nodig is om deze pertinente voorbereidende handelingen (waaraan de overgangperiode zal worden gekoppeld) uit te voeren?*

---

<sup>49</sup> Artikel van 17 december 2019: "La Louvière: le Stuart proche d'un accord avec Imagix?".

<sup>50</sup> Antwoord van 6 november 2020 op VOI van 6 november 2020 van Cinema Stuart.

<sup>51</sup> Antwoord van Imagix van 13 januari 2020 op VOI van 12 januari 2020 van Imagix.

116. Ten vierde, moet onderzocht worden welke modaliteiten moeten opgelegd worden teneinde een overgangperiode te bepalen die proportioneel, passend en effectief is.
117. De auditeur heeft deze vragen voorgelegd aan Kinopolis en de concurrenten. In de volgende twee hoofdstukken worden de antwoorden weergegeven. De auditeur zal daarna haar onderzoek en standpunt toelichten bij elk van deze vragen.

## **VII.1 Positie verzoekster**<sup>52</sup>

### **VII.1.1 De concurrenten kunnen zich op verschillende wijzen voorbereiden**

118. Volgens Kinopolis stelt het Marktenhof duidelijk dat het doel van de overgangperiode is om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich “voor te bereiden” op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei.
119. Kinopolis vermoedt, op basis van de argumentatie die de belangrijkste concurrenten ook eerder hebben ontwikkeld in dit dossier, dat ze de overgangstermijn zullen willen koppelen aan de realistische doorlooptijd die zij nodig hebben om één of meer nieuwe bioscoopcomplexen op te richten. Ook het Auditoraat lijkt zich hier (in eerste instantie) op te focussen bij de bevraging van Kinopolis en de markt. Het Marktenhof verwijst echter niet naar een dergelijke doorlooptijd maar stelt enkel dat het concurrenten wenst “toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei”.
120. Er zijn verschillende wijzen waarop concurrenten zich kunnen “voorbereiden” op een situatie waarbij Kinopolis, na ruim 22 jaar, terug vrij bioscoopcomplexen zal kunnen oprichten in België.
121. In het recentste onderzoek van het Auditoraat, dat de basis vormde voor de Beslissing van 2019, vinden we de verschillende wijzen terug waarop concurrenten zich kunnen voorbereiden (en ook daadwerkelijk reeds aan het voorbereiden waren) op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. De paragrafen 422-478 bevatten een uitgebreid overzicht van alle “lopende en/of geplande investeringsprojecten” van de concurrenten van Kinopolis. Onder dit algemene begrip vallen volgens het Auditoraat de volgende handelingen:
- overnames van bioscopen
  - uitbreidingen van bestaande bioscopen
  - nieuw geopende bioscopen
  - heropende bioscopen
  - lopende nieuwbouwprojecten
  - veranderingen en innovaties
122. Naast nieuwbouwprojecten, kunnen concurrenten zich dus ook “voorbereiden” door middel van overnames (zie de recent aangekondigde overname van Euroscop door Pathé), uitbreidingen van hun bestaande bioscoopcomplexen en door kwaliteitsverbeteringen. Zo kunnen bioscoopcomplexen verbeteringen aanbrengen aan hun infrastructuur (zetels, projectie- en geluidsmateriaal, look & feel van de bioscoop, B2B ruimtes, shops, parking, enz.) maar ook in het aanbod van de bioscoop (programmatie,

---

<sup>52</sup> Aanvulling Kinopolis inzake overgangperiode van 6 december 2019 (gecorrigeerde versie).

*nieuwe formules, nieuwe concepten, een online aankoopstelsel, enz.) Het betreffen allemaal wijzen waarop bioscoopcomplexen hun concurrentiële positie kunnen versterken op de Belgische markt.*

123. *Deze andere wijzen van voorbereiden zijn een stuk minder tijdsintensief dan de oprichting van een nieuw bioscoopcomplex. Dit geldt zelfs voor overnames aangezien deze doorgaans – door de sinds 2005 verhoogde aanmeldingsdrempels – niet moeten worden aangemeld bij de BMA.*

124. *Het is bovendien ook logischer dat concurrenten eerder zullen opteren voor deze andere vormen van voorbereiden wanneer zij geconfronteerd (kunnen) worden met een concurrent die zich komt vestigen in hun verzorgingsgebied. Er kan verwezen worden naar het antwoord van Pathé in het kader van het onderzoek dat de basis vormde voor de oorspronkelijke Beslissing van 2017. Wanneer Pathé werd gevraagd wat zij zou doen indien een nieuw Kinopoliscomplex wordt opgericht in het verzorgingsgebied van één van haar complexen, reageerde Pathé dat in dat geval “le seul moyen pour nous serait d’investir fortement dans l’amélioration du complexe existant. Cela ne peut être qu’une différenciation par la qualité d’accueil des spectateurs, et non par les prix ou la programmation qui, une fois de plus, ne sont pas des facteurs différenciants dans le secteur”.*

125. *Bij het bepalen van de tijdsduur van de overgangperiode, dient de BMA dus in het algemeen te kijken naar de verschillende manieren waarop concurrenten zich kunnen “voorbereiden” op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei zonder zich hierbij toe te spitsen op de doorlooptijd voor nieuwbouwprojecten wat een disproportioneel en discriminatoir effect op Kinopolis zou hebben.*

#### **VII.1.2 De overgangperiode is niet bedoeld voor de bescherming van individuele concurrenten**

126. *De vierde voorwaarde inzake organische groei werd in 1997 onmisbaar geacht om “een daadwerkelijke mededinging” op de Belgische markt te handhaven (Beslissing van 1997, par. 17). Het ging daarbij niet om de handhaving van iedere individuele bioscoop of concurrent, maar om de concurrentie als zodanig.*

127. *De positie van de andere bioscoopexploitanten werd toen algemeen als “zeer zwak” beschouwd (Beslissing van 1997, par. 7). De voorbije 22 jaar hebben de concurrenten van Kinopolis qua profiel echter een “radicale transformatie” ondergaan. Dit wordt ook als dusdanig erkend door het Marktenhof (Arrest van 2019, p. 31). De belangrijkste concurrenten van Kinopolis zijn momenteel internationale kapitaalkrachtige(re) groepen zoals Pathé, UGC en Euroscop. Pathé, leidende speler in Nederland en Frankrijk, zal haar positie bovendien nog verder versterken door de recent aangekondigde overname van Euroscop waarbij haar marktaandeel verdriedubbeld wordt en een nationale spreiding verkregen wordt.*

128. *Dit maakt dat er vandaag voldoende kapitaalkrachtige spelers aanwezig zijn op de Belgische markt die met gemak investeringsprojecten kunnen ontwikkelen waar zij maar wensen. Er stelt zich dus zelfs geen risico meer voor de “daadwerkelijke mededinging” bij het wegvallen van de vierde voorwaarde inzake organische groei.*

129. *Als een tijdelijke verlenging van de vierde voorwaarde inzake organische groei in de vorm van een overgangperiode nu nog nodig wordt geacht zodat concurrenten zich kunnen voorbereiden op de opheffing ervan, kan deze periode dan ook slechts een korte periode zijn teneinde ervoor te zorgen dat de concurrenten de nodige prikkels hebben om zich effectief ook voor te bereiden en de nodige investeringen te doen in het voordeel van de consumenten.*

130. *Een te lange overgangperiode zal er echter toe leiden dat eventuele projectontwikkelaars zich zullen wenden tot de (buitenlandse) spelers zoals Pathé die aan geen enkele vorm van beperkingen onderworpen zijn wat een discriminerende en disproportionele werking ten aanzien van Kinopolis heeft.*

### **VII.1.3 De concurrenten bereiden zich al voor sinds 31 mei 2017**

131. *In de Beslissing van 2017 besliste het Mededingingscollege reeds dat de vierde voorwaarde inzake organische groei integraal moest worden opgeheven. Aan deze opheffing werd toen een overgangperiode gekoppeld van twee jaar die zou verlopen zijn op 31 mei 2019. De voorbije 2,5 jaar werd deze beslissing vernietigd door procedurele acties van de belangrijkste concurrenten van Kinopolis maar telkens onder de één of andere vorm herbevestigd door het Mededingingscollege en nu uiteindelijk door het Marktenhof. Hoewel er steeds enige rechtsonzekerheid heerste omwille van deze procedurele acties, weten concurrenten wel al sinds 31 mei 2017 dat de vierde voorwaarde inzake organische groei wellicht opgeheven of minstens versoepeld zou worden.*
132. *Dit betekent dat concurrenten intussen reeds van een overgangperiode van ruim 2,5 jaar hebben kunnen genieten. Dat concurrenten deze overgangperiode ook daadwerkelijk hebben aangegrepen om zich voor te bereiden, blijkt duidelijk uit het hierboven reeds aangehaalde overzicht van alle “lopende en/of geplande investeringsprojecten” van concurrenten (Beslissing van 2019, par. 422-477). Dit overzicht deed het Auditoraat besluiten dat de aanbodzijde gedurende de periode 2017-2018 “in beweging” was, zowel zichtbaar als achter de schermen (Beslissing van 2019, par. 508).*
133. *Intussen zijn we bijna 1 jaar verder en kunnen we er van uitgaan dat concurrenten de betrokken investeringsprojecten hebben verder gezet en/of nieuwe investeringsprojecten hebben opgestart. In dat kader kan in het bijzonder gewezen worden op de recente aankondiging van de overname van Euroscop door Pathé.*
134. *In het licht van het voorgaande, moet de BMA bij het bepalen van de overgangperiode rekening houden met het feit dat concurrenten reeds over een termijn van ruim 2,5 jaar (op het moment van de beslissing van de BMA wellicht bijna 3 jaar) hebben kunnen genieten om zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei.*
135. *Sterker nog, er mag niet vergeten worden dat de vierde voorwaarde inzake organische groei voor het eerst werd opgeheven door de toenmalige Raad voor de Mededinging in 2007 (na afloop van de initiële duurtijd van de voorwaarde van 10 jaar). Deze opheffingsbeslissing werd toen vernietigd maar de opheffing kon voortaan elke drie jaar worden gevraagd door Kinopolis. De concurrenten konden er sindsdien redelijkerwijze van uitgaan dat Kinopolis deze procedures verder zou zetten. We kunnen dus stellen dat de concurrenten zich reeds meer dan 12 jaar hebben kunnen voorbereiden.*
136. *Rekening houdend met de lange waarschuwingsperiode waarvan de concurrenten intussen reeds genieten, zou het zonder meer disproportioneel zijn om te stellen dat de overgangperiode moet dienen om nog compleet nieuw op te starten projecten, vage projecten of projecten in een beginfase te “beschermen”. Hiermee zou een beloning gegeven worden voor de inertie van de betrokken concurrenten, hetgeen – in het licht van de overwegingen van het Marktenhof – zonder meer onverdedigbaar zou zijn.*

### **VII.1.4 Het Marktenhof wijst op de risico's bij het behoud van de voorwaarde**

137. *De BMA dient bij het bepalen van de overgangperiode rekening te houden met “de door het Marktenhof gemaakte overwegingen” (Arrest van 2019, p. 47).*
138. *Het Marktenhof heeft in haar arrest in het bijzonder gewezen op het feit dat de vierde voorwaarde inzake organische groei een “zeer ingrijpende” gedragsvoorwaarde vormt die “anticompetitief en discriminerend” kan zijn (Arrest van 2019, p. 47). Het Marktenhof wees ook op het feit dat er “vanuit concurrentieel oogpunt” geen reden bestaat om organische groei nog verder te beletten omdat zulks “innoverende werking” heeft en dus “de consument ten goede komt”. Daarbij moet men volgens het*



Marktenhof niet “al te zeer stil te blijven staan bij de belangen van concurrerende ondernemingen” (Arrest van 2019, p. 46).

139. Het Marktenhof wees ook op het feit dat het bepalen van de overgangperiode een “afweging van economische en sociale gegevens impliceert”. Het spreekt voor zich dat bijkomende bioscoopcomplexen leiden tot een innovatiever aanbod, complexen dichter bij de consument en bijkomende werkgelegenheid.
140. Deze overwegingen impliceren een duidelijke inperking van de beleidsmarge van de BMA. De door het Marktenhof geïdentificeerde risico's bij het behoud van de vierde voorwaarde inzake organische groei (i.e. nadelen voor de consument, discriminerende werking) vereisen dat de BMA zich ervan weerhoudt om een al te lange overgangperiode te voorzien. Anders handelt de BMA zonder meer in strijd met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen.
141. Concreter nog, de BMA heeft als centrale missie om door middel van het mededingingsrecht het consumentenbelang te dienen. De bescherming van de concurrentie kan nooit meer zijn dan een middel om het consumentenbelang te vrijwaren. Rekening houdend met de overwegingen van het Marktenhof, is er in de gegeven omstandigheden intussen een directe link tussen de (te lange) bescherming van de concurrenten en een reductie van het consumentenbelang. Tegen deze achtergrond druist, bij wijze van spreken, iedere maand die de overgangperiode te lang zou zijn, meteen in tegen de vrijwaring van het consumentenbelang.
142. Ten slotte moet Kinopolis ook in de mogelijkheid zijn om passend en effectief te kunnen inspelen op versnelde technologische evoluties en een wijziging van het distributiemodel van grote spelers zoals Netflix, Apple tv, Disney+ etc. Indien Kinopolis te lang aan banden wordt gelegd door de vierde voorwaarde inzake organische groei, dan mist zij de snelheid om zich hieraan aan te passen door een verbetering van haar aanbod. Opnieuw werkt de voorwaarde dan anticompetitief en discriminerend.
143. Op de BMA rust dan ook de bijzondere verantwoordelijkheid om de boodschap van het Marktenhof ter harte te nemen en niet langer dan strikt nodig de concurrenten artificieel te beschermen. Zoals het Marktenhof impliciet aangeeft, dreigt de BMA anders zelf de oorzaak te zijn van een inperking van de mededinging op een wijze die strijdig is met de Belgische mededingingswetgeving.

#### **VII.1.5 De marktomstandigheden zijn intussen ingrijpend gewijzigd**

144. Tot slot wijst Kinopolis op het feit dat het Marktenhof zijn oordeel (integrale opheffing mits overgangperiode) geveld heeft op basis van de toen voorliggende marktomstandigheden. Intussen heeft er zich een nieuwe belangrijke ontwikkeling voorgedaan waardoor een overgangperiode wellicht niet langer te rechtvaardigen valt of minstens zeer beperkt dient te zijn. Het betreft de recent aangekondigde overname van Euroscop door Pathé.
145. In 2018 hadden Euroscop ([10-15%]) en Pathé ([5-10%]) samen een marktaandeel in termen van bezoekers van [15-20%]. Pathé zal haar marktaandeel door de overname meer dan verdriedubbelen. Dit maakt dat Pathé UGC ([15-20%]) zal voorbijsteken als de tweede grootste bioscoopexploitant in België na Kinopolis (39,51%). Het verschil in marktaandeel tussen Kinopolis en haar belangrijkste concurrent bedraagt nog slechts [20-25%]. Pathé beschikt hierdoor over 10 bioscopen in België (slechts één minder dan Kinopolis) en zij is nu ook geografisch zowel in Vlaanderen als Wallonië aanwezig. Als eveneens verticaal geïntegreerde groep die overigens kapitaalcrachtiger is dan Kinopolis, kan Pathé hierdoor (minstens) van dezelfde schaalvoordelen en netwerkeffecten genieten als Kinopolis.
146. Het belang van deze evolutie mag niet onderschat worden. Pathé is marktleider in elk land waar zij actief is, met uitzondering van België. Pathé heeft daarbij bewezen in staat te zijn om zich op andere

markten dan haar Franse thuismarkt (Nederland en Zwitserland) tot marktleider te ontwikkelen. Voor meer informatie over deze belangrijke ontwikkeling, kan ook verwezen worden naar het persartikel in bijlage 1 bij de aanvulling.<sup>53</sup>

147. Kinopolis meent dat deze ingrijpende evolutie an sich reeds voldoende moet zijn om te besluiten dat er geen redenen meer voorhanden zijn om een overgangperiode te voorzien. Het feit dat Kinopolis nog enigszins beperkt wordt in haar handelen valt immers niet langer te verantwoorden in een markt waar zij geconfronteerd wordt met een geduchte concurrent zoals Pathé.
148. Kinopolis nodigt de BMA dan ook uit om op een concrete en aantoonbare wijze deze significante ontwikkeling in de besluitvorming inzake de overgangperiode te betrekken.

#### **VII.1.6 Voorstel voor een overgangperiode van 1 jaar**

149. Rekening houdende met voorgaande elementen, en in het bijzonder de recente ontwikkeling door de overname van Euroscop door Pathé (die nog niet gekend was ten tijde van het arrest van het Marktenhof), is Kinopolis van oordeel dat er geen nood meer is aan een tijdelijke verlenging van de bescherming van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Elke verdere verlenging van deze voorwaarde werkt de anticompetitieve en discriminerende werking ervan verder in de hand.
150. Teneinde echter geen afbreuk te doen aan de opdracht van het Marktenhof en ter eerbiediging van de principes van proportionaliteit, gepastheid en effectiviteit, zou Kinopolis bereid zijn om een overgangperiode die afloopt op 11 februari 2021 (i.e. één jaar na de voorziene datum voor de beslissing van de BMA inzake de overgangperiode) en zonder bijkomende beperkingen te aanvaarden. Dit geldt uiteraard in de veronderstelling dat de BMA de eerdere interpretatie aanhoudt dat Kinopolis in tussentijd wel eventuele oprichtingen kan voorbereiden.
151. Kinopolis meent dat de concurrentie dan ruimschoots de tijd heeft gehad om zich op deze nieuwe situatie voor te bereiden. Een langere overgangperiode riskeert enkel maar de inertie bij de concurrenten in de hand te werken en zoals hierboven aangetoond een anticompetitief en discriminatoir effect te veroorzaken ten aanzien van Kinopolis. Als de hoofdboodschap van het Marktenhof gerespecteerd wil worden, is het van belang dat een en ander nu op korte termijn in het belang van de consument vorm krijgt en dat de huidige situatie (die ten nadele van de consument speelt) zo spoedig mogelijk een einde neemt. Iedere poging van de concurrentie om via de discussie inzake de overgangperiode het status quo te bewerkstelligen strookt dan ook niet met het arrest van het Marktenhof.
152. De auditeur heeft vervolgens aan Kinopolis bijkomend gevraagd op grond van welke objectiveerbare omstandigheden een overgangperiode van 1 jaar proportioneel, gepast en effectief is volgens Kinopolis.<sup>54</sup>
153. Kinopolis antwoordt dat zij vertrokken is van de datum 1 oktober 2020.
154. Het opheffingsverzoek van Kinopolis van 31 maart 2017 had als doel te vermijden dat de voorwaarden, en dus ook de vierde voorwaarde inzake organische groei, opnieuw stilzwijgend verlengd zou worden voor een periode van drie jaar op 1 oktober 2017.
155. Als gevolg van de verschillende procedurele acties van concurrenten, zal er pas een eindbeslissing zijn over dit opheffingsverzoek op 11 februari 2020, d.i. ruim één maand vooraleer Kinopolis opnieuw een

<sup>53</sup> Artikel van 14 november 2019, L'Echo, "Pathé reprend des complexes de cinéma namurois et néo-louvanistes".

<sup>54</sup> E-mail van Kinopolis aan BMA van 12/12/2019.

*opheffingsverzoek kan indienen om te vermijden dat de voorwaarden opnieuw stilzwijgend verlengd zullen worden voor een periode van drie jaar op 1 oktober 2020.*

156. *Een overgangperiode die afloopt op 1 oktober 2020 betekent dat concurrenten de bescherming hebben kunnen genieten van de vierde voorwaarde inzake organische groei gedurende een bijkomende termijn van drie jaar, hetgeen Kinopolis niet heeft trachten te vermijden met haar opheffingsverzoek.*

157. *Met het oog op de eerbiediging van de principes van proportionaliteit, gepastheid en effectiviteit, lijkt het dan ook aangewezen om de vierde voorwaarde inzake organische groei niet opnieuw een bijkomende termijn van drie jaar te laten ingaan op 1 oktober 2020.*

158. *Teneinde een “afgeronde” termijn te kunnen koppelen aan de overgangperiode, werd in de aanvulling aangegeven dat Kinopolis zich zou kunnen vinden in een overgangperiode van maximum één jaar na de datum van de eindbeslissing in dit dossier. Het objectieve aanknopingspunt vormt echter 1 oktober 2020. Voorbereidende handelingen van Kinopolis in de voorbije 22 jaar*

159. *De auditeur heeft vervolgens in een verzoek om inlichtingen aan Kinopolis uitgebreid gevraagd naar eventuele voorbereidende handelingen die zij de voorbije 22 jaar heeft gesteld met het oog op de bouw van een nieuw bioscoopcomplex in België.<sup>55</sup> De auditeur preciseerde daarbij dat het hierbij kan gaan om:*

- *prospectie van gronden en/of gebouwen;*
- *aankoop van gronden en/of gebouwen. Zo ja, op welke locatie en voor welke taille van bioscoop?*
- *verkennde contacten met investeerders, projectontwikkelaars en/of lokale overheden, desgevallend gevolgd door een overeenkomst, afspraak, belofte of verbintenis;*
- *andere acties en/of contacten ter voorbereiding van de oprichting van een nieuw bioscoopcomplex.*

160. *Deze acties of contacten kunnen zowel direct als indirect zijn, alleen of via derden.*

161. *Overeenkomsten kunnen gesloten zijn met een optieclausule of onder de opschortende voorwaarde van een voorafgaande instemming van de BMA zoals bepaald door de Raadsbeslissing van 1997.*

162. *In het bevestigend geval, werd Kinopolis gevraagd waarom er uiteindelijk nooit werd overgegaan tot het indienen van een verzoek tot voorafgaande instemming bij de BMA ?*

163. *Tenslotte heeft de auditeur gevraagd of Kinopolis moeilijkheden ondervond bij het ondernemen van deze voorbereidende acties of contacten door het bestaan van de voorwaarden van 1997? Zo ja, welke?*

164. *Het antwoord van Kinopolis wordt hierbij integraal overgenomen:*

*“Tot zover Kinopolis op heden nog op de hoogte is van de contacten van de voorbije 22 jaar, heeft zij over al die jaren slechts occasioneel een aantal binnenlandse projecten bekeken die haar werden voorgesteld door ontwikkelaars van retail en/of leisure projecten die overwogen tevens een bioscoop in hun ontwikkeling te voorzien, zoals [VERTROUWELIJK].*

*Naast rentabiliteitseisen die niet altijd ingevuld werden, bleek vooral het feit dat Kinopolis de voorafgaande toestemming nodig heeft van de BMA (en de hiermee gepaard gaande onzekerheid) een hinderpaal te zijn voor de projectontwikkelaars. Zij wensen immers zekerheid over de oprichting van de bioscoop, die doorgaans een belangrijk gedeelte van de oppervlakte van het geplande project in beslag*

---

<sup>55</sup> Antwoord van 9 december 2019 op vraag 1 van VOI van 29 november 2019 van Kinopolis.

neemt en er bovendien één van de belangrijkste trekpleisters van zou vormen. Kinopolis stelt vast dat slechts voor een beperkt aantal van deze projecten enige interesse werd getoond door de andere marktspelers. Een voorbeeld is het Strada project te La Louvière dat door Pathé/Euroscop zal worden gerealiseerd.

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK]”.<sup>56</sup>

165. Op de vraag of Kinopolis n.a.v. het Arrest reeds werd benaderd door investeerders, projectontwikkelaars, lokale politici en/of publieke overheden,... voor het bouwen van nieuwe Kinopolis complexen in België, antwoordt Kinopolis als volgt:

“[VERTROUWELIJK]. De huidige situatie waarin Kinopolis zich bevindt, zorgt echter nog steeds voor een grote onzekerheid bij mogelijke partners in vastgoed en projectontwikkeling aangezien de duurtijd van de overgangperiode nog bepaald dient te worden en de geschiedenis van dit dossier duidelijk aantoon dat elke beslissing van de BMA vatbaar is voor beroep. Elk project dat mogelijke partners met Kinopolis wensen aan te vangen blijft dus nog bijzonder onzeker, wat niet het geval is wanneer de partners in zee zouden gaan met de andere marktspelers.”<sup>57</sup>

#### **VII.1.7 Doorlooptijd die Kinopolis nodig heeft om een bioscoop op te richten**

166. In een afzonderlijk verzoek om inlichtingen werd Kinopolis gevraagd de verschillende bouwfases te beschrijven voor de oprichting van een nieuw Kinopolis complex in België, vanaf de prospectie van onroerend goed tot en met de opening van de bioscoop en daarbij een inschatting te maken van de doorlooptijd van elke bouwfase, rekening houdende met het toepasselijk wettelijk kader.<sup>58</sup> De auditeur herneemt hierna integraal het antwoord van Kinopolis.

##### **▪ Prospectie**

167. Volgens Kinopolis bestaat de prospectie van onroerend goed uit volgende stappen:

- (1) Er wordt een regio met bezoekerspotentieel geïdentificeerd.
- (2) Er wordt een terrein gezocht dat voldoet aan de oppervlaktevereisten voor de taille van de bioscoop.
- (3) Er wordt onderhandeld met de eigenaar van het terrein over de financiële en andere voorwaarden.

168. De doorlooptijd van deze eerste stappen is afhankelijk van een groot aantal variabelen waardoor het moeilijk is om hiervoor een doorlooptijd te bepalen.

169. Eens de overeenkomst met betrekking tot het terrein werd gesloten, dienen de plannen getekend te worden en wordt het vergunningstraject aangevat.

##### **▪ Vergunningstraject**

170. Het vergunningstraject is identiek voor alle commerciële projecten.

171. De kans / snelheid waarmee de vereiste vergunningen worden verkregen, hangt onder meer af van de mate waarin het geplande project in overeenstemming is met de voorschriften, waaronder de bestemmingsvoorschriften, de grootte en complexiteit van het project (een project met een grote

---

<sup>56</sup> Antwoord van 9 december 2019 op vraag (1) van VOI van 29 november 2019 van Kinopolis.

<sup>57</sup> Antwoord van 9 december 2019 op vraag (2) van VOI van 29 november 2019 van Kinopolis.

<sup>58</sup> Antwoord van 9 december 2019 op vraag 3 van VOI van 29 november 2019 van Kinopolis.

brutovloeroppervlakte en/of waarbij een belangrijke verkeerstraffiek wordt gegeneerd, kan in Vlaanderen als een stadsontwikkelingsproject worden beschouwd dat aanleiding geeft tot een milieueffectrapportageplicht (MER) of een gemotiveerd verzoek tot ontheffing van die verplichting) en of al dan niet bezwaar/beroep wordt ingesteld tegen het project. Zo kan in Vlaanderen beroep worden ingesteld bij de Bestendige Deputatie, vervolgens bij de Raad voor Vergunningsbetwistingen en tot slot bij de Raad van State.

172. Middels geen MER-traject (voor Vlaanderen) of gelijkaardig traject voor Brussel en Wallonië dient doorlopen te worden en de bioscoopfunctie past binnen de bestemming van het gebied, schat Kinopolis dat de vergunningen, afhankelijk van het gewest na verloop van een periode van 6 à 8 maanden worden toegekend waarna een beroepstermijn van 30 dagen begint te lopen. Indien een beroep wordt ingesteld, zijn er opnieuw verschillende termijnen die beginnen te lopen afhankelijk van het gewest. Bij gebrek aan ervaring, beschikt Kinopolis echter niet over gedetailleerde kennis inzake deze gespecialiseerde administratiefrechtelijke materie met verschillende procedures en termijnen in de drie gewesten.

173. Eens alle vereiste vergunningen verkregen zijn, vat de daadwerkelijke bouwfase aan.

- **Bouwfase**

174. De bouwtermijn zal, afhankelijk van de taille van de bioscoop, een 8 à 12 tal maanden in beslag nemen.

175. Naast hetgeen hierboven werd geformuleerd in verband met bioscopen waarvan Kinopolis eigenaar is, kan een nieuwe bioscoop echter ook worden ondergebracht in een handelshuuruimte die onderdeel uitmaakt van een groter commercieel project (bijv. de White cinema in Dockx). In dat geval hangt de doorlooptijd van de nieuwe bioscoop af van de doorlooptijd van het gehele project.

176. Op basis van een inschatting door Kinopolis van de doorlooptijd van de bouwfasen voor een Kinopolis complex, komt de auditeur opgeteld tot een totale bouwperiode van 15 à 21 maanden (afhankelijk van het gewest), die het verkrijgen van een vergunning en het bouwproces omvat. De doorlooptijd van de prospectie hangt volgens Kinopolis af van vele variabelen en kan niet worden ingeschat.

## **VII.2 Marktonderzoek**

### **VII.2.1 Vraagstelling in de verzoeken om inlichtingen**

177. In het kader van voorliggende opdracht van het Marktenhof heeft de auditeur opnieuw de markt bevraagd.

178. In totaal werden er twee algemene verzoeken om inlichtingen uitgestuurd naar bioscopen die ook zowel tijdens het oorspronkelijk onderzoek van het opheffingsverzoek als bij de actualisatieopdracht werden aangeschreven. De responsgraad op het eerste verzoek om inlichtingen lag hoger dan bij de vorige marktonderzoeken. De meerderheid van de ondervraagde exploitanten deelden hun standpunt mee aan het auditoraat.

179. Aanknopen bij het arrest van het Marktenhof heeft de auditeur in een eerste vragenronde de opdracht van het Marktenhof onder vraagvorm voorgelegd aan bioscoopexploitanten:

*“Welke duurtijd en desgevallend voorwaarden moeten aan de overgangperiode worden gekoppeld opdat deze “proportioneel, passend en effectief” zou zijn teneinde uw cliënte en andere concurrerende bioscoopexploitanten toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de organische groeibeperking voor Kinopolis. U dient objectief verifieerbare omstandigheden aan te halen die uw standpunt hieromtrent onderbouwen.”*

180. De auditeur vroeg ook om een stand van zaken met betrekking tot de lopende projecten over te maken.

181. Na analyse van de antwoorden, heeft de auditeur volgende meer gerichte vragen gesteld in de tweede vragenronde:

*“Gelet op de beslissing van het Brussels Hof van Beroep, bent u van plan om zich van nu af aan specifiek voor te bereiden op de eventuele komst van een nieuw Kinopolis complex in uw verzorgingsgebied?”*

*Zo ja, wat zou u doen om zich competitief op te stellen tegenover Kinopolis? Bijvoorbeeld via veranderingen en innovaties aan uw business model en/of bioscoopinfrastructuur (op het vlak van prijszetting, aanbod van goederen en diensten, kwaliteit van de filmbeleving, introduceren van innovaties, marketing, promotie, uitbreiding van bestaande complexen, verbetering van de infrastructuur,...)?*

*Gaat het hierbij om voorbereidingen op lokaal, regionaal of nationaal niveau?*

*Hoeveel tijd acht u hiervoor noodzakelijk?”*

182. Aangezien de tweede vraag gaat over het type voorbereidingen die concurrenten nog wensen te nemen vóór de opheffing van de groeibeperking worden deze antwoorden eerst weergegeven. Daarna volgen de antwoorden op de eerste vraag naar de noodzakelijke voorbereidingstijd hiervoor.

## **VII.2.2 Bioscoopgroepen**

### **VII.2.2.a Pathé**

#### ***i) Pertinente voorbereidingen voor de definitie van de overgangperiode***

183. **Pathé**<sup>59</sup> antwoordt dat de kern van de zaak in de strijd om competitiviteit op het gebied van bioscoopexploitatie vandaag de dag echt ligt in de kwaliteit van het onthaal en dus in de investeringen in infrastructuur, technologische investeringen en het aanbod van aanvullende entertainment op de filmvoorstelling zelf (restaurants, bowlingbanen, cafés, bijvoorbeeld). Dit was al lang nodig om een antwoord te bieden op nieuwe vormen van filmbeleving zoals streaming. Zo heeft Pathé na de overname van Cinepointcom snel geïnvesteerd in de modernisatie van de zalen, voornamelijk in Charleroi. Modernisering zal ook noodzakelijk zijn wanneer de mogelijke komst van een sterke concurrent zoals Kinopolis in een verzorgingsgebied, met een bioscoop die per definitie nieuw en modern is en zonder toename van het totale bioscoopbezoek in het gebied (dit bezoek hangt niet samen met het aantal aanwezige bioscopen in een gebied, maar met de kwaliteit van het totale bioscoopaanbod), er automatisch toe zal leiden dat een bepaald deel van de toeschouwers van de bestaande complexen naar het nieuwe complex wordt overgebracht.

184. Het uiteindelijk gevoerde investeringsbeleid zal afhangen van de specifieke situatie op lokaal niveau:

*“De te maken berekening kan vaak op een gok lijken: zullen de noodzakelijke investeringen de schade voldoende beperken, of is de verhouding tussen de investeringen en het potentiële omzetverlies in verband met de komst van een nieuwe zaal te ongunstig om het risico te nemen om dergelijke investeringen te doen, wetende dat het uitblijven van investeringen het verlies van de toeschouwers in ieder geval alleen maar zal bespoedigen?”*

*Het antwoord op uw vraag kan dus niet algemeen zijn, afhankelijk van de situatie in elk gebied. In wezen kan worden gesteld dat hoe sterker een exploitant in een gebied is, hoe gemakkelijker hij het risico kan*

---

<sup>59</sup> Antwoord van 20 december 2019 op vraag II.1 van VOI van 3 december 2019 van Cinémas Pathé Gaumont.

nemen om grote investeringen te doen om de kwaliteit van zijn aanbod te verbeteren en zo een effectievere concurrent te zijn voor de nieuwe vestiging van Kinopolis. Aan de andere kant, hoe zwakker de exploitant, hoe lager de garanties voor het rendement van de investering en dus hoe sterker de remmen op deze noodzakelijke investeringen zullen zijn, waardoor een soort vicieuze cirkel ontstaat.”<sup>60</sup>

185. Pathé gelooft daarentegen niet in prijsconcurrentie:

“Anderzijds stellen we vast dat een bijzonder agressief prijsbeleid (per definitie verzwarend voor de rentabiliteit, die in de sector al niet bijzonder sterk is) in het algemeen niet van die aard is om de grote concurrentiële evenwichten te veranderen. Bioscoop is een markt van impulsaankoop, tegen een prijs die al relatief laag is (en die niet substantieel kan stijgen, met name door de concurrentie van andere consumptiemogelijkheden van het bioscoopbezoek). Tussen een film die wordt vertoond in een ouderwetse bioscoop, met een slechte projectiekwaliteit, en dezelfde film die wordt vertoond in een moderne, comfortabele bioscoop, zal het feit dat de eerste bioscoop zijn prijzen sterk verlaagt een zeer beperkte invloed hebben op zijn bezoekfrequentie, terwijl tegelijkertijd zijn economisch model sterk wordt verzwakt.”<sup>61</sup>

### **ii) Noodzakelijke duur van de overgangperiode**

186. Pathé<sup>62</sup> heeft een eigen mechanisme uitgewerkt. Zij is van oordeel dat een onderscheid volgens zone moet gemaakt worden waarin Kinopolis een nieuwe bioscoop bouwt. Voor sommige zones kan de 4<sup>de</sup> voorwaarde inzake organische groei onmiddellijk worden opgeheven wanneer de nieuwe Kinopolis bioscoop geen substantiële negatieve gevolgen teweeg brengt voor de lokale concurrentie. In deze zones wordt de 4<sup>de</sup> voorwaarde met onmiddellijke ingang opgeheven zodat Kinopolis zonder voorafgaandelijke akkoord van de BMA in deze zones kan bouwen. Voor andere zones daarentegen, waar de komst (of versterking) van Kinopolis tot aanzienlijke concurrentierisico's zou leiden, moet de voorwaarde voor een relatief lange periode worden gehandhaafd.

187. Deze concurrentierisico's zijn er wanneer de mogelijke komst van een sterke concurrent zoals Kinopolis in een verzorgingsgebied met een bioscoop die per definitie nieuw en modern is én zonder toename van

---

<sup>60</sup> Nederlandse vrije vertaling van: “Dans ce cadre, le calcul à faire peut souvent ressembler à un pari : les investissements nécessaires permettront-ils de limiter suffisamment les dégâts, ou bien le rapport entre les investissements et la perte potentielle de chiffre d'affaires liée à l'arrivée d'une nouvelle salle est-il trop défavorable pour prendre le risque de se lancer dans de tels investissements, sachant que l'absence d'investissements, en toute hypothèse, ne fera qu'accélérer la perte de spectateurs ? La réponse à votre question ne peut donc être de portée générale, dépendant de la situation dans chaque zone. En substance, on peut considérer que, plus un exploitant est fort dans une zone, plus facilement il peut prendre le risque de se lancer dans des investissements importants pour améliorer la qualité de son offre et, partant, être un concurrent plus efficace pour le nouvel établissement Kinopolis. A l'inverse, plus l'exploitant est fragile, moins les garanties de retour sur investissement sont importantes et, donc, plus les freins à ces investissements pourtant nécessaires seront forts, créant une sorte de cercle vicieux.”

<sup>61</sup> Nederlandse vrije vertaling van: “Par contre, on constate qu'une politique de prix particulièrement agressive (grevant par définition une rentabilité qui, dans le secteur, n'est déjà pas particulièrement forte) n'est en général pas de nature à changer les grands équilibres concurrentiels. Le cinéma est un marché de l'envie, à un prix d'ores et déjà relativement bas (et qui ne peut pas substantiellement monter, du fait notamment de la concurrence d'autres modes de consommation du spectacle cinématographique). Entre un film projeté dans un cinéma vieillot, avec une mauvaise qualité de projection et le même film projeté dans un cinéma moderne et confortable, le fait que le premier cinéma baisse fortement ses prix aura un impact très limité sur sa fréquentation, tout en fragilisant fortement son modèle économique.”

<sup>62</sup> Antwoord van 20 december 2019 op vraag I.1 van VOI van 6 november 2019 van Cinémas Pathé Gaumont.

*het totale bioscoopbezoek in het gebied (dit bezoek hangt niet samen met het aantal aanwezige bioscopen in een gebied, maar met de kwaliteit van het totale bioscoopaanbod), er automatisch toe zal leiden dat een bepaald deel van de toeschouwers van de bestaande complexen naar het nieuwe Kinopolis complex wordt overgebracht.*

188. *Pathé is ervan overtuigd dat de aantrekkelijkheid van bioscoopbezoeken (zowel de ontvangstomstandigheden als de technische kwaliteit van de filmprojecties) kan toenemen door renovatie van bestaande vestigingen eerder dan door de bouw van nieuwe complexen. Immers, de Belgische markt voor bioscoopexploitanten is volgens Pathé reeds vandaag een verzadigde markt, met een totaal aantal bioscopen die globaal voldoende is om aan de behoeften van de bevolking te voldoen, met een vrij stabiel bioscoopbezoek.*

189. *Pathé vertrekt van het gegeven dat een nieuwe vestiging per definitie moderner is en dus aantrekkelijker. De bouw van een nieuwe vestiging in een zone waar al voldoende aanbod is voor de bestaande bezoekfrequentie zal er dus direct toe leiden dat de klanten worden afgeleid van de bestaande bioscopen. De reeds aanwezige spelers in het gebied zullen noodzakelijkerwijs zeer terughoudend zijn om zwaar te investeren in de renovatie van hun bioscopen (wat vaak van essentieel belang is). Voorafgaand aan de bouw van het nieuwe complex zal het bioscoopaanbod dus niet optimaal zijn, omdat er geen renovatieprogramma's zijn. Nadien is het duidelijk dat het nieuwe Kinopolis-complex, geconfronteerd met gevestigde spelers die per definitie niet alle nodige renovatie-inspanningen hebben kunnen leveren, noodzakelijkerwijs een groot deel van het cliënteel zal veroveren. Dit zal op korte termijn leiden tot het verdwijnen van de vroegere spelers die in het gebied aanwezig waren, waardoor de concurrentie opnieuw noodzakelijkerwijs zal worden beperkt. Pathé besluit dan ook dat er voor die zones waar de komst van Kinopolis tot aanzienlijke concurrentierisico's zou leiden, een overgangperiode nodig is.*

190. *Pathé gaat verder en stelt dat een korte overgangperiode in feite zeer ondoeltreffend is. Ten eerste, als concurrenten weten dat Kinopolis bijvoorbeeld binnen één jaar snel groen licht kan krijgen om een nieuw complex te bouwen, zonder te moeten vrezen voor een verbod van de BMA, dan zullen ze niet investeren in de renovatie van hun eigen bioscopen. Ten tweede zullen de promotoren, in de wetenschap dat Kinopolis op zeer korte termijn geen vergunning voor de opening van een nieuw bioscoopcomplex bij de BMA zal moeten aanvragen, geneigd zijn het aanbod van Kinopolis te privilegiëren ten opzichte van die van andere potentiële concurrenten. Kinopolis kan hierbij vele concurrentie troeven uitspelen om een potentieel nieuw bouwproject binnen te halen: de financiële kracht van de groep, zijn uitstekende lokale aanwezigheid, zijn status als "lokale" operator, de vooruitzichten op een hogere rentabiliteit, haar commerciële kracht maar ook met haar perfecte kennis van de actoren (vooral publieke) die betrokken zijn bij de bouw van een bioscoopcomplex.*

191. *Volgens Pathé is een minimum overgangperiode van 4 jaar noodzakelijk om concurrenten in deze zones toe te laten zich minimaal te versterken om sterker te zijn op de dag dat de voorwaarde effectief wordt opgeheven. Zowel voor een versterking via renovatieprojecten als via bouwprojecten is deze lange overgangstermijn noodzakelijk.*

192. *Wanneer gekozen wordt voor een strategie van investering in modernisering, wordt deze noodzakelijkerwijs over een vrij lange periode uitgevoerd, aangezien er fysieke werkzaamheden moeten worden verricht. Tussen het moment waarop het besluit wordt genomen en het moment waarop het daadwerkelijk wordt uitgevoerd, verstrijken ten minste twee tot drie jaar. Er moet ook rekening worden gehouden met het feit dat moderniseringswerkzaamheden in een bestaande, voor het publiek*



toegankelijke inrichting een negatieve invloed hebben op de bezoekfrequentie (sluiting van zalen, overlast, enz.) tijdens de uitvoering ervan.<sup>63</sup>

193. Wanneer wordt gekozen voor een bouwproject, is Pathé van mening dat, na ondertekening van een exclusiviteitsovereenkomst, de ondertekening van een onderhandse overeenkomst voor de overdracht van erfpacht (onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een gemengde bouwvergunning) minstens 3 maanden duurt. De voorbereiding van de vergunningsaanvraag neemt minstens evenveel tijd in beslag. De analyseprocedure duurt ongeveer 1,5 jaar. Tussen de daadwerkelijke beslissing om een effectief geïdentificeerd project uit te voeren (en waarvoor reeds haalbaarheidsstudies zijn uitgevoerd) en het verkrijgen van de vergunning kan dus een periode van ongeveer twee jaar in acht worden genomen. Pas dan kan het werk beginnen, zodat de daadwerkelijke opening van de bioscoop pas over 1,5 tot 2 jaar plaatsvindt.<sup>64</sup>

194. Pathé stelt dus dat de bouwfasen tot aan het verkrijgen van een bouwvergunning ongeveer 2 jaar in beslag nemen. De daadwerkelijke opening vindt 1,5 tot 2 jaar later plaats.

### **iii) Modaliteiten voor de overgangperiode**

195. Pathé antwoordt dat elke voorbereidende handeling van Kinopolis, zelfs als het heel vroeg in het proces wordt gedaan, de projecten van Pathé waarschijnlijk vertragen want Kinopolis heeft ongetwijfeld een voordeel ten opzichte van haar concurrenten als het gaat om de bouw van nieuwe complexen. Volgens Pathé komt dit door haar marktmacht, gekoppeld aan haar positie als de belangrijkste (en veruit de grootste) filmexploitant in België en aan haar uitstekende lokale aanwezigheid, die haar in staat stelt bevoorrechte betrekkingen te onderhouden met alle spelers die betrokken kunnen zijn bij de bouw van een bioscoopcomplex (promotoren, investeerders, overheden, enz.).

196. Pathé begrijpt dat alleen al het feit dat Kinopolis voorafgaande toestemming moet vragen aan de BMA de besprekingen met promotoren kan bemoeilijken:

*“De verplichting, zoals die nu bestaat, om toestemming te krijgen van de BMA om met een dergelijke constructie door te gaan, zou theoretisch, in bepaalde situaties, bepaalde projecten kunnen vertragen. Gelet op deze restrictie, wanneer de concurrentiesituatie die waarschijnlijk het gevolg zal zijn van de bouw van het nieuwe complex wordt geanalyseerd, zouden sommige belanghebbenden in voorkomend geval geneigd kunnen zijn om alternatieve, minder concurrentie beperkende projecten te analyseren, uit vrees voor een verbod.”<sup>65</sup>*

197. Evenwel, gelet op het aflopend karakter van deze toestemmingsverplichting, moet volgens Pathé vanuit de volgende wetenschap geredeneerd worden:

*“Zoals hierboven uiteengezet, zou een te korte overgangperiode vanaf vandaag deze onzekerheid wegnemen. Zoals we hieronder zullen zien, is de bouw van een nieuw bioscoopcomplex van nature zeer tijdrovend en als alle betrokkenen bij een zaak (en in het bijzonder de promotoren) weten dat Kinopolis tegen de tijd dat het project daadwerkelijk op de rails staat, niet meer bang hoeft te zijn voor een verbod,*

<sup>63</sup> Antwoord van 20 december 2019 op vraag II.1, c) van VOI van 3 december 2019 van Cinémas Pathé Gaumont.

<sup>64</sup> Antwoord van 20 december 2019 op vraag II.3 van VOI van 3 december 2019 van Cinémas Pathé Gaumont.

<sup>65</sup> Nederlandse vrije vertaling van: *“L’obligation, telle qu’existant aujourd’hui, d’obtenir l’autorisation de l’ABC pour procéder à une telle construction pouvait théoriquement, dans certaines situations, freiner certains projets. Compte tenu de cette contrainte, analysant la situation concurrentielle susceptible de résulter de la construction de ce nouveau complexe, certains intervenants pouvaient, le cas échéant, être enclins à analyser des projets alternatifs, moins restrictifs de concurrence, par crainte d’une interdiction.”*

zal er in feite geen belemmering meer zijn, noch juridisch, noch psychologisch, voor de bouw van deze bioscopen.”<sup>66</sup>

### **VII.2.2.b UGC**

#### **i) Pertinente voorbereidingen voor de definitie van de overgangperiode**

198. **UGC**<sup>67</sup> antwoordt dat zij geen kennis heeft van nieuwe projecten van Kinopolis in zijn verzorgingsgebieden, waardoor zij nog geen specifieke maatregelen kan nemen om zich hierop voor te bereiden. UGC acht het waarschijnlijk dat Kinopolis de oprichting van bioscopen in grootstedelijke gebieden overweegt gelet op de trend van de versterking van het aanbod in die gebieden. UGC's strategie is dan ook om zich op deze strategische locaties te versterken. UGC zal haar huidige strategieën dus voortzetten en versterken. Competitief blijven in haar bestaande verzorgingsgebieden is de voornaamste strategie. UGC merkt op dat de drie grootste bioscopen van UGC (twee in Brussel en één in Antwerpen) al jaren in een situatie van rechtstreekse concurrentie is met bioscopen van Kinopolis in lokale markten.
199. UGC verduidelijkt dat bepaalde commerciële concepten op Europees niveau worden uitgewerkt (als deel uitmakend van de UGC Groep). Evenwel is de diversificatie van het kwalitatieve aanbod naargelang de vraag van en het soort bezoekers van de lokale bioscopen één van haar sterkste punten in vergelijking met haar concurrenten. Als voorbeeld van dergelijke diversificatie geeft UGC het businessmodel voor UGC Turnhout: aan de bezoeker wordt een totaalpakket aan animatie- en randactiviteiten bezorgd naast de cinémakeleving zelf. Zo kan een bezoeker niet enkel naar de film gaan in het complex, maar kan het ook genieten van een groot cinécafé met een uitgebreide snoepwinkel en spelruimte, een bowling, een restaurant, een evenementenruimte, enz. Ongeveer 55% van het publiek in UGC Turnhout is jonger dan 28% waarbij dergelijke activiteiten aanslaan en worden geapprecieerd. In Brussel daarentegen, is het algemeen publiek iets ouder, waarbij dergelijke randactiviteiten geen must zijn.
200. UGC stelt dat dit soort maatregelen een constante aanpassing aan de ontwikkelingen en behoeften in een bepaalde locatie betreft. UGC kan hiervoor dan ook geen specifiek termijn bepalen.

#### **ii) Noodzakelijke duur van de overgangperiode**

201. **UGC**<sup>68</sup> is van oordeel dat de toestemming tot het oprichten van een nieuwe Kinopolis bioscoop noodzakelijk is voor de eerstvolgende bioscopen die Kinopolis wil oprichten. Elke nieuwe Kinopolis bioscoop, van welke omvang ook, kan een versterkend effect hebben op de schaalvoordelen en netwerkeffecten van Kinopolis met negatieve gevolgen op concurrenten. Via een verdichting van haar netwerk kan Kinopolis ook bestaande concurrentie verzwakken of nieuwe concurrentie vroegtijdig afzwakken.
202. Het oprichten van een bioscoop duurt 15 maanden, en in de meeste gevallen zelfs 24 tot 36 maanden. Dit betreft de tijd die nodig is voor het onderzoeken van mogelijke locatie of sites, het voeren van de onderhandelingen inzake mogelijke economische voorwaarden, het verkrijgen van de vergunningen en andere toelatingen en de uiteindelijke oprichting en bouw zelf.

---

<sup>66</sup> Nederlandse vrije vertaling van: “Comme expliqué ci-dessus, une période transitoire trop courte ferait, dès aujourd’hui, disparaître cette incertitude. Comme on le verra ci-après, la construction d’un nouveau complexe cinématographique prend par nature beaucoup de temps et si tous les intervenants d’un dossier (et notamment les promoteurs) savent que, au moment où le projet sera effectivement sur les rails, Kinopolis n’aura plus à craindre une interdiction, il n’y aura en réalité plus aucune obstacle, ni juridique ni psychologique, à la construction de ces cinémas.”

<sup>67</sup> Antwoord van 9 december 2019 op vraag 1 van de specifieke vragen van VOI van 2 december 2019 van UGC.

<sup>68</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 1 van VOI van 6 november 2019 van UGC.

203. UGC is daarom van mening dat de overgangperiode minstens 36 maanden moet betreffen, aangezien dit de termijn is waarin Kinopolis een nieuwe bioscoop zou kunnen oprichten, waarvoor de toestemming van de BMA noodzakelijk blijft. Deze termijn van 36 maanden is dan ook noodzakelijk om een disruptief effect op UGC en andere concurrerende bioscoopexploitanten te vermijden en hun toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de organische groeibeperking voor Kinopolis en eigen projecten te kunnen stimuleren.
204. De BMA moet gedurende deze periode in staat blijven om de concurrentiele gevolgen van de oprichting van een bioscoop door een dominante speler op basis van alle relevante criteria af te wegen. UGC en andere concurrerende bioscoopexploitanten moeten er kunnen op vertrouwen dat de BMA in de komende 36 maanden nog steeds een individuele analyse van de door Kinopolis overwogen projecten kan uitoefenen. Bij gebrek aan dergelijke overgangperiode zouden UGC en andere concurrenten blootgesteld worden aan de mededingingsbeperkende gevolgen van de schaalvoordelen en netwerkeffecten van Kinopolis.
205. UGC verduidelijkt dat zij als uitgangspunt voor deze termijn niet de positie van concurrerende bioscopen heeft genomen, maar de positie van Kinopolis tijdens deze overgangperiode. Volgens UGC kan een overgangperiode slechts relevant zijn indien de rechten van Kinopolis, de dominante speler, beperkt worden totdat de projecten van concurrerende bioscopen zich in een vergevorderd stadium bevinden. Zoals het Mediacité-project precedent aantoont, kan Kinopolis ook nog na de oprichtingsakte of de vergunningsfase een concurrent afblokken, of zelfs verdrijven.
206. De positie van concurrerende bioscopen is dus niet relevant, daar noch UGC, noch andere concurrenten over een machtspositie beschikken in de markt voor de vertoning van films op nationaal niveau. De overgangperiode moet aan de concurrenten de mogelijkheid bieden om hun projecten in een vergevorderd stadium te brengen, zonder risico van belemmering of verdrijving van Kinopolis. Concurrenten hebben geen controle over de duur van de oprichting van een bioscoopcomplex maar een overgangperiode van 36 maanden is voor UGC het noodzakelijke minimum om zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake oprichting.

**iii) Modaliteiten voor de overgangperiode**

207. Volgens UGC kan een overgangperiode slechts relevant zijn indien de rechten van Kinopolis, de dominante speler, beperkt worden totdat de projecten van concurrerende bioscopen zich in een vergevorderd stadium bevinden. Zoals het Mediacité-project precedent aantoont, kan Kinopolis ook nog na de oprichtingsakte of de vergunningsfase een concurrent afblokken, of zelfs verdrijven.
208. De positie van concurrerende bioscopen is dus niet relevant, daar noch UGC, noch andere concurrenten over een machtspositie beschikken in de markt voor de vertoning van films op nationaal niveau. De overgangperiode moet aan de concurrenten de mogelijkheid bieden om hun projecten in een vergevorderd stadium te brengen, zonder risico van belemmering of verdrijving van Kinopolis. Concurrenten hebben geen controle over de duur van de oprichting van een bioscoopcomplex maar een overgangperiode van 36 maanden is voor UGC het noodzakelijke minimum om zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake oprichting.
209. UGC is van oordeel dat een overgangperiode slechts pertinent is indien Kinopolis bepaalde rechten tijdens de overgangperiode niet kan uitvoeren, zoals het onderhandelen en sluiten van contracten met projectontwikkelaars, het consulteren van architecten en het aanvragen van vergunningen. Kinopolis kan tijdens deze voorbereiding en uitvoering van haar projecten reeds concurrentie afblokken en de oprichting van bioscopen door concurrenten verhinderen. UGC haalt het Mediacité-project aan. Gedurende deze

*termijn kunnen concurrenten van Kinopolis reeds hinder ondervinden van de machtspositie van Kinopolis, waardoor deze termijn niet als een voorbereidingstijd voor concurrenten kan gelden. Indien Kinopolis reeds kan aanvatten met de voorbereiding van deze bouwprojecten, is een overgangsperiode irrelevant.*

210. *Immers, Kinopolis kan door haar naambekendheid en financiële situatie vaak sneller en makkelijker onderhandelen en overeenkomsten afsluiten met projectontwikkelaars. Door een ontwikkelaar zal altijd gekozen worden voor de financieel sterkere partij, waardoor een aanbod van Kinopolis sneller aanvaard zal worden dan een aanbod van kleinere concurrenten. Kinopolis zal dus in de meeste gevallen sneller kunnen starten met de aanvang van een bouwproject dan kleinere concurrenten voor gelijkaardige projecten. In dit geval is de voorbereidingstijd voor Kinopolis korter dan voor kleinere concurrenten waardoor de overgangsperiode betekenisloos wordt.*

211. *De termijn die Kinopolis nodig heeft om zijn eigen bouwprojecten uit te voeren (na BMA goedkeuring) kan om bovenvermelde reden niet intrinsiek beschouwd worden als een voorbereidingstijd voor concurrenten.*

### **VII.2.2.c Imagix**

#### **i) Voorafgaandelijke opmerking m.b.t. een eventuele Voorziening in Cassatie**

212. *Imagix merkt voorafgaandelijk op dat een eventuele voorziening in cassatie door de BMA, Euroscop en/of Imagix geen schorsende werking heeft en de uitvoering van het Arrest dus niet kan beletten. Desalniettemin meent Imagix dat er bij de uitvoering van het Arrest de nodige maatregelen moeten worden genomen om te vermijden dat een eventuele succesvolle verbreking van het Arrest geen praktische gevolgen meer kan hebben. Met andere woorden, Imagix verzoekt het Auditoraat om in het voorstel van beslissing aan het Mededingingscollege uitdrukkelijk te voorzien dat de uiteindelijke beslissing van het Mededingingscollege ophoudt te bestaan bij eventuele verbreking van het Arrest door het Hof van Cassatie.<sup>69</sup>*

#### **ii) Pertinente voorbereidingen voor de definitie van de overgangsperiode**

213. *Imagix<sup>70</sup> meent dat een relatief kleine speler zoals Imagix zich slechts in beperkte mate kan voorbereiden op de eventuele komst van een nieuw Kinopolis complex in één van zijn verzorgingsgebieden. Kinopolis is namelijk in staat om de rendabiliteit van één complex op te offeren om de lokale concurrent in kwestie uit te schakelen met als doel (i) een lokaal monopolie te verkrijgen en (ii) haar nationale machtspositie te versterken.*

214. *Ter anticipatie van de nakende opheffing van de vierde voorwaarde inzake oprichting, kan Imagix niet anders dan zo snel mogelijk haar reeds bestaande innovatieve projecten tot uitvoering te brengen. Het Auditoraat is op de hoogte van deze projecten (als gevolg van de diverse verzoeken om inlichtingen in het kader van huidige procedure en in het kader van de procedure die geleid heeft tot de beslissing van de BMA van 25 maart 2019).*

215. *De strategie van Imagix is er op gericht om in de huidige context van onzekerheid al het mogelijke te doen om voldoende schaalgrootte te ontwikkelen die haar zou moeten toelaten om zich te handhaven als een regionale speler (in Wallonië) en om zich nationaal te handhaven ten aanzien van o.a. leveranciers en filmdistributeurs.*

---

<sup>69</sup> Antwoord van 14 november 2019 op VOI van 14 november 2019 van Imagix, Voorafgaande opmerking.

<sup>70</sup> Antwoord van 24 december 2019 op vraag 1 van VOI van 2 december 2019 van Imagix.

### **iii) Noodzakelijke duur van de overgangperiode**

216. **Imagix**<sup>71</sup> antwoordt in haar eerste antwoord<sup>72</sup> op het algemeen geformuleerd verzoek om inlichtingen dat Kinopolis moet verboden worden om in België, op zijn minst in Wallonië, nieuwe cinemacomplexen op te richten zonder voorafgaande toestemming (al dan niet via vereenvoudigde procedure) voor een periode van 5 jaar (tot eind 2024); minstens 4 jaar (minstens tot eind 2023). Deze termijn baseert Imagix op de conservatief geschatte duurtijd van de projecten van Imagix.

217. Volgens Imagix moet de overgangperiode ook voldoende lang zijn vanuit een andere invalshoek: om te vermijden dat de commerciële haalbaarheid van deze projecten in vraag zal worden gesteld. worden. Een te korte periode leidt er immers toe dat deze projecten vertraging zullen oplopen of zelfs nooit gerealiseerd zullen worden.

### **iv) Modaliteiten voor de overgangperiode**

218. Imagix besluit dat ten minste tot aan het verstrijken van 4 jaar de projecten van Imagix precair zijn waardoor Kinopolis, indien ongehinderd, deze door haar tussenkomst kan saboteren. Volgende factoren spelen hierbij een rol:

- (1) **Verdwijnen lokale, politieke steun:** Politici verkiezen de aanwezigheid van een grotere, bekendere speler. Van zodra Kinopolis aangeeft plannen te hebben waar ook Imagix plannen heeft, zullen de lokale politici in kwestie eerder geneigd zijn de plannen van Kinopolis te steunen en niet (langer) die van Imagix.
- (2) **Verdwijnen mogelijke locaties:** Een projectontwikkelaar verkiest samen te werken met een grote(re) speler. Optieovereenkomsten voorzien vaak in de mogelijkheid voor een projectontwikkelaar om zich terug te trekken. Het risico bestaat dat een aankondiging van Kinopolis er toe zal leiden dat projectontwikkelaars zich zullen terugtrekken uit opties afgesloten met Imagix (zodat zij de mogelijkheid krijgen om met Kinopolis te onderhandelen).
- (3) **Verdwijnen financiering:** Investeerders verkiezen om te investeren in projecten van grote(re) spelers doordat deze meer zekerheid bieden.

219. Het bestaan van dergelijke risico's brengt een enorme onzekerheid met zich mee en dergelijke onzekerheid schrikt noodzakelijke investeerders en financiers af waardoor deze afhaken of minstens meer zekerheden of hogere intresten vragen.

220. De duur van de overgangperiode moet dus lang genoeg zijn om duidelijk te maken aan de buitenwereld (investeerders, financiers, projectontwikkelaars, politici, etc.) dat deze projecten op korte termijn niet door Kinopolis in gevaar gebracht kunnen worden en dus levensvatbaar zijn. Dit impliceert dat ten minste tot bij de opening van de cinemacomplexen, Kinopolis verboden moet worden om zonder voorafgaande toestemming van de BMA nieuwe cinemacomplexen op te richten.

221. Het volstaat dus voor alle duidelijkheid niet om de overgangperiode op te heffen van zodra Imagix plant om de bouw van deze cinemacomplexen aan te vangen. Zoals reeds aangegeven, (i) vallen vertragingen niet uit te sluiten en (ii) zal een te korte overgangperiode tot gevolg hebben dat de commerciële haalbaarheid van deze projecten in vraag gesteld zullen worden (waardoor deze projecten

---

<sup>71</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 1 van VOI van 14 november 2019 van Imagix.

<sup>72</sup> Antwoord van 14 november 2019 op VOI van 5 november 2019 van Imagix.

*vertraging zullen oplopen of zelfs niet zullen worden gerealiseerd). Imagix stelt dat dit risico bij een kortere duur zich ook voordoet na aanvang van de werken.*

*222. Aangezien Kinopolis de plannen van Imagix ook kan dwarsbomen door het louter aankondigen van haar eigen plannen, het lobbyen bij lokale autoriteiten, het aankopen en bezetten van gronden, etc. moet de overgangperiode gepaard gaan met de nodige modaliteiten. Kinopolis heeft namelijk reeds publiekelijk aangekondigd nieuwe cinemacomplexen te willen oprichten in Wallonië. Gelet op het hoger beroep bij het Marktenhof mag daarbij vermoed worden dat Kinopolis grotere complexen voor ogen heeft. Bovendien maakt Kinopolis reeds gebruik van de huidige situatie om onzekerheid over de haalbaarheid van projecten van concurrenten te creëren (ten aanzien van bijv. politici, projectontwikkelaars, financiers, etc.).*

*223. Tijdens deze overgangperiode moet Kinopolis verboden worden om in België, direct of indirect, alleen of via derden, over te gaan (of daartoe voorbereidende stappen te nemen) om grond te verwerven of te ontwikkelen met het oog op het oprichten van een cinemacomplex. Hierin moet worden begrepen o.m. het sluiten van onderhandse akten tot aankoop onroerend goed ("compromis"), het opstarten van administratieve procedures tot het verkrijgen van vergunningen, het aanstellen van een architect, het publiek aankondigen van plannen<sup>73</sup>, het deelnemen aan biedprocedures voor concessies, etc.*

*224. Indien deze voorwaarden niet aan Kinopolis worden opgelegd, zal de overgangperiode in feite geen nut hebben want Kinopolis zou in afwachting van het verlopen van de overgangperiode de projecten van Imagix kunnen saboteren.*

*225. In haar antwoord op een tweede verzoek om inlichtingen stelt Imagix een minimumperiode voor: de overgangperiode moet lang genoeg zodat concurrenten minstens een definitieve bouwvergunning (dus na verloop van alle eventuele beroepsprocedures) hebben voor de lopende concrete projecten. Voor de lopende projecten van Imagix komt dit neer op een periode van 3 jaar.<sup>74</sup>*

*226. Imagix wijst ook op de gevolgen van het aflopend karakter van de overgangperiode voor de opstelling van de betrokken partijen bij het bouwproces van een nieuwe bioscoop. Tot het Arrest wisten financiers, projectontwikkelaars, etc. dat Kinopolis slechts nieuwe cinemacomplexen kon oprichten na voorafgaande goedkeuring van de BMA. Er mocht hierbij vermoed worden dat dergelijke voorafgaande goedkeuring van de BMA slechts gegeven zou worden indien een door Kinopolis voorgestelde oprichting de mededinging niet zou beperken (bijv. indien dergelijke oprichting een bestaand cinemacomplex en/of een concreet project van een concurrent in gevaar zou brengen).*

*227. Na het Arrest worden financiers, projectontwikkelaars, politici, etc. echter geconfronteerd met het gegeven dat Kinopolis in de nabije toekomst (na een overgangperiode) onbeperkt nieuwe cinemacomplexen mag oprichten ongeacht de concrete gevolgen op de mededinging en op concurrerende projecten. Het spreekt voor zich dat dit het risico voor dergelijke concurrerende projecten verhoogt.*

*228. De eindigheid van de vierde voorwaarde inzake oprichting (als gevolg van het Arrest) creëert dus wel degelijk een nieuwe situatie die voor concurrenten als Imagix risico verhogend werkt, zowel voor de bestaande complexen als voor de lopende (concrete) projecten.*

---

<sup>73</sup> In dit verband moet worden gewezen op de argumentatie van Kinopolis waarbij beweerd wordt dat een plicht tot voorafgaande aanmelding neerkomt op een *de facto* verbod. Kinopolis gaf hierbij aan dat dit het gevolg was van de plicht tot voorafgaande publicatie. Indien Kinopolis in het kader van deze procedure zou menen dat zij wel plannen mag publiceren, spreekt zij zichzelf tegen en heeft zij mogelijk onjuiste gegevens verstrekt in de zin van artikel IV.82 WER.

<sup>74</sup> Antwoord van 7 januari 2020 op vragen 1 en 2 van VOI van 2 december 2019 van Imagix.

229. Deze nieuwe situatie ligt tevens aan de basis van het verzoek van Imagix om tijdens de te bepalen overgangperiode Kinopolis een verbod op voorbereidende handelingen – zoals o.m. het sluiten van onderhandse akten tot aankoop onroerend goed (“compromis”), het opstarten van administratieve procedures tot het verkrijgen van vergunningen, het aanstellen van een architect, het publiek aankondigen van plannen, het deelnemen aan biedprocedures voor concessies, etc. – op te leggen.<sup>75</sup>

230. Het is correct dat vóór het Arrest, de vierde voorwaarde Kinopolis toeliet om voorbereidende handelingen te treffen. Dergelijke handelingen konden echter slechts in beperkte mate onzekerheid voor concurrerende projecten veroorzaken doordat financiers, projectontwikkelaars, politici, etc. wisten dat, wanneer deze projecten geconcretiseerd zouden worden, Kinopolis nog altijd de voorafgaande toestemming van de BMA diende te bekomen. Na het vaststellen van een overgangperiode zal deze waarborg echter niet meer bestaan, aangezien Kinopolis het verstrijken van de overgangperiode kan afwachten vooraleer haar project te concretiseren. Op dat moment zal Kinopolis immers niet meer de voorafgaande toestemming van de BMA moeten bekomen. Om te vermijden dat aankondigingen en andere voorbereidende handelingen door Kinopolis financiers, projectontwikkelaars, politici, etc. zouden beïnvloeden en daardoor een bedreiging kunnen vormen voor concrete concurrerende projecten, dringt Imagix erop aan om tijdens de overgangperiode voorbereidende handelingen door Kinopolis te verbieden (tenzij voor een project waarvoor zij voorafgaande toestemming van de BMA heeft verkregen).

231. Imagix meent dat een overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is er enerzijds voor moet zorgen dat (i) de overgangperiode niet verder gaat dan wat noodzakelijk is ter bescherming van de concurrenten (dus: proportioneel) en (ii) de overgangperiode gepaard gaat met modaliteiten om te vermijden dat de overgangperiode geen maat voor niets is (dus: passend en effectief).

232. Voor wat Imagix betreft, betekent dit dat zij in staat moet worden gesteld om haar lopende concrete projecten te voltooien zodat zij voldoende schaalgrootte kan bereiken om te overleven op de Belgische markt. Dit betekent, vanuit het perspectief van Imagix, concreet:

- Dat Kinopolis verboden moet worden om zonder voorafgaande toestemming van de BMA een cinemacomplex op te richten in het verzorgingsgebied van de lopende concrete projecten van concurrenten (conform de marktdefinitie die het Auditoraat heeft gedefinieerd in paragraaf 180 van de ontwerpbeslissing die geleid heeft tot de beslissing van 25 maart 2019<sup>76</sup>). Dit betreft een directe bescherming van de lopende concrete projecten.
- Dat Kinopolis verboden moet worden om zonder voorafgaande toestemming van de BMA een cinemacomplex op te richten in het verzorgingsgebied van een bestaand, concurrerend cinemacomplex indien dit cinemacomplex een broodnodige hefboom voor de lopende projecten betreft. Indien Kinopolis bv. in staat zou zijn om een cinemacomplex op te richten in de buurt van de huidige cinemacomplexen van Imagix, zou Imagix niet langer in staat zijn om haar projecten af te werken. Dit betreft een indirecte bescherming van lopende projecten van concurrenten. Zonder indirecte bescherming zou de overgangperiode uiteraard niet effectief zijn.

---

<sup>75</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 1 van VOI van 5 november 2019 van Imagix.

<sup>76</sup> Een isochroon van 25 minuten rekening houdend met de gemiddelde reistijd op het moment waarop de meeste cinemabezoeken plaatsvinden: « De Auditeur stelt dan ook dat op basis van het postcode-onderzoek kan worden vastgesteld dat een bioscoop een lokaal verzorgingsgebied met een reistijd van 20 minuten tot maximaal 25 minuten rond het complex heeft. »

233. Het spreekt voor zich dat dergelijke redenering niet geldt voor grotere ondernemingen zoals UGC en Pathé of voor kleinere ondernemingen die geen lopende projecten hebben. Imagix stelt daarom voor om de indirecte bescherming te beperken tot bestaande cinemacomplexen van KMO's<sup>77</sup> die in de loop van de huidige procedure aan de BMA hebben aangetoond dat zij met één of meer voldoende concrete, lopende projecten bezig zijn.<sup>78</sup> Volgens Imagix zijn projecten voldoende concreet indien er een aankoopoptie van grond getekend is.

- Dat de overgangperiode lang genoeg is zodat concurrenten minstens een definitieve bouwvergunning hebben voor de lopende concrete projecten. Gelet op het voorgaande komt dit voor Imagix neer op een periode van 3 jaar.
- Dat Kinopolis, gelet op de eindigheid van de vierde voorwaarde inzake oprichting, geen voorbereidingshandelingen mag treffen die het nut van de overgangperiode zouden tenietdoen (zie hierboven). De overgangperiode zou in dat geval niet effectief zijn.

234. De auditeur heeft vervolgens Imagix gevraagd of Kinopolis reeds vandaag als gevolg van het Arrest van het Marktenhof van de huidige situatie gebruik maakt om onzekerheid te creëren over de haalbaarheid van projecten van concurrenten. In haar vertrouwelijk antwoord concretiseert Imagix de gecreëerde onzekerheid en geeft zij uitleg bij de gevolgen voor Imagix. Imagix legt ook uit waarom zij wegens de commerciële gevoeligheid van deze informatie deze info niet wenst vrij te geven in haar niet vertrouwelijk antwoord. Louter ter illustratie kan Imagix enkel nogmaals wijzen op de publieke verklaringen van Kinopolis waarbij wordt aangegeven dat Kinopolis geïnteresseerd is om uit te breiden in Wallonië.<sup>79</sup>

### **VII.2.3 Onafhankelijke bioscopen**

235. **Belga Films**<sup>80</sup> met de bioscoop White in de Docks Brussel antwoordt geen specifieke strategie te hebben gepland omdat het concurrentiegebied zich bevindt in zowel in het centrum van de stad (UGC) als aan de rand van de stad (Kinopolis). Belga Films blijft voortbouwen op haar sterke punten. Een overgangstermijn is voor Belga Films moeilijk om te bepalen, maar de termijn moet wel redelijk zijn.

236. Uit het marktonderzoek blijkt bovendien dat de oprichting White Cinema in totaal 2 à 3 jaar in beslag heeft genomen. In 2013 werd het project Docks Brussel door de bouwpromotor voorgesteld. In 2014 (precieze datum onbekend) werd er onderhandeld en een contract ondertekend. In 2016 werden de werken aangevat en de cinema geopend (opening oktober 2016).

237. De auditeur merkt op dat Belga Films in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 heeft uiteengezet dat de sterke punten van het concept van White gebaseerd is op een uniek ervaring, versterkt

---

<sup>77</sup> Conform artikel 2 van de bijlage bij de Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen wordt een KMO als volgt gedefinieerd: "1. Tot de categorie kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (KMO's) behoren ondernemingen waar minder dan 250 personen werkzaam zijn en waarvan de jaaromzet 50 miljoen EUR of het jaarlijkse balanstotaal 43 miljoen EUR niet overschrijdt."

<sup>78</sup> Er mag verwacht worden dat lopende projecten van uitbaters die geen KMO's zijn (bijvoorbeeld UGC of Pathé) niet in gevaar gebracht zullen worden door de oprichting van een cinemacomplex door Kinopolis in de buurt van een bestaand cinemacomplex.

<sup>79</sup> Antwoord van 24 december 2019 op vraag 1 van VOI van 19 november 2019 van Imagix.

<sup>80</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 1 van VOI van 6 november 2019 van Belga Films; antwoord van 23 december 2019 op vraag 1 van VOI van 26 november 2019.



door de kwaliteit van ontvangst , het comfort- en projectieniveau alsook wat de diversiteit van de programmatie betreft.<sup>81</sup>

238. **Movie Mills**<sup>82</sup> was met een bouwproject bezig, maar moet 'opnieuw beginnen' omdat de projectontwikkelaar besloten heeft niet verder te gaan met de bouw van het winkelcentrum. Daarvoor is een periode van 3 jaar een minimum. Uit hun ervaring is er minimaal 2 jaar nodig om het project voor te bereiden. Een extra jaar is ook nodig voor bouwwerkzaamheden.

239. **Cinéma Forever**<sup>83</sup> te Moeskroen heeft verbouwingsplannen en zal binnen enkele maanden een vergunningsaanvraag indienen bij de bevoegde instanties voor de uitbreiding van haar bioscoopgebouw met 2 zalen en een eetruimte. Evenwel staat dit los van het Arrest van 2019 en de marktpositie van Kinopolis. Deze bioscoop rekent op 1 jaar voor het bekomen van de vergunning en 1 à 2 jaar voor de bouw zelf.

240. **Beverly Screens**<sup>84</sup> verkiest niet te antwoorden gelet op de familiale banden met de familie Bert.

241. **Cinema Focus**<sup>85</sup> is van oordeel dat voor hen een overgangperiode niet nodig is en overbodig. Niet nodig aangezien de bioscoop de voorbije zomer pas grondig gerenoveerd werd en daarom geen specifieke op de mogelijke komst van Kinopolis gerichte veranderingen/aanpassingen voorzien worden. Overbodig want "Mocht Kinopolis de bouw van een nieuw, groot bioscoopcomplex plannen in een straal van 15 km, dat dus rechtstreekse concurrentie zou betekenen voor onze bioscopen, dan is zo'n overgangperiode weinig meer dan uitstel van executie. Er is immers in de regio waar wij actief zijn onvoldoende commercieel potentieel voor twee concurrerende bioscoopcomplexen. Wij zouden in dat geval zo goed als zeker opteren voor een uitdoofscenario".

242. De auditeur merkt op dat in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019 Focus al had geantwoord dat een overgangperiode geen pertinent criterium is. Een nieuw Kinopolis complex in een straal van 25 km van Focus zou het einde van de exploitatie van Focus betekenen gelet op het onvermijdelijk omzetverlies door een gelimiteerde afzetmarkt in Geraardsbergen en omstreken. Focus stelt dat Kinopolis zich met kleinere complexen (bijvoorbeeld 4 zalen) kan toeleggen op enkel de blockbuster films. Differentiatie is niet echt mogelijk omdat in een provinciestad als Geraardsbergen moeilijk 'anders' geprogrammeerd kan worden dan nu het geval is. Daarentegen, als het gaat om een complex dat hoofdzakelijk art-et-essai-films programmeert en dus een andere doelgroep heeft, is er geen rechtstreekse concurrentie met Focus.<sup>86</sup>

243. **Cinema Koksijde**<sup>87</sup> antwoordt dat zij geen passend antwoord kan geven aangezien het onmogelijk is om zich voor te bereiden op een Kinopolis dichtbij.

---

<sup>81</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 78, rn. 476.

<sup>82</sup> Antwoord van 22 november 2019 op vraag 1 van VOI van 20 november 2019 van Movie Mills.

<sup>83</sup> Antwoord van 24 november 2019 op VOI van 6 november 2019 van Cinema For&Ver.

<sup>84</sup> Antwoord van 20 november 2019 op VOI van 20 november 2019 van Beverly Screens.

<sup>85</sup> Antwoord van 5 november 2019 op vraag 1 van VOI van 5 november 2019 van Independent Films; antwoord van 27 november 2019 op VOI van 27 november 2019 van Independent Films.

<sup>86</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 138, rn. 841, p. 157, rns. 956 en 961, p. 137, rns. 835 en 837.

<sup>87</sup> Antwoord van 20 november 2019 op VOI van 5 november 2019 van Cinema Koksijde.

244. **The Roxy Theatre**<sup>88</sup> te Koersel-Beringen overweegt een vierde zaal bij te bouwen om haar publiek nog meer te dienen, niet om extra box-office te maken, maar om meer films te kunnen programmeren die nu geen schermtijd krijgen om zo de films meer tijd te geven om een publiek te bereiken. Deze bioscoop antwoordt dat zij al de tijd nodig hebben om zich voor te bereiden op de mogelijke uitbreiding van de Kinopolis Group. Een nieuw complex in de buurt zou problematisch zijn. The Roxy Theatre heeft immers de commerciële films nodig om zodoende ook de minder bekende/gekende films aan te bieden. De bioscoop ziet een probleem in het feit dat Kinopolis in het hele circuit aanwezig is als bioscoopuitbater met ene hechte verankering via KFD en beheerder van Brightfish. Deze bioscoop wijst er verder op dat Kinopolis een nationaal gekend merk is, en wijst op de vele nationale organisaties of merken die samenwerken met Kinopolis of 'goedkopere' tickets aanbieden voor Kinopolis. Kinopolis ligt aan de oorzaak van het sluiten van vele buurbioscopen in Limburg.

245. **Cinéma Albert**<sup>89</sup> verzoekt de BMA om haar antwoord vertrouwelijk te houden wegens haar relaties met KFD als filmverdelers.

246. **Cinema Stuart**<sup>90</sup> kan geen stelling innemen. Na 43 jaar actief als exploitant van een stadsbioscoop in het centrum van La Louvière zal deze bioscoop worden overgenomen door Imagix.

#### **VII.2.4 Arthouses**

##### **VII.2.4.a Les Grignoux**<sup>91</sup>

247. **Les Grignoux** antwoordt dat de analyse anders is in functie van het gebied waarin Les Grignoux vandaag actief is.

248. In Luik is Kinopolis bijzonder actief met 2 bioscopen die goed zijn voor een jaarlijks gemiddelde van 70% van de bioscoopbezoekers in Luik. Volgens Les Grignoux zou een nieuw complex de facto de hegemonie van Kinopolis verder kristalliseren in een reeds verzadigde Luikse markt. Er wordt geen nieuw publiek aangesproken met de opening van een nieuw complex in Luik, terwijl er veel gunstiger winkelgebieden zijn, vooral in Vlaanderen. Voor haar bioscoop te Luik kan de overgangperiode niet precies worden vastgesteld. Deze moet zo lang mogelijk duren en moet worden herzien in het licht van eventuele nieuwe demografische of andere gegevens.

249. In Namen heeft Les Grignoux in maart 2016 de bioscoop Cameo opgestart (2 zalen). Deze bioscoop is nog recent en moet nog een plaats vinden onder de Namenaars om duurzaam en stabiel te worden. De Cameo heeft vandaag al te maken met een grote concurrent, Acinapolis, een 12-schermencomplex dat 82% van de markt vertegenwoordigt.

250. Les Grignoux is van oordeel dat Cameo, ook al drie jaar operationeel, nog steeds jong is. Om de levensvatbaarheid van de exploitatie van de Cameo, de bekendheid ervan en de financieel noodzakelijke ontwikkeling ervan te garanderen (elk jaar verhogen de bezoeken aanzienlijk, met + 12% tegenover 2018) schat Les Grignoux dat de exploitatie minstens 10 jaar duurt in het Naamse landschap van de bioscoopexploitatie. Een overgangperiode van 7 jaar (nu al 3 volle jaren actief) moet de bioscoop in staat stellen om zijn publiek volledig te vinden en te verankeren op het grondgebied van Namen.

---

<sup>88</sup> Antwoord van 21 november 2019 op VOI van 5 november 2019 van The Roxy Theatre; geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 150, rn.920, p. 160, rn. 969.

<sup>89</sup> Antwoord van 6 november 2019 op vraag 1 van VOI van 5 november 2019 van Cinéma Albert.

<sup>90</sup> Antwoord van 6 november 2019 op vraag 1 van VOI van 6 november 2019 van Cinéma Stuart.

<sup>91</sup> Antwoord van 14 november 2019 op VOI van 6 november 2019 van Les Grignoux.

251. *Les Grignoux* is van mening dat het filmaanbod in het verzorgingsgebied van zijn sites vol is. *Cameo* heeft niet dezelfde roeping als *Kinepolis* maar programmeert toch een hele reeks identieke films, in het bijzonder kinderfilms, waarvoor de vraag naar de ontwikkeling van zijn publiek op middellange en lange termijn van cruciaal belang is. Met meer bioscopen zullen de commerciële theaters onvermijdelijk evolueren naar meer geavanceerde films waarop de *Cameo* momenteel een exclusiviteit op Namen heeft. *Cameo* heeft nog steeds een gebrek aan imago bij het publiek in Namen, wat een mogelijke komst van *Kinepolis* onvermijdelijk zou versterken.

252. De komst van een nieuwe exploitant zal dus niet leiden tot een toename van het aantal films, maar eerder tot een toename van het aantal concurrerende vertoningen.

253. Tot slot stelt *Les Grignoux*: “Dit zal van invloed zijn op onze toegang tot bepaalde succesvolle films waarin we gespecialiseerd zijn en die essentieel zijn voor ons financieel evenwicht, maar dat zal waarschijnlijk worden opgeëist door *Kinepolis* (met zijn enorme slagkracht - mogelijk door het afwegen tegen releases van andere films in andere *Kinepolis* complexen).”<sup>92</sup>

#### **VII.2.4.b Quai 10<sup>93</sup>**

##### **i) Pertinente voorbereidingen voor de definitie van de overgangperiode**

254. *Quai 10* antwoordt dat haar kritische omvang niet echt gewicht geeft om te reageren. De meeste van de verplichtingen van *Quai 10* zijn ook geregeld door overeenkomsten met de autoriteiten. *Quai 10* heeft niet de mogelijkheid om de strategische lijnen van het project structureel te wijzigen om een dergelijke concurrentie het hoofd te bieden.

255. De installatie van een *Kinepolis* zou voor *Quai 10* een ramp zijn, ook al is volgens *Quai 10* haar publiek cinefieler en cultureler en is *Quai 10* vaak minder een "industriële" vertoningsplaats.”

256. *Quai 10* geeft twee redenen: ten eerste, de bioscoop merkt op dat er al een zeer grote multiplex van *Pathé* actief is in *Charleroi*, ten tweede meent *Quai 10* dat zij niet opgewassen zal zijn tegen *Kinepolis* gelet op het aantal bioscoopzalen in het verzorgingsgebied *Charleroi*.

257. Op de vraag van de auditeur waarom *Quai 10* niet zou opgewassen zijn tegen de komst van *Kinepolis* terwijl zij wel reeds 3 jaar stand houdt tegenover *Pathé Charleroi*, geeft *Quai 10* twee redenen:

“De eerste heeft betrekking op het aantal zalen. We zouden inderdaad de kleine duim zijn die verdrinkt tussen twee reuzen. Als *Kinepolis* zich in *Charleroi* zou komen vestigen, zouden ze bovendien nog een vijftiental zalen op de markt van *Charleroi* toevoegen. De markt is volgens mij veel te klein voor zo'n groot aantal zalen. In zo'n configuratie is het vaak de kleinste die het eerst "sterft". Het risico is dus belangrijk voor ons.

Ten tweede heeft *Pathé* een zeer commerciële programmering en in Franse gedubde versie. *Pathé* heeft dus niet dezelfde programmering als wij. Als *Kinépolis* zich in *Charleroi* zou vestigen, vrees ik dat ze meer

---

<sup>92</sup> Vrije Nederlandse vertaling van: “Cela impactera notre accès à certains films porteurs dont nous faisons notre spécialité et qui sont essentiels à notre équilibre financier, mais qui seront vraisemblablement réclamés par *Kinepolis* (avec la force de frappe énorme qui est la sienne – en mettant possiblement en balance les sorties d'autres films dans d'autres complexes *Kinepolis*). »

<sup>93</sup> Antwoord van 10 december 2019 op VOI van 6 november 2019 van *Quai 10*; antwoord van 19 december 2019 op VOI van 19 december 2019 van *Quai 10*.

*zouden programmeren van ons segment, namelijk art & essai en in de originele versie met Franse ondertiteling. We riskeren dus veel bezoeken te verliezen.”<sup>94</sup>*

**ii) Noodzakelijke duur van de overgangperiode**

258. **Quai 10** antwoordt dat: *"Helaas denk ik dat hoe lang de overgangperiode ook duurt, ... het zal ons niet helpen om de catastrofe onder ogen te zien die de komst van een Kinopolis in Charleroi zou betekenen”<sup>95</sup>.*

**VII.2.4.c Cinéma Palace**

**i) Pertinente voorbereidingen voor de definitie van de overgangperiode**

259. **Cinema Palace**<sup>96</sup> antwoordt dat zij nu reeds strijdt tegen de concurrentie van Kinopolis vanuit meerdere strategische hoeken die de bioscoop in staat stelt om zich te differentiëren, met name:

- Een Art & Essai programmering die verschilt van Kinopolis' commerciële programma's;
- Een goedkope prijs om alle doelgroepen toe te laten naar de bioscoop te gaan, de basisprijs is 8,75€;
- De afwezigheid van publiciteit voor onze voorstellingen;
- Het verbod om tijdens de voorstellingen in onze zalen te eten.

260. Verder preciseert Cinéma Palace dat deze maatregelen zijn genomen van bij de opening van de cinema.

**ii) Noodzakelijke duur van de overgangperiode**

261. **Cinema Palace**<sup>97</sup> verzoekt een periode van één jaar, zijnde 12 maanden die ingaan op de eerste januari van het jaar volgend op de datum van de beslissing. De bioscoop werkt op basis van kalenderjaren. De strategieën die moeten uitgewerkt worden om de komst van een nieuwe concurrent tegen te gaan moeten op jaarbasis uitgewerkt worden.

**VII.2.4.d Overige arthousecinema's**

262. **Cinéma Vendôme**<sup>98</sup> antwoordt dat zij moeilijk kan antwoorden op de vraag aangezien zij niet veel concurrentie ondervindt van de Kinopolis complexen. Cinéma Vendôme is een arthouse die niet dikwijls dezelfde films vertoont en bevindt zich ook in het centrum van de stad. De Kinopolis complexen zijn in principe buiten de stad gelegen. Zij geven ook aan geen voorbereidingshandelingen te nemen met het oog op de opheffing van de vierde voorwaarde.

---

<sup>94</sup> Vrije Nederlandse vertaling van: *"La première est liée au nombre de salles. Nous serions en effet le petit poucet noyé entre 2 géants. Par ailleurs, si Kinopolis venait s'installer à Charleroi, ils viendraient rajouter une quinzaine de salle sur le marché carolo. Marché qui est bien trop petit selon moi pour un nombre de salle aussi élevé. Dans une telle configuration c'est bien souvent le plus petit qui « meurt » le premier. Le risque est donc important pour nous. La seconde est que le Pathé a une programmation très commerciale et en VF. Ils n'ont donc pas du tout la même programmation que nous. Si Kinépolis venait s'installer à Charleroi, je crains qu'ils programment plus sur notre segment à savoir l'art et essai et la VOstfr. On risque dès lors de perdre de nombreuses entrées."*

<sup>95</sup> Vrije Nederlandse vertaling van: *"Malheureusement, je pense que peu importe la période de préparation... ça ne nous aidera pas à affronter le cataclysme que représenterait l'arrivée un Kinopolis à Charleroi."*

<sup>96</sup> Antwoord van 16 december 2019 op VOI van 26 november 2019 van Cinéma Palace.

<sup>97</sup> Antwoord van 7 november 2019 op vraag 1 van VOI van 6 november 2019 van Cinéma Palace.

<sup>98</sup> Antwoord van 27 november 2019 op VOI van 6 november 2019 van Vendôme; antwoord van 11 december 2019 op VOI van 28 november 2019 van Vendôme.

263. **Lumière**<sup>99</sup> antwoordt dat het nut van een overgangperiode niet helemaal duidelijk is. Volgens Lumière is een algemene overgangperiode wanneer de opheffing ingaat eerder een theoretische maatregel die in de praktijk niet veel verschil zal maken:

*“Hoe dan ook neemt de ontwikkeling en bouw van een nieuw bioscoopcomplex door Kinopolis (zoeken geschikte locatie, evt. afspraken met overheid, vergunningen, opstart bouwwerkzaamheden, enz.) genoeg tijd in beslag opdat bioscoopuitbaters in dezelfde regio zich voldoende kunnen voorbereiden. Eventueel kan een duidelijke communicatie vooraf door Kinopolis wel als voorwaarde gesteld worden bij het openen van een nieuw complex.”*

264. Lumière geeft dan ook dat zij niet van plan zijn om zich vanaf nu al specifiek voor te bereiden op de eventuele komst van een nieuw Kinopoliscomplex in hun verzorgingsgebied.<sup>100</sup>

265. **Cinema Aventure**<sup>101</sup> antwoordt dat zij zich niet betrokken voelt bij de beslissing van het Marktenhof en zij geen enkele bezwaar ziet tegen ontwikkeling van Kinopolis in België.

266. Wanneer Kinopolis zich zou vestigen binnen hun verzorgingsgebied zou het volgens Aventure ‘de zaken alleszins niet vergemakkelijken’. Hun financiële middelen zouden het niet toelaten om het huidige beleid aan te passen. Zij zouden dan ook volharden in hun huidige aanpak: gastvrijheid, nabijheid en een gedifferentieerd filmaanbod, volledig tegengesteld aan multiplexen.<sup>102</sup>

267. **Cinema Sphinx**<sup>103</sup> is ervan overtuigd dat het opnieuw speelruimte geven aan Kinopolis om in België te groeien een ramp zou zijn voor de cinema en voor het medium film in het algemeen. Het is dan ook aan de overheid om dit in te zien en de nodige stappen te zetten om deze ramp te voorkomen.

268. Cinema Sphinx benadrukt de aantrekkingskracht die uitgaat van Kinopolis:

*“Is Kinopolis dan een slechte uitbater van cinema's ? Neen, niet per sé. Laten we zeggen dat Kinopolis vanaf de start onder leiding van vader Albert Bert een heel performante en dynamische groep is geweest. Een groep die er in slaagde om op korte termijn de markt naar zijn hand te zetten. Vele grote én kleine concurrenten legden in de jaren '80 en '90 het bijltje. De groepen Heylen en Lummerzheim bijvoorbeeld. En bij de kleinere uitbaters een groep als Calypso bijvoorbeeld.*

*Maar ook aan de andere kant van het spectrum, bij de kleine kwaliteitsgerichte cinema's, de zgn. arthouse cinema's of filmhuizen, vielen er rake klappen. Of werd potentiële initiatiefnemers sterk ontraden om zich te tonen en initiatief te nemen. Ook op het vlak van lokale en andere overheden had dit gevolgen. Kinopolis werd beschouwd als het vigerende model en voor alternatieven had men nauwelijks enige interesse. En hetzelfde geldt ook voor de kleine, landelijke spelers. Vaak gaat het hier om kleine groepen of familiebedrijven die al jarenlang proberen te overleven met aan de ene kant de grote aanzuigkracht van Kinopolis en aan andere weinig enthousiasme of sympathie van de lokale besturen.”*

269. Verder merkt Cinema Sphinx ook de gevolgen op voor filmdistributeurs wanneer commerciële bioscopen belangrijker worden in het bioscooplandschap: “Tenslotte zijn er in Vlaanderen slechts 5 of 6 degelijke arthouse cinema's, eigenlijk te weinig om de sector in stand te houden. Met als gevolg dat de filmverdelers (van kwaliteitsfilms) het in Vlaanderen erg moeilijk hebben om te overleven. Bij gebrek aan

<sup>99</sup> Antwoord van 14 november 2019 op vraag 1 van VOI van 5 november 2019 van Lumière.

<sup>100</sup> Antwoord van 29 november 2019 op vraag 1 van VOI van 26 november 2019 van Lumière.

<sup>101</sup> Antwoord van 7 november 2019 op vraag 1 van VOI van 6 november 2019 van Cinéma Aventure.

<sup>102</sup> Antwoord van 4 december 2019 op VOI van 26 november 2019 van Cinéma Aventure

<sup>103</sup> Antwoord van 6 november 2019 op vraag 1 van VOI van 5 november 2019 van Cinema Sphinx.

*afnemers zijn ze soms niet rendabel of wordt het erg riskant om bepaald films aan te kopen of uit te brengen. Sinds jaren vragen deze arthouse cinema's steun aan de overheid. De jongste jaren is er enig gehoor, bij het VAF bijvoorbeeld, maar nog steeds zijn er erg weinig middelen.”*

270. Tenslotte verwijst Cinema Sphinx naar haar Nederland, Frankrijk en Groot-Brittannië waar een totaal ander veld is:

*“Met veel meer onderscheiden grote spelers die elk hun eigen visie kunnen doordrukken en promoten. Met ook een breder middenveld en met, tenslotte, een grote schare van kleine, kwalitatieve initiatieven die kunnen rekenen op steun van de lokale gemeenschap of overheden. In Nederland zijn er gemakkelijk 50 kleine, middelgrote en grote arthouse cinema's die instaan voor een totaal ander filmaanbod en ook op een heel andere manier omgaan met het film medium én met het publiek. En dat uit zich op tal van manieren: in de prijzen, de vertoningsuren, het uitzicht van de zalen, de manier van communiceren, het aanbod van snoep, de voorzieningen van horecafaciliteiten (café, restaurant, eigen terras), de ligging in de stad, de omgang met mobiliteit, de relatie tussen de cinema en andere handelaars enz enz. Vlaanderen beschikt nauwelijks over 1/10de hiervan !*

*In vergelijking hiermee is Vlaanderen nu een reeds een platgewalst terrein met nauwelijks enige diversiteit. Naast de eenheidsworst die grote ogen gooit in kinopolis - vooral commercieel product voor de leeftijdsklasse van 12 tot 18 jaar - is er nauwelijks enig aanbod of ondersteuning van "andere filmproducties". De zeldzame uitzonderingen daargelaten. Dat alles is niet het kwade opzet van Kinopolis. Het is het directe gevolg van de dominantie van 1 sterk model.”*

### **VII.2.5 Projectontwikkelaars**

271. **Wilhelm & Co NV** stellen dat de ontwikkelingstijden voor multifunctionele projecten onzekerder zijn. Daardoor zijn planningsafwijkingen waarschijnlijker en de duur van de vertragingen als gevolg van onvoorziene gebeurtenissen moeilijker vast te stellen zijn. Daarenboven moet een onderscheid gemaakt worden tussen een bouwproject in het stadscentrum of in de periferie:

*« De constructie van een parking van een commercieel centrum en vrije tijd gesitueerd in het hart van een stad gebeurt noodzakelijk ondergronds, gezien de uitzonderlijkheid van het vastgoed en de aankooprijks. De duur van de constructie van zulk een parking is langer dan die van een parking in openlucht en in vaste grond, zoals traditioneel het geval is bij het bouwen van zulke parkings van bioscopen in de periferie.*

*De ontwikkeling van een multifunctioneel project (inclusief het ontwerp, de financiële montage, de aanvraag van een vergunning inclusief van een urbanisatie vergunning, een milieu vergunning, een commerciële implantatievergunning, commercialisatie etc.) neemt (veel) meer tijd in beslag dan een traditioneel monofunctioneel project ontwikkeld in het hart van een stad, net zoals multifunctionele projecten of voor monofunctionele projecten in de periferie.*

*De risico's van een beroep voor de raad van state verbonden aan de aflevering van toelatingen zijn eveneens veel hoger voor multifunctionele projecten in het hart van een stad dan voor andere types van projecten of voor projecten ontwikkeld in de periferie.*

*Daarbij dient de opening voor het bioscoop publiek zich op het zelfde moment af te spelen als die van het commercieel centrum.*

*De duurtijd van het ontwikkelen van een bioscoop geïntegreerd in een commercieel centrum is dus beduidend langer dan die van een standalone bioscoop. »<sup>104</sup>*

272. Over het project Forum La Strada te Louvière antwoordt Wilhelm & Co dat dit project opgestart werd in 2018 en de integratie van een bioscoop reeds in het beginconcept van het project was voorzien. Wilhelm & Co stelt dat zij destijds nooit gedacht hadden dat dit project niet zou gebouwd en geëxploiteerd zijn in 2020. Zij schatten het Forum La Strada (met zijn bioscoop) te kunnen openen in maart 2023 of in oktober 2023 als er geen beroep wordt aangetekend tegen de afgegeven vergunningen.<sup>105</sup> De presentatie van het project vond voor het eerst plaats aan Euroscoop in september 2018. De eerste onderhandelingen zijn in maart 2019 begonnen en begin juli 2019 is een samenwerkingsovereenkomst ondertekend. In dit akkoord worden de belangrijkste overeenkomsten tussen de partijen uiteengezet.

273. Over het project L'esplanade in Louvain-La-Neuve antwoordt Wilhelm & Co dat dit project als geheel meer dan tien jaar heeft geduurd. De bioscoop werd gebouwd en geopend voor de opening van het winkelcentrum Esplanade, omdat de twee gebouwen onafhankelijk waren.<sup>106</sup>

274. Volgens Wilhelm & Co bestaan er geen algemene contracten waarin clausules zijn opgenomen die het mogelijk maken om een contractuele relatie te beëindigen en een andere bioscoopexploitant te kiezen om het bouwproces voort te zetten. Waarin deze contracten wel steeds in voorzien, is de opname van opschortende voorwaarde. Deze voorwaarde bestaat eruit dat alle relevante vergunningen, vrij van enig mogelijk beroep, dienen te worden verkregen.

275. Een persartikel van 29 september 2018<sup>107</sup> vermeldt dat projectontwikkelaar **Redevco** een nieuw dossier opmaakt om een bioscoop te bouwen (met minder dan 11 zalen) in het shopping center The Leaf in Ternat dat eind 2018 de deuren opende. Redevco maakt volgende tijdslijn over voor dit project:

- *Initiatiefase: Zoektocht terrein, opstellen masterplannen, eerste besprekingen: 6 maanden*
- *Ontwerpfase tot aan vergunning: 6 maanden*
- *Vergunningsfase: 6 maanden (zonder eventueel beroep)*
- *Bouwfase: 9-12 maanden (afhankelijk van ontwerp)*

---

<sup>104</sup> Antwoord van 10 januari 2020 op vraag 2 van 11 december 2019 van Wilhelm & Co NV. Vrije Nederlandse vertaling van: « *La construction du parking d'un centre commercial et de loisirs situé en cœur de ville se réalise nécessairement en sous-sol, vu la rareté du foncier et/ou son prix d'achat. La durée de construction d'un tel parking est plus longue que celle relative à un parking à ciel ouvert et en terre ferme comme le sont traditionnellement les parking des cinémas périphériques. Le développement d'un projet multifonctionnel (incluant conception, montage financier, demande de permis incluant les permis d'urbanisme, permis d'environnement, permis d'implantation commerciale, commercialisation etc.) prend (beaucoup) plus de temps qu'un projet traditionnel monofonctionnel développé en cœur de ville, de même que les projets multifonctionnels ou monofonctionnels développés en périphérie. Les risques de recours devant le conseil d'état liés à la délivrance des permis sont aussi bien supérieurs pour les projets multifonctionnels de cœur de ville que pour les autres types de projets ou pour les projets développés en périphérie. Or, l'ouverture au public du cinéma doit se faire concomitamment à celle du centre commercial. La durée de développement d'un cinéma intégré à un centre commercial est donc sensiblement plus longue que celle d'un cinéma standalone. »*

<sup>105</sup> Antwoord van 10 januari 2020 op vraag 8 van 11 december 2019 van Wilhelm & Co NV.

<sup>106</sup> Antwoord van 10 januari 2020 op vragen 10 en 12 van 11 december 2019 van Wilhelm & Co NV.

<sup>107</sup> <https://www.hln.be/in-de-buurt/ternat/vrees-verkeersoverlast-door-cinemascomplex~a6b05610/>

- Inrichtingsfase exploitant: 7 maanden

276. Dit komt neer op een totale doorlooptijd van 28 – 31 maanden.<sup>108</sup>

277. Redevco stelt dat ook dat er geen clausules die aan projectontwikkelaars de mogelijkheid zouden bieden om een contractuele relatie te beëindigen en een andere bioscoopexploitant te kiezen om het bouwproces voort te zetten niet voorzien worden. Bioscopen zijn immers op maat gemaakte gebouwen en de overeenkomsten zijn altijd van lange duur.

### **VII.2.6 Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 2019**

278. Tijdens de actualisatie procedure van begin 2019 werden concurrenten gevraagd de verschillende bouwfasen voor een nieuwe bioscoop te beschrijven (vanaf de onderhandelingen tot en met de indienststelling). Een overzicht van de antwoorden werd opgenomen in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van maart 2019.<sup>109</sup>

279. De auditeur vat hierna de antwoorden samen m.b.t. de doorlooptijd van elke bouwfase.

#### **Prospectie**

280. De eerste fase tot aan de bouwvergunning wordt gekenmerkt door meerdere onzekerheden waardoor het moeilijk is om een richtduur te bepalen voor deze inlooffase.

281. Volgens Imagix hebben deze onzekerheden o.m. betrekking op: “het verkrijgen van voorafgaande vergunningen waar dit vereist is, het creëren van interesse en goodwill bij de plaatselijke autoriteiten, het uitvoeren van een due diligence onderzoek en de analyse van de site (moet de grond gedecontamineerd worden of niet), het verkrijgen van financiering, het verkrijgen van een goedkeuring van de raad van bestuur, etc. Het bestaan van pollutie op het betrokken terrein kan voor aanzienlijke vertragingen zorgen. Onzekerheden in de markt, met name in hoofde van de dominante speler (bv. geruchten over een mogelijke investering in een concurrerend project in de onmiddellijke nabijheid) hebben een onmiddellijke impact op de haalbaarheid van het project: banken zullen terughoudender zijn of een hogere financieringskost aanrekenen, plaatselijke autoriteiten kunnen twijfels krijgen, etc., hetgeen uiteindelijk de beslissing op het niveau van de aandeelhouders zal beïnvloeden. Indien de site deel is van een ruimer ontwikkelingsproject verhoogt dit de reeds vermelde onzekerheidsfactoren en mogelijke vertragingen exponentieel.”<sup>110</sup>

#### **Vergunningstraject**

282. Het traject van de bouwvergunningen duurt minstens 6 maanden en het aantal te bekomen vergunningen (stedenbouw, milieu, exploitatie) hangt af van het soort project (stand alone bioscoop of deel uitmakend van een multifunctioneel complex). Na het indienen van de bouwvergunning beschikt de gemeente over een termijn van 30 dagen om de volledigheid van het dossier te onderzoeken, daarna start een effectieve vergunningsprocedure van 105 dagen. Tenslotte wordt de vergunningsaanvraag gedurende één maand geafficheerd. Eens vergund kan er een aanbesteding worden uitgeschreven voor de bouwwerken (ongeveer 3 maanden). Evenwel kan steeds beroep worden aangetekend tegen de bouwvergunning.

---

<sup>108</sup> Antwoord van 23 december 2019 op vraag 6 van VOI van 12 december 2019 van Redevco Belgium.

<sup>109</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 120, rn. 738- 774.

<sup>110</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 123, rn. 753.



▪ **Bouwfase**

283. Volgens Imagix is de bouwperiode voor het bouwen van een nieuwe bioscoop op een naakte grond vanaf de bouwvergunning een kleine 2 jaar omdat vanaf de bouwwerken diverse fases terzelfdertijd kunnen worden uitgevoerd. De periode van afbraak/restauratie/heropbouw zal eerder 3 jaar nemen. Nadien dient het complex minstens twee jaar te draaien vooraleer het tegen concurrentie bestand is. De auditeur verwijst eveneens naar het schematisch overzicht van de onderscheiden fases in de projectontwikkeling die Imagix overmaakte i.k.v. de actualisatieprocedure. Hieruit blijkt dat voor de bouw van een bioscoop op een naakte grond vanaf de aankoop van de grond t.e.m. de ontwikkeling van deelstudies en het bekomen van de vergunning al 48 maand (4 jaar) moet gerekend worden. De periode van het bouwen zelf tot aan de opening kan volgens Imagix teruggebracht worden tot een kleine 2 jaar.<sup>111</sup>

**VII.3 Onderzoek auditeur**

284. De auditeur zal binnen haar onderzoek de vooropgestelde onderzoeksvragen bespreken in de volgorde zoals aangegeven in het Hoofdstuk 'Redenering van de auditeur'.

**VII.3.1 Welke concurrenten moeten beschermd worden**

285. Kinopolis voert aan dat de overgangperiode "onmogelijk bedoeld is ter bescherming van de individuele concurrenten". Hiermee bedoelt Kinopolis in de eerste plaats de "internationale kapitaalkrachtige(re) groepen" zoals Pathé, UGC en Euroscop die haar belangrijkste concurrenten zijn. Door de overname van Euroscop door Pathé, versterkt Pathé haar nationale positie en is zij kapitaalkrchtig genoeg om met gemak investeringsprojecten kunnen ontwikkelen waar zij maar wensen. Er stelt zich volgens Kinopolis dus zelfs geen risico meer voor de "daadwerkelijke mededinging" bij het wegvallen van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Kinopolis gaat zelfs verder en meent dat door deze overname door Pathé "een overgangperiode wellicht niet langer te rechtvaardigen valt of minstens zeer beperkt dient te zijn".

286. Het is inderdaad zo dat het Marktenhof zijn beslissing heeft genomen op een moment dat de overname door Pathé nog niet publiek was. De auditeur meent evenwel dat het Hof - mocht hij vandaag opnieuw moeten beslissen - nog steeds tot een overgangperiode zou besluiten (i.p.v. een onmiddellijke opheffing).

287. Het Hof onderscheidt ook in het kader van haar beoordeling van de machtspositie van Kinopolis o.b.v. de 3<sup>de</sup> indicator m.b.t. de positie van de concurrenten uitdrukkelijk UGC en Pathé van de overige markspelers gelet op hun financiële draagkracht waarover zij stelt dat: "Huidige concurrenten zoals UGC en Pathé hebben minstens een vergelijkbare of zelfs een hogere financiële draagkracht dan Kinopolis en dus verschilt de actuele concurrentiedruk op Kinopolis significant met die in 1997" (p. 32).

288. De auditeur sluit niet uit dat de concurrentiedruk op Kinopolis vanwege Pathé zal toenemen eens de overname is geconcretiseerd. De auditeur heeft hiervoor uiteengezet<sup>112</sup> waarom deze marktevolutie evenwel niet van die aard is om het onafhankelijk marktgedrag van Kinopolis te beteugelen zodat de groeibeperking op Kinopolis moet opgeheven worden. Volgens de auditeur is er nog steeds een belangrijk verschil tussen Kinopolis en Pathé of UGC op de Belgische vertoningsmarkt. Zo beschikt Kinopolis nog over een minstens dubbel zo groot marktaandeel in termen van zowel bezoekers als omzet.

289. Deze "internationale kapitaalkrachtige(re) groepen" zoals Pathé, UGC en het vroegere Euroscop ondervinden ook de concurrentiedruk van Kinopolis op Belgische vertoningsmarkt. Naast deze

---

<sup>111</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 122, rn. 752.

<sup>112</sup> Zie titel VI.6.

*internationaal bioscoopgroepen, zijn er uiteraard ook nog anderen actief in België. Hoewel Kinopolis deze niet beschouwd als zijn grootste concurrenten, heeft de sterke marktpositie van Kinopolis wel gevolgen voor hun bedrijfsvoering. Ook arthouses voelen een invloed van Kinopolis. Het gaat in de eerste plaats om de onafhankelijke bioscopen die het gros uitmaken van de bioscoopexploitanten. Daarnaast zijn er ook de Belgische bioscoopgroepen actief die geen deel uitmaken van een internationale groep. Na de overname van Euroscop blijft Imagix als enige over. Tenslotte zijn er recent actieve onafhankelijke bioscopen die actueel uitbreidingsprojecten hebben om een netwerk binnen België op te richten zoals Movie Mills en Belga Films.*

290. *De auditeur is dus bijgevolg dat er een geen enkele concurrent over eenzelfde positie als Kinopolis beschikt op de Belgische vertoningsmarkt. Elke concurrent bevindt zich nog steeds in een concurrentieel nadeligere positie dan Kinopolis en staat dus zwakker in een mogelijke concurrentiestrijd. De auditeur acht het dan noodzakelijk dat elk van deze concurrenten de mogelijkheid moet hebben om bepaalde voorbereidende handelingen te stellen met het oog op de opheffing van de vierde voorwaarde.*

### **VII.3.2 Voorbereidingen waarvoor een overgangperiode noodzakelijk is**

#### **VII.3.2.a Inleiding**

291. *Anders dan het Mededingingscollege in haar (vernietigde) Beslissingen van 2017 en 2018, koppelt het Arrest de overgangperiode niet aan een versterking van concurrenten via bouwprojecten van nieuwe bioscopen. Daarnaast heeft het Marktenhof het over een “mogelijk” disruptief effect van de opheffing van de groeibeperking.*

292. *Het Hof laat het dus in het midden of én hoe concurrenten zich tijdens de opgelegde overgangperiode zullen voorbereiden op de komst van nieuwe Kinopolis complexen. De keuze ligt bij de betrokken bioscoop aangezien het (mogelijke) disruptieve effect anders zal zijn (of minstens anders zal worden ingeschat) volgens zijn marktpositie, bioscoopprofiel, financiële slagkracht,... Elke bioscoop zal dan ook die voorbereidingen treffen die zij het meest gepast acht.*

293. *De auditeur deelt dan ook de mening van Kinopolis dat concurrenten, in lijn met het Arrest, zich op diverse manieren kunnen voorbereiden op de opheffing van de groeibeperking. Bijgevolg is de indruk van Kinopolis dat de marktbevraging erop gericht is om de overgangstermijn te koppelen aan een realistische doorlooptijd van een nieuw bioscoopcomplex (van concurrenten) verkeerd. In een eerste vragenronde heeft de auditeur gevraagd naar een stand van zaken m.b.t. de lopende bouwprojecten. Aangezien bouwprojecten inderdaad kapitaal- én tijdsintensief zijn, heeft de auditeur verder gevraagd naar mogelijke andere voorbereidingswijzen om zich competitief op te stellen tegenover Kinopolis, zoals veranderingen en innovaties aan business model en/of bioscoopinfrastructuur (op het vlak van prijszetting, aanbod van goederen en diensten, kwaliteit van de filmbeleving, introduceren van innovaties, marketing, promotie, uitbreiding van bestaande complexen, verbetering van de infrastructuur,...). Het is ook in dit opzicht dat de auditeur verder onderzoek heeft gevoerd naar audiovisuele technieken die als innovatief worden beschouwd door de concurrenten.*

294. *De hierboven besproken marktbevraging bevestigt inderdaad dat de voorbereidende handelingen die de concurrenten voornemens zijn te stellen tijdens de overgangperiode van uiteenlopende aard zijn, elk met zijn eigen uitvoertijd en kostprijs. Sommige voorbereidingen werken in op de marktstructuur (zoals overnames, uitbreiding van bestaande bioscopen, bouw van nieuwe bioscopen), andere voorbereidingen spelen in op het bioscoopprofiel, de lokale positionering, bioscoopbeleving,... van de betrokken bioscoop. Niet enkel bouwprojecten, maar ook minder tijds- en kapitaalintensieve voorbereidingen kunnen*

overwogen worden zoals kwaliteitsverbeteringen aan infrastructuur (zetels, projectie- en geluidsmateriaal, look & feel van de bioscoop, B2B ruimtes, shops, parking, enz.) en aanpassing van het bioscoopaanbod (programmatie, nieuwe formules, nieuwe concepten, een online aankoopstelsel, enz.).

### **VII.3.2.b Concurrentiële differentiatie**

295. Enkele bioscoopexploitanten gaven in het marktonderzoek aan dat zij zich zullen differentiëren door een lagere prijs aan te bieden, door te kiezen voor bijvoorbeeld een meer familiale aanpak of door verschillend aanbod aan te bieden. De arthouse-cinema's geven zelfs aan dat zij Kinopolis niet zien als een concurrent.
296. Dit wordt bevestigd door het consumentenonderzoek van het Auditoraat. Op de vraag "Onder welke van de volgende omstandigheden zou u naar uw mening vaker naar de bioscoop gaan?" antwoordt 47% van de ondervraagde cinemabezoekers dat ze meer naar de cinema zouden gaan bij een beter prijsniveau in de bioscopen van hun omgeving.<sup>113</sup> Van de ondervraagde niet-bezoekers geeft 34% aan dat zij opnieuw naar de cinema zouden gaan bij een beter prijsniveau van de bioscopen.<sup>114</sup> Een cinema zou dus met andere woorden meer bezoekers kunnen aantrekken wanneer zij zich competitief in de markt opstelt door een lager prijsniveau te hanteren.
297. Bovendien wenst de auditeur te verwijzen naar een persartikel van 18 december 2019.<sup>115</sup> Uit dit artikel blijkt dat de cijfers van het Vlaams Audiovisueel Fonds (VAF) aangeven dat in de zes arthouses in 2018 60% meer tickets werden verkocht dan vijf jaar geleden. En sinds 2003 gingen zelfs nooit zo veel kaartjes over de toonbank als vorig jaar, met een totaal van meer dan 460.000. Het VAF stelt dat de beleving en het groepsgeval belangrijk is bij een cinemabezoek. Deze beleving is er uiteraard ook bij bijvoorbeeld Kinopolis-complexen, maar het verschil zit in het aanbod. De stadsbioscopen richten zich op consumenten/cinefielen die meer diepgang verkiezen boven op de entertainende mainstreamfilms. Dit zijn niet per definitie twee verschillende soorten publiek: multiplexen en kleine cinema's vullen elkaar aan. Dit blijkt ook uit het consumentenonderzoek waarin 69% van de ondervraagde cinemabezoekers aangeeft dat het filmaanbod een belangrijk criterium is om een film in de bioscoop te gaan bekijken.<sup>116</sup>
298. Dit werd tot slot ook al bevestigd in de oorspronkelijke ontwerpbeslissing van 8 mei 2017 waarin werd gesteld dat 'wat de Belgische consument echt lijkt te missen, is een aantrekkelijk filmaanbod aan een competitieve prijs in zijn omgeving.'<sup>117</sup>
299. Uit de persinterviews die enkele concurrenten hebben gegeven naar aanleiding van het Arrest blijkt dat hun vrees en wrang gevoel eerder ligt bij de versterkte marktkracht van Kinopolis t.a.v. de filmdistributeurs, inclusief het in-house KFD, die elke bijkomend Kinepolscomplex met zich meebrengt. Zo stelt een Vlaamse onafhankelijke bioscoop dat zij van Vlaamse films en kinderfilms leven: "Het is dankzij de F.C. De Kampioenen van deze wereld dat wij blijven bestaan. Met drogredenen zoekt Kinopolis altijd een manier om de exclusiviteit op films te krijgen. Als het bedrijf nog groter wordt, bestaat het gevaar dat wij worden achteruitgeschoven."
300. De auditeur merkt op dat de overige voorwaarden die in 1997 werden opgelegd aan Kinopolis betrekking hebben op de verticale relaties van Kinopolis met filmdistributeurs. De Beslissing van maart

<sup>113</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 28.

<sup>114</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 54.

<sup>115</sup> Artikel van 18 december 2019, "De kleinste zalen lopen vol: stadsbioscopen lokken steeds meer volk, in tegenstelling tot grote cinema's".

<sup>116</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slides 22-23.

<sup>117</sup> Hernomen in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 88, rn. 535.

2017 heeft de toepassing van deze voorwaarden bevestigd. Kinopolis heeft weliswaar de mogelijkheid om de opheffing te vragen van deze voorwaarden. De gevolgen van de beslissing die het college zal nemen in voorliggende procedure voor de relaties van Kinopolis zal een belangrijk punt worden in de concurrentie-analyse wanneer er effectief een opheffingsverzoek komt.

301. Volgens Van de Casseye wil Kinopolis vooral vermijden dat kleinere spelers marktaandeel winnen door zich in kleine steden te vestigen. 'Er is nog altijd plaats voor nieuwe commerciële filmcomplexen in België. Maar als een ruimte vrijkomt, heeft een kleinere speler minder kans dan een grote groep als Kinopolis. Die heeft veel macht over de distributie én over de prijszetting. En toch is een film aan dezelfde kwaliteit bij ons 2 euro goedkoper.'<sup>118</sup>

302. Op basis van bovenstaande elementen sluit de auditeur zich aan bij bepaalde respondenten wanneer zij stellen dat zij zich kunnen/zullen voorbereiden op de komst van een Kinopolis complex door een welbepaald, desgevallend lager, prijsniveau te hanteren of door te voorzien in gedifferentieerd filmaanbod. De auditeur is echter van mening dat een aanpassing van het prijsbeleid slechts een beperkte voorbereidingstijd vraagt.

### **VII.3.2.c Implementatie van innovatie audiovisuele technieken**

303. Uit het gevoerde marktonderzoek blijkt ook dat het introduceren van innovatieve technieken of investeringen in technologieën ook mogelijke wijzen zijn waarop een bestaande bioscoop zich zou kunnen voorbereiden.

#### ***i) Marktbevraging***

304. De auditeur achtte het dan ook noodzakelijk om ten eerste te onderzoeken welke audiovisuele technieken innovatief zijn. In een verzoek om inlichtingen stelde de auditeur dan ook volgende vraag:

*“Welke technologieën zijn volgens u innovatief? Of bent u van mening dat deze technologieën reeds de standaardnorm zijn.*

*Ten niet exhaustieve titel: ICE, Laser (Ultra), Dolby Vision/Atmos, 4DX, Screen X, IMAX, ...”*

305. Kinopolis<sup>119</sup> stelt dat de mate waarin een technologie reeds op de markt aanwezig is de belangrijkste parameter voor innovatie is. Dit betekent dus dat hoe langer een technologie op de markt aanwezig is, hoe minder dat men een technologie/techniek als “innovatief” kan kwalificeren. Daarentegen stelt Kinopolis ook vast dat termen zoals “innovatief”, “baanbrekend” en “grensverleggend” in publieke communicaties ook worden gebruikt voor technologieën die niet beantwoorden aan deze omschrijving.

306. Bovenvermelde technologieën, behalve ICE en Screen X, zijn volgens Kinopolis al meerdere jaren aanwezig op de markt. Gelet op de vele jaren die ondertussen reeds verlopen zijn sinds de introductie, is er vandaag slechts in geringe mate nog sprake van innovatieve technologieën. Kinopolis bespreekt vervolgens elke technologie afzonderlijk:

- *ICE: Kinopolis beschouwt ICE als “innovatief”. ICE maakt immers gebruik van een unieke combinatie van LED zijpanelen van Philips, laserprojectie, premium seating en Dolby Atmos. Niettegenstaande deze technieken elk op zich niet innovatief zijn, is de unieke combinatie van al deze technieken wel innovatief, des te meer vermits ICE op vandaag nog niet aanwezig is op de Belgische markt.*

---

<sup>118</sup> 29 oktober 2019, <https://www.tijd.be/ondernemen/entertainment/kleine-bioscopen-verliezen-oorlog-tegen-kinopolis/10176706.html>

<sup>119</sup> Antwoord van 15 januari 2020 op VOI van 14 januari 2020 van Kinopolis.

- Laser (Ultra): Kinopolis stelt dat op vandaag laserprojectie volledig is doorgebroken in het cinema-landschap en dus geëvolueerd is tot de standaardnormen. Zo heeft Kinopolis zelf op vandaag al 77 dergelijke zalen die wijdverspreid zijn in België waarbij de eerste laser zaal in 2014 in gebruik werd genomen. Kinopolis verduidelijkt dat de term 'Laser Ultra' een term is die enkel Kinopolis hanteert voor de combinatie van een 4K laserprojectie met het geluidssysteem Dolby Atmos (andere groepen gebruiken andere benamingen maar het dekt wel dezelfde lading). Op vandaag heeft Kinopolis al 11 dergelijke zalen en is dit dus bijna in elk complex aanwezig. Het concept werd gelijktijdig geïntroduceerd met de eerste laserprojectie en bestaat dus al sedert 2014. Dit is een techniek die dus al meer dan 6 jaar wijdverspreid is in België en kan volgens Kinopolis dus niet maar als "innovatief" worden aanzien.
- Dolby Atmos (evenals haar concurrenten zoals bijvoorbeeld Auro 3D): Kinopolis meent dat dit op vandaag de standaard voor de immersieve geluidssystemen is. Dit werd door Kinopolis voor het eerst gebruikt in 2014 en wordt op vandaag al gebruikt in 11 zalen. Ook andere spelers in België zoals Imagix en Belga gebruiken deze technologie. Kinopolis is dus van mening dat dit niet meer als innovatief bestempeld worden. Bovendien zijn er op vandaag al meer dan 5000 zalen wereldwijd die gebruikmaken van deze techniek. Kinopolis merkt tot slot op dat een Dolby Atmos systeem, in vergelijking met andere technologieën, een beperkte investering vraagt zodat de relevantie om deze te beschermen, nog los van het innovatief karakter, om die reden niet aanwezig kan zijn.
- Screen X: Kinopolis beschouwt deze technologie wel als innovaties en zal deze in begin 2020 voor het eerst uitrollen in een Belgische Kinopolis zaal.
- 4DX: De technologie van 4DX werd sedert eind 2017 op de Belgische markt uitgerold via Kinopolis. België kent op vandaag al 5 zalen die uitgerust zijn met 4DX, waaronder bij Pathé te Charleroi. 4DX is volgens Kinopolis dan ook aan een sterke opmars bezig. Bovendien bestaat deze technologie al bijna 10 jaar wereldwijd en wordt deze op vandaag al gebruikt in meer dan 700 zalen in meer dan 65 verschillende landen. Gelet op deze wereldwijde geografische spreiding is deze technologie op vandaag niet langer innovatief.
- IMAX: IMAX is een technologie die al bestaat sinds 1970 (en reeds in 1988 door Kinopolis werd gelanceerd in België) en wordt vandaag al in 2000 zalen wereldwijd gebruikt. Op zich is deze technologie niet innovatief, maar de IMAX Laser systemen op vandaag maken wel gebruik van een unieke IMAX projector, eigen IMAX geluid en de films worden door IMAX bewerkt zodat de combinatie van deze elementen een IMAX Laser wel innovatief maakt (en dus niet IMAX op zich). Deze technologie vereist echter bepaalde zaalafmetingen waaraan in België slechts een zeer beperkt aantal grote zalen kunnen voldoen; zo werd een IMAX Laser bij Pathé te Charleroi geïnstalleerd.

307. **Belga Films**<sup>120</sup> beschouwt Laser (Ultra), Atmos en 3D als technieken die al enkele jaren bestaan maar wel nog steeds actueel zijn. Zij beschouwt ICE, Screen X en 4DX als "meeslepende" technieken. Zij geeft geen innoverende technieken op.

308. **Pathé**<sup>121</sup> is van mening dat bovengenoemde technieken allemaal als innovatief dienen beschouwd te worden. Pathé wenst wel te verduidelijken dat ICE een concept is dat intern is ontwikkeld door CGR<sup>122</sup> en dat Laser Ultra een huisconcept is van Kinopolis.

<sup>120</sup> Antwoord van 13 januari 2020 op VOI van 10 januari 2020 van Belga Films.

<sup>121</sup> Antwoord van 13 januari 2020 op VOI van 10 januari 2020 van Pathé.

<sup>122</sup> CGR, Circuit Georges-Raymond, is een Franse cinemaexploitant.

309. *Pathé herhaalt dat volgens hen de modernisering van de zalen essentieel is om toeschouwers te kunnen blijven aantrekken. Dit betekent volgens Pathé echter niet dat alle bioscopen noodzakelijkerwijs moeten worden ingericht met dergelijke innovatieve technologieën.*
310. *Pathé wenst de nadruk te leggen op de kosten van zulke technieken. Het investeren in innovatieve technieken laat het daarom niet noodzakelijk toe om zich voor te bereiden op de komst van Kinopolis binnen een verzorgingsgebied. Het nieuwe complex zal bij opening ook soortgelijke technieken aanbieden binnen een nieuwe vestiging die dus aantrekkelijk zal zijn. De aanstaande komst van een nieuw complex binnen een verzorgingsgebied kan gezien worden als een potentiële rem op de ontwikkeling van deze technieken, aangezien de noodzakelijke investeringen moeilijker te recupereren zijn indien er ook een oprichting is van een nieuw complex.*
311. **UGC**<sup>123</sup> *is van mening dat deze technologieën niet de standaardnorm zijn of zullen worden, met uitzondering van de laserprojectie, die Xenon zal vervangen. De technieken zijn weliswaar innovatief, maar dat de introductie ervan duur zonder dat er een garantie is dat dit veel bezoekers zou aantrekken. Een recent voorbeeld hiervan is volgens UGC de 3D-projectie. Het is een nu gangbare technologie waarvan het succes achter afneemt.*
312. *Volgens UGC zijn deze installaties enorm duur omwille van de nodige vergunningen, de technologische investeringen en het onderhoud. Bovendien zijn er slechts een bepaald aantal films compatibel met dergelijke technologieën. Dit heeft tot gevolg dat een exploitant verplicht zal zijn om de ticketprijzen te verhogen om de aangegane investeringen te recupereren. Daarnaast stelt UGC dat er geen evolutie van het aantal bezoekers is aangetoond met deze nieuwe technologieën. Volgens UGC zijn deze systemen dan ook slechts van promotioneel belang. Concluderend stelt UGC dat het introduceren van deze nieuwe projectiesystemen een bestaande bioscoop niet zal helpen in de voorbereiding op de komst van een Kinopolis complex in zijn verzorgingsgebied.*
313. **Imagix**<sup>124</sup> *merkt op dat de hierboven vermelde technologieën als innovatief kunnen worden beschouwd. 4DX en zeker IMAX zijn echter ook al jaren oud. Tot slot wenst Imagix te verduidelijken dat ‘Laser Ultra’ in feite een combinatie is van Laser en Dolby Atmos en dat de term “Laser Ultra” louter merknaam is in handen van Kinopolis.*
314. **Cinema Focus**<sup>125</sup> *bespreekt in haar antwoord elke hierboven vermelde technologie afzonderlijk.*
315. *Ten eerste is Cinema Focus van mening dat ICE weinig commerciële meerwaarde biedt.*
316. *Voor wat betreft Laser (Ultra) stelt Cinema Focus dat dit systeem een perfecte projectie garandeert maar dat dit door het grote publiek niet wordt ervaren als revolutionair. Focus stelt dan ook de meeste bioscoopbezoekers niet meteen geneigd zijn om er een meerprijs te willen voor betalen. Cinema Focus vermoedt wel dat het op middellange termijn het standaardsysteem zal worden, maar dat dit geen wapen vormt in de concurrentiestrijd.*
317. *Ten derde stelt Focus dat Dolby Vision/Atmos op korte termijn de standaard zal worden, maar Focus is van mening dat deze technologie evenmin een trigger is voor meer toeschouwers.*
318. *Inzake 4DX is Focus van mening dat 4DX door Kinopolis wordt beschouwd als een attractie, maar dat het systeem door filmindustrie zeker niet wordt gezien als de toekomst of de nieuwe standaard. Volgens*

---

<sup>123</sup> Antwoord van 13 januari 2020 op VOI van 10 januari 2020 van UGC.

<sup>124</sup> Antwoord van 10 januari 2020 op VOI van 10 januari 2020 van Imagix.

<sup>125</sup> Antwoord van 10 januari 2020 op VOI van 10 januari 2020 van Cinema Focus.

Focus biedt 4DX voor 90 %, ruw geschat, van de in de Kinopolisgroep vertoonde films geen enkele meerwaarde. Focus meent dat bioscoopbezoekers 4DX beschouwen als iets dat je één keer geprobeerd moet hebben, maar dat het daar dan ook bij blijft.

319. Ten vijfde geeft Focus aan dat er voor de Screen X technologie nog maar weinig films beschikbaar zijn en dat Kinopolis zich dan ook nog maar in de experimenteerfase bevindt.

320. Tot slot is Focus van mening dat in het geval van de IMAX-technologie het haalbaar rendement niet in verhouding staat tot de investering. Het is volgens Focus nergens in Europa een standaardsysteem en is enkel commercieel haalbaar in grote steden.

### **ii) Consumentenonderzoek**

321. Daarnaast heeft de auditeur de consumersurvey herbekeken. De auditeur heeft volgende relevante vragen geïdentificeerd:

- “Wanneer u beslist om een film in de bioscoop te gaan bekijken, welke zijn dan de belangrijkste criteria die naar uw mening de meeste invloed hebben op uw bioscoopkeuze?”. Slechts 23% van de cinemabezoekers antwoordt dat schermgrootte en kwaliteit van geluid en beeld een belangrijk criteria vormt;<sup>126</sup>
- “Wat is de voornaamste reden waarom u (veel) minder naar de bioscoop gaat?”. Slechts 3 % van de cinemabezoekers geeft aan dat de kwaliteit van bioscoopfaciliteiten een reden is.<sup>127</sup>
- “Onder welke van de volgende omstandigheden zou u naar uw mening vaker naar de bioscoop gaan?”. Slechts 9% van de cinemabezoekers geeft aan dat zij dit zouden bij een hogere kwaliteitsbeleving door beter geluid en beeld.<sup>128</sup>
- “In welke mate bent u bereid meer te betalen voor een bioscoopbezoek in elk van de volgende situaties?”. Ongeveer 56% van de filmbezoekers geeft aan dat ze bereid zijn om meer te betalen voor hogere kwaliteitsbeleving van de filmervaring.<sup>129</sup>
- “Waarom gaat u niet (meer) naar de bioscoop?”. Slechts 1% van de niet-bezoekers geeft aan dat ze kwaliteit van de filmervaring in de bioscopen onvoldoende vonden.<sup>130</sup>
- “Onder welke van de volgende omstandigheden zou u naar uw mening opnieuw naar de bioscoop gaan?”. Slechts 5% van de niet-bezoekers geeft aan dat opnieuw naar de cinema zouden gaan bij een hogere kwaliteitsbeleving door beter geluid en beeld.<sup>131</sup>

322. Parameters gelinkt aan filmbeleving zijn aldus heel wat minder pertinent. Prijs is, naast een gedifferentieerd filmaanbod, de belangrijke drijfveer voor een bioscoopbezoek. Dit werd ook al bevestigd door de oorspronkelijke ontwerpbeslissing van 8 mei 2017.<sup>132</sup>

### **iii) Conclusie auditeur m.b.t. innovatieve audiovisuele technieken**

323. De auditeur stelt vast dat een aantal van de exploitanten aangeeft dat het investeren in innovatieve technieken geen meerwaarde biedt in de concurrentiestrijd. Zij geven ook aan dat de installatie van een

<sup>126</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 22.

<sup>127</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 26.

<sup>128</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 28.

<sup>129</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 40.

<sup>130</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 50.

<sup>131</sup> Consumentenonderzoek van het Auditoraat, 2 maart 2017, slide 54.

<sup>132</sup> Hernomen in de geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 85 rn. 519.

*nieuwe audiovisuele techniek niet noodzakelijkerwijs leidt tot hogere bezoekersaantallen. Uit enkele antwoorden in het marktonderzoek blijkt ook dat het installeren van de hierboven vermelde technologieën er niet noodzakelijk toe leidt dat concurrenten zich kunnen voorbereiden op de opheffing van de 4<sup>de</sup> voorwaarde inzake organische groei, het betreft immers niet de daadwerkelijke mededinging.*

324. *Dit wordt vervolgens bevestigd in het consumentenonderzoek van het Auditoraat. Uit de relevante vragen en gegevens blijkt dat de consument niet meer naar een cinema zou gaan wanneer er een verhoging is in de kwaliteit van scherm en geluid. Slechts 1% van de niet-bezoekers geeft aan dat ze kwaliteit van de filmervaring in de bioscopen onvoldoende vonden. Er is met andere woorden dus geen vraag naar deze innovatieve audiovisuele technieken of, anders gezegd, deze zullen niet leiden tot hogere bezoekersaantallen. Wat de consument wel lijkt te missen, is een aantrekkelijk filmaanbod aan een competitieve prijs in zijn omgeving.*

325. *De auditeur acht het dan ook redelijk dat er geen specifieke overgangperiode dient te worden bepaald opdat een concurrent-exploitant deze voorbereidingshandelingen zou kunnen treffen.*

#### **VII.3.2.d Bouwprojecten van nieuwe bioscopen**

326. *Uit de marktbevraging volgt dat in de eerste plaats bioscopen behorende tot internationale bioscoopgroepen bouwprojecten hebben opgestart (of hebben bespoedigd) sedert het opheffingsverzoek van Kinopolis in 2017. Daarnaast zijn er enkele onafhankelijke bioscopen (zoals Belga Films, Movie Mills) die actueel bezig zijn met de uitbouw van een Belgisch netwerk. Ook Imagix, een Belgische (regionale) bioscoopgroep, stelt dat het nu prioritair is om haar lopende concrete projecten te voltooien zodat zij voldoende schaalgrootte kan bereiken om te overleven op de Belgische markt eens de groeibeperking voor Kinopolis is opgeheven. Dit moet haar toelaten om zich te handhaven als een regionale speler in Wallonië en om zich nationaal te handhaven ten aanzien van o.a. leveranciers en film distributeurs.*

327. *Het Arrest heeft bevestigd dat de situatie van Kinopolis bijzonder is en dat zij van meer/grotere schaalvoordelen en netwerkeffecten geniet dan al haar concurrenten (B2B voordelen, verticale integratie in de film distributie en voor de verkoop van schermreclame, etc.).<sup>133</sup> Voorgaand onderzoek heeft aangetoond dat schaalvoordelen- en netwerkeffecten al spelen bij een minimale toename in aantal bioscoopcomplexen van een concurrent.<sup>134</sup> Een bioscoopexploitant zal door een verdere uitbreiding van haar nationale/regionale dekking meer en attractievere B2B- en ruilvereenkomsten kunnen bekomen. Een versterkte nationale positie kan vervolgens worden aangewend om lokaal een sterkere concurrentiestrijd te kunnen voeren.*

328. *Ook naar de bioscoopbezoeker toe zorgt een nieuwbouwproject voor lokale marktdynamiek doordat de bezoeker een bioscoopkeuze aangeboden krijgt of minstens een nieuw lokaal aanbod wordt gecreëerd.*

#### **VII.3.2.e Bouwprojecten van uitbreidingen van zalenaantal**

329. *Uitbreiding van het zalenaantal via verbouwingswerken laat een bestaande bioscoop toe om haar filmprogrammatie te verruimen (op het vlak van filmgenre, versie, formaat en aanvangstijden) en zodoende meer consumenten te kunnen aanspreken.*

330. *Uit de consumersurvey blijkt ook dat het filmaanbod en de aanvangstijden relevante criteria zijn bij het kiezen van een bioscoop:*

---

<sup>133</sup> Arrest van 23 oktober 2019 (rol nummer 2019/MR/2) van het Marktenhof, p. 39.

<sup>134</sup> Geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019, p. 163, rn. 1004.



- Op de vraag “Wanneer u beslist om een film in de bioscoop te gaan bekijken, welke zijn dan de belangrijkste criteria die naar uw mening de meeste invloed hebben op uw bioscoopkeuze?” geeft 69% van de filmbezoekers aan dat het filmaanbod een belangrijk criterium vormt. 40% van de respondenten geeft aan dat ze aanvangstijden als belangrijk ervaren.
- Op de vraag “Wat is de voornaamste reden waarom u (veel) minder naar de bioscoop gaat?” geeft 14% aan dat de voornaamste reden het filmaanbod is.
- Op de vraag “Onder welke van de volgende omstandigheden zou u naar uw mening vaker naar de bioscoop gaan?” geeft 24% aan ze meer zouden gaan bij een groter filmaanbod en geeft 16% aan dat ze meer naar een cinema zouden gaan indien een nieuwe bioscoop wordt gevestigd die dichter is bij de woning van de consument dan de reeds bestaande bioscopen.

331. Wanneer een bioscoop een uitgebreider aanbod aan films kan vertonen, zal zij beter gewapend zijn in de concurrentiestrijd met andere bioscopen, waaronder Kinopolis na opheffing van de groeibeperking.

332. Bijgevolg is de auditeur van mening dat er voor het oprichten van een nieuwe bioscoop of het uitbreiden met zalen van een bestaande cinema dient te worden voorzien in een passende overgangperiode.

#### **VII.3.2.f Conclusie auditeur m.b.t. voorbereidingen**

333. De auditeur concludeert uit de antwoorden van de concurrenten dat er diverse manieren zijn waarop een bioscoop zich kan voorbereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Zijn marktpositie, bioscoopprofiel en financiële capaciteit zullen bepalend zijn voor een weloverwogen keuze van de concurrent voor concurrentiële diversificatie, investeringen in audiovisuele technieken dan wel voor verbouwingen/nieuwbouwprojecten.

334. Het is evident dat elke voorbereidende handeling een andere financiële investering vraagt én verloopt volgens zijn eigen uitvoeringstermijn. Evenwel is het opzetten van een overgangsregime met onderscheiden overgangperiodes volgens de duurtijd van de gekozen voorbereidende handeling niet werkbaar en ondoorzichtig. Dit zou immers betekenen dat concurrenten nu reeds een keuze zouden moeten maken terwijl de overgangperiode bedoeld is als een mogelijkheid om zich voor te bereiden. Dit zou vooral betekenen dat Kinopolis tegenover elke concurrent afzonderlijk een geïndividualiseerd opheffingsregime zou moeten respecteren en dat de voorwaarde op verschillende tijdstippen wordt opgeheven. Een gericht en een gedifferentieerd beschermingsregime kan niet de bedoeling zijn geweest van het Arrest dat overigens stelt “niet al te zeer stil te blijven staan bij de belangen van concurrerende ondernemingen”<sup>135</sup>. Het kan ook niet de bedoeling zijn dat de BMA op micro niveau het opheffingsregime reguleert en vervolgens opvolgt.

335. Voor een pertinente voorbereidingstijd te bepalen concludeert de auditeur dat enkel de tijd noodzakelijk voor de realisatie van bouwprojecten van nieuwe bioscopen en van uitbreidingen van zalenaantal in aanmerking komen.

#### **VII.3.3 Noodzakelijke duur van de overgangperiode**

336. Hierboven heeft de auditeur aangetoond welke handelingen concurrenten kunnen treffen ter voorbereiding op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Vervolgens zal de auditeur, zoals uiteengezet in het inleidend hoofdstuk, bepalen welke termijn nodig is om deze handelingen uit te voeren.

<sup>135</sup> Arrest van 23 oktober 2019 (rol nummer 2019/MR/2) van het Marktenhof, p. 46.

337. *De overgangperiode moet bepaald worden rekening houdend met een realistische doorlooptijd voor de oprichting van een nieuwe bioscoop.*
338. *De auditeur is van mening dat nieuwbouwprojecten in de eerste plaats in aanmerking komen aangezien de impact ervan op de markt het grootst is en tevens de marktpositie van de concurrent versterkt*
339. *Elk nieuwbouwproject zal dezelfde bouwfasen doorlopen. De marktbevraging leert dat de doorlooptijd van een standalone bioscoop minder lang is dan die van een bioscoop binnen een multifunctionele eenheid.*
340. *De prospectiefase en de bouwfase verloopt voor elke bioscoopexploitant anders. Dit hangt samen met de o.a. de naambekendheid, de financiële capaciteit, de kennis en ervaring van de bioscoopexploitant.*
341. *Uit de antwoorden van de concurrenten kan worden vastgesteld dat voor de bouw van een standalone bioscoop de concurrenten minstens 2 jaar nodig hebben voor de prospectie en de verkrijging van de bouwvergunning. Daarna is er nog tot 2 jaar nodig voor de bouwwerken zelf. Derhalve is er minimaal 4 jaar nodig om het hele bouwproces te doorlopen. Wanneer het gaat om bioscopen binnen multifunctionele eenheden, tonen de actuele bouwprojecten aan dat er meer tijd nodig is.*
342. *Het is in hoofdzaak in de eerste fase van het bouwproces (i.e. de onderhandelingen voor de aankoop van het onroerend goed t.e.m. de definitieve verkrijging van de bouwvergunning) dat er veel onzekerheden spelen die het bouwproces kunnen doen falen of minstens vertragen. Binnen deze fase moeten er, afhankelijk van het project, meerdere studies worden uitgevoerd (marktstudies, haalbaarheidsstudies, milieu effecten studies). Er moet ook gezocht worden naar financiering en het bouwvergunningsdossier moet worden opgemaakt.*
343. *De auditeur merkt op dat de opheffingsprocedure van Kinopolis reeds lang aansleept. De bioscopen hebben van een zekere de facto voorbereidingstijd genoten. Daarnaast wordt opgemerkt dat concurrerende exploitanten met hun lopende projecten vooruitgang hebben geboekt in de prospectiefase. De auditeur beschouwt bijgevolg dat een overgangperiode korter kan zijn. Zij acht een overgangperiode van 3 jaar voldoende. Volgens de auditeur kan een nog kortere periode dan 3 jaar niet worden aangehouden omdat bouwprojecten die zich vandaag nog in een beginfase bevinden niettemin van een pertinente overgangperiode moeten kunnen genieten.*

#### **VII.3.4 Modaliteiten voor de overgangperiode**

344. *Uit het marktonderzoek is gebleken dat de risico's verbonden aan het bouwproces evolueren gedurende de totale bouwprocedure.*
345. *In de inloophase, i.e. prospectie tot en met het verkrijgen van de vergunning, zijn deze risico's en onzekerheden het grootst. In deze fase kunnen voorbereidende handelingen van Kinopolis de lopende bouwprojecten compromitteren. Tijdens het marktonderzoek hebben enkele concurrenten immers aangegeven dat er mededingingsversturende scenario's kunnen opduiken in die fase door initiatieven van Kinopolis. Kinopolis kan aldus door onder andere het onderhandelen en sluiten van contracten met projectontwikkelaars en het aanvragen van vergunningen concurrenten afblokken en zo het oprichten van nieuwe bioscopen verhinderen. De concurrenten zijn ten slotte van mening dat door het opleggen van restricties aan Kinopolis deze probleemszenario's kunnen vermeden worden.*
346. *De auditeur is van oordeel dat met het bekomen van de definitieve bouwvergunning het project naar alle redelijkheid en waarschijnlijk minder precair kan worden beschouwd. Het marktonderzoek bevestigt dit.*

347. Bijvoorbeeld stelt Imagix dat de onzekerheid en de risico's verminderen na verkrijging van de definitieve bouwvergunning. Daarentegen herhaalt UGC dat daarmee niet alle risico's op compromitterende handelingen van Kinopolis van de baan zijn en herinnert aan het *Mediacité débacle*.

348. Op basis hiervan stelt de auditeur voor om een gedifferentieerd beschermingsstatuut voor de concurrenten van Kinopolis uit te werken gedurende de totale overgangperiode van drie jaar.

349. In de eerste periode moeten de concurrenten beschermd worden tegen alle handelingen van Kinopolis met juridische gevolgen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België. Dit betekent dat het Kinopolis verboden wordt om handelingen met juridische gevolgen te stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België.

350. In de tweede periode is het mogelijk om een minder verregaande bescherming te voorzien voor de concurrenten aangezien het verkrijgen van een vergunning er toe leidt dat een project minder kwetsbaar is. In deze fase is het mogelijk voor Kinopolis om alle mogelijke handelingen te treffen met het oog op het bouwen van een bioscoop zonder de daadwerkelijke exploitatie.

351. De auditeur zal eerst verduidelijken welke voorbereidende handelingen Kinopolis al dan niet mag stellen met betrekking tot nieuwe complexen in België. Vervolgens zal de auditeur de respectievelijke duurtijd van de hierboven vermelde tijdsblokken bepalen.

**VII.3.4.a Definitie “voorbereidende handeling met juridische gevolgen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België”**

352. Kinopolis mag binnen de eerste periode geen bindende en niet-bindende handelingen met rechtsgevolgen stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België. Dit houdt een verbod in voor Kinopolis om onder meer volgende handelingen uit te voeren (niet-exhaustieve lijst):

- Sluiten van contracten met projectontwikkelaars
- Het sluiten van een onderhandse akte tot aankoop van onroerend goed
- Aanvragen van vergunning
- Het aanstellen van architecten
- Het deelnemen aan biedprocedures voor concessies,...

353. Kinopolis geeft aan dat zij al voorbereidende handelingen mocht stellen sedert 1997 en dat deze bescherming een verzwaring is van de 4<sup>de</sup> voorwaarde voor Kinopolis.

354. De auditeur is van mening dat de vierde voorwaarde inzake organische groei voor het huidige verzoek niet aflopend van aard was. Dit werd namelijk uitdrukkelijk bevestigd in het Arrest van 2008 waarin werd gesteld dat : “Het gaat dus duidelijk niet om maatregelen met een aflopend karakter en de door de Raad besliste verlengbare geldingsduur moet in dit licht worden gezien.”

355. Het Marktenhof oordeelde in het Arrest van 2019 echter dat na het verloop van een bepaalde overgangperiode, vast te stellen door de BMA, de vierde voorwaarde inzake organische wordt opgeheven. Bijgevolg gaat het volgens de auditeur vandaag dus wel over een voorwaarde met een aflopend karakter. Dit is volgens de auditeur een essentiële verandering van de context waarbinnen Kinopolis voorbereidende handelingen kan nemen.

356. Voorheen was het voor Kinopolis niet mogelijk om een bioscoop op te richten zonder de voorafgaandelijke toestemming van de BMA. Kinopolis kon geen garantie bieden aan een

projectontwikkelaar dat zij een bioscoop zouden kunnen openen. Dit was de onzekere factor waardoor projectontwikkelaars afhaakten. Na verloop van de overgangperiode valt deze onzekere factor weg aangezien Kinopolis bioscopen zal kunnen openen zonder de toestemming van de BMA.

357. Het ontradende karakter van de vierde voorwaarde inzake organische groei wordt bovendien bevestigd door projectontwikkelaar Redevco die stelde dat 'Gezien de opgelegde voorwaarden van de BMA heeft Redevco besloten niet verder te onderhandelen met Kinopolis.'<sup>136</sup> Uit dit antwoord blijkt dat de opgelegde voorwaarde voor Redevco alvast doorslaggevend was om niet in zee te gaan met Kinopolis. Hoewel Kinopolis voorbereidende handelingen kon treffen, Redevco heeft aangegeven dat zij contact heeft gehad met Kinopolis, vormde de voorwaarden een rem op het effectief concretiseren van mogelijke bouwprojecten. Wilhelm & Co geeft aan zij dat in contact heeft gestaan met Kinopolis in verband met het project op La Strada. Wilhelm & Co geeft echter niet specifiek aan waarom Kinopolis niet werd weerhouden.<sup>137</sup>

358. De auditeur is op basis van bovenstaande elementen van oordeel dat door het verkregen aflopend karakter van de vierde voorwaarde inzake organische groei het ontradend effect van deze voorwaarde sterk afneemt. Ook de onzekerheidsfactor zal niet meer aanwezig zijn wanneer de overgangperiode wordt vastgelegd. Hierdoor zullen projectontwikkelaars sneller geneigd zijn in zee te gaan met Kinopolis, of tenminste niet elke onderhandeling afbreken omwille van het loutere bestaan van de vierde voorwaarde.

#### **VII.3.4.b Tijdsduur van de onderscheiden periodes**

359. Om rekening te houden met de hierboven besproken gedifferentieerde risico's die concurrenten ondervinden bij de realisatie van hun bouwprojecten, is de auditeur van mening dat de vooropgestelde overgangperiode moet opgesplitst worden als volgt.

360. De auditeur is van mening dat het eerste deel van de overgangperiode, waarbinnen Kinopolis geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen mag stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België 1 jaar (van de 3 jaar) moet duren. Deze periode is bedoeld om de resterende tijd te dekken voor de lopende projecten van de concurrenten van Kinopolis teneinde de noodzakelijke bouwvergunning te verkrijgen.

361. Het tweede deel van de overgangperiode omvat 2 jaar (van de 3 jaar) en moet de noodzakelijke tijd geven aan de concurrenten van Kinopolis om te bouwen of de uitbreiding te realiseren.<sup>138</sup> Deze duur sluit bovendien aan bij de tijd die Kinopolis zelf nodig heeft om een bioscoop van ontwerpfasen tot opening te realiseren.<sup>139</sup>

#### **VII.3.5 Verifiëren van het proportioneel, passend en effectief karakter van de overgangperiode**

362. Aangezien het Marktenhof van oordeel was dat de overgangperiode proportioneel, passend en effectief dient te zijn, moet de auditeur verifiëren of de voorgestelde overgangperiode voldoet aan de vereisten van het Marktenhof.

#### **VII.3.5.a Proportioneel karakter**

363. De auditeur meent dat het proportioneel karakter van de overgangperiode een zeker evenwicht veronderstelt tussen de belangen van Kinopolis en de belangen van de concurrenten van Kinopolis.

<sup>136</sup> Antwoord van 23 december 2019 op vraag 9 van VOI van 12 december 2019 van Redevco.

<sup>137</sup> Antwoord van 10 januari op vraag 11 van VOI van 11 december 2019 van Wilhelm & Co.

<sup>138</sup> Zie hiervoor Hoofdstuk 'Noodzakelijke duur van de overgangperiode'

<sup>139</sup> Zie titel VII. 1.7.

364. De auditeur meent dat haar voorstel proportioneel is omdat:

- (1) Voor de totale duur van de overgangperiode de auditeur geen rekening heeft gehouden met de totale theoretische doorlooptijd van de bouwprojecten van de concurrenten van Kinopolis teneinde nog een kans te geven aan projecten die nog in beginfase zijn;
- (2) De termijn van 1 jaar voor het eerste deel van de overgangperiode correspondeert aan de tijd die de concurrenten nog nodig hebben om een vergunning te bekomen voor hun lopende bouwprojecten en is minder dan de theoretische doorlooptijd;
- (3) De termijn van 2 jaar voor het tweede deel van de overgangperiode is in lijn met de overgemaakte informatie van Kinopolis m.b.t. de effectieve tijd die zij nodig heeft voor de realisatie van een eigen bouwproject en is dus geen echte belemmering voor Kinopolis.

#### **VII.3.5.b Passend karakter**

365. De auditeur meent dat het passend karakter van de overgangperiode veronderstelt dat het voorstel van de auditeur geschikt is aan de gestelde problematiek.

366. De auditeur meent dat haar voorstel passend is omdat:

- (1) Het een transparante beschermingsregeling biedt zonder dat de BMA op een micro niveau moet reglementeren die aan zowel aan Kinopolis als aan concurrenten voldoende rechtszekerheid bieden;
- (2) De voorgestelde beschermingsregeling procedureel werkbaar is.

#### **VII.3.5.c Effectief karakter**

367. De auditeur meent dat de overgangperiode effectief is als die erop gericht is om het disruptief effect van de verandering door de opheffing daadwerkelijk te verminderen.

368. De auditeur meent dat haar voorstel effectief is omdat:

- (1) De auditeur heeft voor de definitie van de noodzakelijke duur van de overgangperiode rekening gehouden met de noden van de concurrenten van Kinopolis voor een daadwerkelijke voorbereiding;
- (2) Er rekening werd gehouden met de onderscheiden risico's en onzekerheden gekend door de concurrenten van Kinopolis door mogelijke initiatieven van Kinopolis gedurende de hele duur van het bouwproject.

### **VIII. Voorstel**

369. De auditeur stelt aan het Mededingingscollege een overgangperiode van 3 jaar voor teneinde te beantwoorden aan de opdracht van het Marktenhof om een proportionele, passende en effectieve overgangperiode te bepalen om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op het disruptief effect van de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei.

370. Deze overgangperiode gaat daags in na de beslissing van het Mededingingscollege

371. Deze overgangperiode bestaat uit de volgende modaliteiten:

- Gedurende een eerste periode van 1 jaar mag Kinopolis geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België;

- *Gedurende de overblijvende 2 jaren, mag Kinopolis alle mogelijke handelingen treffen met het oog op het bouwen van een bioscoop zonder dat Kinopolis deze effectief in exploitatie mag nemen.*

372. *Het staat Kinopolis evenwel vrij om gedurende deze overgangperiode van 3 jaar aan de BMA de voorafgaandelijke toestemming te vragen voor de opening van een nieuwe bioscoop in België.*

#### **IX. Vertrouwelijkheid**

373. *Hiervoor kan verwezen worden naar de vertrouwelijkheidsbeslissing nr. 2020-C/C-03-CVA van 21 januari 2020 van de auditeur.”*

### **IV. Schriftelijke opmerkingen van de aanmeldende partij**

33. De aanmeldende partij legde voor wat volgt:

#### **“INLEIDING**

1. *Kinopolis heeft kennis genomen van het gemotiveerd voorstel van beslissing dat werd neergelegd door het Auditoraat op 21 januari 2020 (hierna: de “**Ontwerpbeslissing**”).*
  2. *Overeenkomstig artikel IV.65.§1 van het WER, vormt onderhavig document de schriftelijke reactie van Kinopolis met betrekking tot de Ontwerpbeslissing. Gezien de beperkte tijd en de omvang van de Ontwerpbeslissing maakt Kinopolis uitdrukkelijk voorbehoud om tijdens de hoorzitting (waarom zij uitdrukkelijk verzoekt) de bijkomende elementen aan te brengen die zij nuttig of relevant acht.*
- A. feiten en procedurele voorgaanden**
3. *Voorliggende procedure vindt haar oorsprong in een concentratie die ruim 22 jaar geleden werd geïmplementeerd en die op dat ogenblik het voorwerp heeft uitgemaakt van een controle door de toenmalige Raad voor de Mededinging. Het dossier betref de concentratie waarbij Kinopolis zou ontstaan door de fusie van de toen als Groep Bert en Groep Claeys gekende groepen.*
  4. *In beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997 (de “**Beslissing van 1997**”) oordeelde de Raad voor de Mededinging dat de concentratie een machtspositie in het leven zou roepen of een versterking van de gezamenlijke machtspositie van de betrokken groepen met zich zou brengen (§15). De zeer zwakke positie van alle concurrenten was duidelijk een van de doorslaggevende factoren om tot dit besluit te komen. In 1997 beschikte geen enkele andere concurrent over een marktaandeel van meer dan 5%. Meer nog, op de beperkte aanwezigheid na van UGC (met een complex te Brussel en te Antwerpen) waren alle concurrenten (zelfs in de top 5) eerder lokale familiebedrijven.*
  5. *De Raad meende dat er voldoende redenen voorhanden waren om de concentratie toe te laten en besloot daarom om de concentratie goed te keuren mits het opleggen van een aantal voorwaarden die volgens de Raad onmisbaar waren om “een daadwerkelijke mededinging op de Belgische markt te handhaven” (§17 en dictum):*

- De eerste voorwaarde betrof een verbod op exclusiviteitsovereenkomsten of prioriteitsrechten voor films (zowel in de relatie met derde filmdistributeurs als met KFD) en een algemeen verbod op het bevoordelen van de films die door KFD worden verdeeld.

*Deze voorwaarde is nog steeds van kracht en staat in deze procedure niet ter discussie;*

- De tweede voorwaarde hield een verbod in op programmatie-overeenkomsten met andere bioscoopexploitanten.

*Deze voorwaarde is eveneens nog van kracht en staat evenmin ter discussie in deze procedure;*

- De derde voorwaarde betrof een verbod om de gewestelijke investeringsmaatschappij – toen een aandeelhouder – te beperken in eventuele steun aan concurrenten.

*Deze voorwaarde is intussen opgeheven;*

- De vierde voorwaarde onderwierp elke vorm van groei van Kinopolis (organische groei of overnames) en ook uitbreidingen, renovaties of vervangingen waardoor de totale capaciteit van Kinopolis zou stijgen met meer dan 20% aan een voorafgaand concentratietoezicht door de mededingingsautoriteit.

*Deze voorwaarde is opgeheven voor wat betreft de uitbreidingen, renovaties en vervangingen en deze opheffing is definitief en maakt geen voorwerp meer uit van enig debat.*

*De voorwaarde inzake het verplicht voorafgaand controletoezicht op om het even welke overname door Kinopolis (ook beneden de drempels van artikel IV.7. WER) is nog steeds van kracht en vormt geen voorwerp van debat in deze procedure. Het is uitsluitend de voorwaarde inzake organische groei (d.i. groei ingevolge eigen investeringen) die in deze procedure concreet betrokken is.*

6. De voorwaarden golden voor een initiële termijn van 10 jaar. De termijn kon stilzwijgend verlengd worden indien Kinopolis niet zes maanden op voorhand een opheffingsverzoek indiende bij de Raad. Zoals gezegd zijn de voorwaarden (in licht gewijzigde vorm) intussen **reeds 22 jaar van kracht**.
7. De voorwaarden die zijn opgelegd in de Beslissing van 1997 hebben intussen het voorwerp uitgemaakt van verschillende procedures:
  - Op 7 december 2006 diende Kinopolis een verzoek in tot opheffing van de voorwaarden. In beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 (de "**Beslissing van 2007**") besliste de Raad voor de Mededinging om de voorwaarden integraal op te heffen. 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 (p. 12).

- Tegen de Beslissing van 2007 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 18 maart 2008 (het "**Arrest van 2008**") heeft het Hof van beroep te Brussel de beslissing vernietigd.
  
- In Beslissing nr. 2008-C/C-52 van 1 oktober 2008 (de "**Beslissing van 2008**") besliste de Raad voor de Mededinging tot een gedeeltelijke opheffing van de voorwaarden (i.e. de opheffing van 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 (p. 35).
  
- Tegen de Beslissing van 2008 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 11 maart 2010 (het "**Arrest van 2010**") heeft het Hof van beroep te Brussel de Beslissing van 2008 vernietigd. Ondanks de vernietiging van de Beslissing van 2008 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 (i.e. de opheffing van de derde voorwaarde en de vierde voorwaarde voor wat betreft de uitbreiding, renovatie of vervanging van bestaande complexen) maar meende dat voor de overige voorwaarden de toestand opnieuw diende te worden geëvalueerd na afloop van de periode van drie jaar (§67-68). De aflopende periode werd dus omgezet in een stilzwijgend hernieuwbare periode van drie jaar.
  
- Op 31 maart 2017 heeft Kinopolis een nieuw verzoek ingediend tot opheffing van de voorwaarden. In Beslissing BMA-2017-C/C-22 van 31 mei 2017 (de "**Beslissing van 2017**") besliste het Mededingingscollege tot het behoud van alle voorwaarden met uitzondering van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Deze voorwaarde zou integraal worden opgeheven met ingang van 31 mei 2019 (p. 230-231). In tussentijd mochten nieuwe openingen reeds worden voorbereid door Kinopolis (§35 van de beoordeling door het Mededingingscollege, p. 229).
  
- Tegen de Beslissing van 2017 hebben concurrenten Euroscop en I-magix een beroep ingesteld bij het Marktenhof. In het arrest in gevoegde zaken 2017/AR/1139 – 2017/MR/1 van 28 februari 2018 (het "**Arrest van 2018**") heeft het Marktenhof de Beslissing van 2017 vernietigd. De vernietiging was uitsluitend gestoeld op procedurele middelen: volgens het Hof miskende de beslissing de op het Mededingingscollege rustende motiveringsplicht.
  
- In een nieuwe Beslissing nr. BMA-2018-C/C-12 van 26 april 2018 (de "**Beslissing van 2018**") heeft het Mededingingscollege de door het Marktenhof vastgestelde motiveringsgebreken



rechtgezet. De Beslissing van 2018 bevestigde de integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei maar de overgangstermijn van twee jaar zou pas ingaan op de datum van deze nieuwe beslissing waardoor de vierde voorwaarde inzake organische groei pas zou worden opgeheven op **26 april 2020** (p. 168).

- Tegen deze nieuwe beslissing van het Mededingingscollege heeft concurrent Euroscop opnieuw een hoger beroep ingesteld bij het Marktenhof. In het arrest 2018/MR/3 van 21 november 2018 (het "**Tweede arrest van 2018**") heeft het Marktenhof de Beslissing van 2018 vernietigd, opnieuw om louter procedurele redenen. Deze maal betrof dit het punt van de samenstelling van het Mededingingscollege.
- Op verzoek van het Auditoraat heeft Kinopolis haar verzoekschrift (opnieuw) geactualiseerd (het "**Actualisatieverzoekschrift**"). Hierop is dan Beslissing BMA-2019-C/C-13 van 25 maart 2019 (de "**Beslissing van 2019**") gevolgd, waarin het Mededingingscollege besliste tot volgende partiële opheffing van de vierde Voorwaarde inzake organische groei, en dit **zonder inachtnaam van enige overgangperiode**:

Dat de vierde voorwaarde inzake oprichting wordt opgeheven voor wat betreft oprichting van bioscopen voor zover het de oprichting betreft van een bioscoop van 7 zalen of minder, en van 1.125 zetels of minder. Deze twee drempels zijn cumulatief.

Voor de toepassing van deze gedeeltelijke opheffing moeten volgende beperkingen worden gerespecteerd:

a. het nieuwe complex mag niet op minder dan 10km (gemeten in vogelvlucht) van een reeds bestaand Kinopolis-complex gevestigd worden.

b. het nieuwe complex mag niet uitgebreid worden tot meer dan 7 zalen of meer dan 1.125 zetels.

Indien Kinopolis een complex wenst op te richten binnen een straal van 10km afstand van één van haar eigen bioscopen of indien Kinopolis een nieuw complex wenst uit te breiden zodat de drempel van 7 zalen of drempel van 1.125 zetels overschreven wordt, dan kan voor deze oprichtings- of uitbreidingsdossiers onder bepaalde omstandigheden de aanmelding worden behandeld via een vereenvoudigde procedure, zoals omschreven onder randnummers 1075 tot en met 1080 van de Ontwerpbeslissing.

Voor het overige bleef de vierde voorwaarde inzake organische groei overeind, met dien verstande dat een opening werd gelaten om voor oprichtingsdossiers in bepaalde omstandigheden een vereenvoudigde procedure te volgen.

**B. arrest van het Marktenhof van 23 oktober 2019**

8. Kinopolis heeft beroep aangetekend bij het Marktenhof tegen de Beslissing van 2019, onder meer omdat de beperkingen inzake organische groei inconsistent zijn met het Europese beleid inzake corrigerende maatregelen in concentratiecontrole, dit zowel naar inhoud als duurtijd, en omdat de Beslissing van 2019 gebaseerd was op een kennelijk onjuiste beoordeling, onder andere voor wat de mededingingsbevorderende effecten van organische groei betreft.
9. In zijn arrest van 23 oktober 2019 (het “**Arrest van 2019**”) heeft het Marktenhof de bezorgdheid van Kinopolis gedeeld dat de voorwaarde inzake organische groei intussen inderdaad nadelige gevolgen teweegbrengt. Het Arrest van 2019 is dan ook het eerste waarin de BMA niet gevolgd wordt in haar inhoudelijke vaststellingen en conclusies. Het Marktenhof stelt (p.46-47):

Het mededingingsrecht verbiedt ondernemingen niet om hun positie te versterken door middel van organische groei, zelfs niet wanneer dit zou leiden tot de creatie of versterking van een machtspositie. Overigens overweegt het Marktenhof dat er op het eerste zicht vanuit concurrentieel oogpunt geen reden bestaat om investeringen in nieuwe (of bestaande) complexen (organische groei) (nog verder) te beletten omdat zulks innoverende werking heeft en dus de consument ten goede komt zonder al te zeer stil te blijven staan bij de belangen van concurrerende ondernemingen. Het beperkend effect van de marktmacht die Kinopolis heeft, kan desgevallend op een andere wijze ondervangen worden.

(...)

Het Marktenhof is van oordeel dat de beperkingen inzake organische groei zeer ingrijpende gedragsvoorwaarden vormen. In sommige gevallen zijn ze zelfs anticompetitief en discriminerend. (eigen onderlijning)

10. In het Arrest van 2019 heeft het Marktenhof dan ook, in lijn met de Beslissingen van 2017 en 2018, geoordeeld dat de beperkingen inzake organische groei moeten worden opgeheven. Om een beperking van de daadwerkelijke mededinging door een mogelijk disruptief effect van de opheffing voor de concurrenten van Kinopolis te vermijden, kreeg de BMA de opdracht om hiervoor een overgangsperiode te bepalen. De relevante passages in het Arrest van 2019 luiden als volgt (p. 47 en dictum):

Het Marktenhof overweegt echter ook dat de onmiddellijke en integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei de daadwerkelijke mededinging zou kunnen beperken gelet op het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinopolis. Om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, verwijst het Marktenhof de zaak opnieuw naar de BMA die zal oordelen, rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarge van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert, over een overgangsperiode die proportioneel, passend en effectief is. Het Marktenhof zal evenwel toezicht kunnen uitoefenen en met name desgevallend erop toezien of de BMA objectiveerbare omstandigheden aanhaalt eigen aan de zaak die een

welbepaalde overgangperiode al dan niet deugdelijk en afdoend kunnen verantwoorden.

(...)

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

(...)

Zegt voor recht dat de verdere afhandeling van het opheffingsverzoek van Kinopolis (bepaling van de overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmargin van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert) toekomt aan de BMA door een anders samengestelde kamer. (eigen onderlijning)

#### I. De ontwerpbeslissing

11. De Ontwerpbeslissing die werd neergelegd door het Auditoraat op 21 januari 2020, stelt aan het Mededingingscollege de volgende overgangperiode voor:

Gedurende een eerste periode van 1 jaar mag Kinopolis geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België;

Gedurende de overblijvende 2 jaren, mag Kinopolis alle mogelijke handelingen treffen met het oog op het bouwen van een bioscoop zonder dat Kinopolis deze effectief in exploitatie mag nemen.

12. Kort samengevat komt dit voorstel neer op een overgangperiode van drie jaar te rekenen vanaf de tussen te komen beslissing van het Mededingingscollege. Niet alleen qua duurtijd, maar ook op inhoudelijk vlak is deze overgangperiode strenger dan enige die ooit in de vorige drie procedures voor het Mededingingscollege is opgelegd. Het feit dat Kinopolis gedurende een jaar geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen mag stellen vindt geen enkel aanknopingspunt in de drie vorige beslissingen van het Mededingingscollege.
13. Nog voorafgaand aan enige analyse op basis van het referentiekader dat door het Marktenhof is aangereikt, is het duidelijk dat dit een onredelijk lange periode is die onmogelijk kan beantwoorden aan wat het Marktenhof voor ogen stond. Als rekening wordt gehouden met de datum van het Arrest van 2019 (te weten 23 oktober 2019) is de voorgestelde overgangperiode zelfs langer dan de duurtijd van een normale de novo revisieperiode (die drie jaar bedraagt).
14. Zoals hierna zal blijken, vormt de voorgestelde overgangperiode bovendien een flagrante miskennis van de inzichten van het Marktenhof en is zij in strijd met het beginsel van een consistente beslissingspraktijk.

## **II. Algemene uitgangspunten voor de te nemen beslissing**

### **A. Dwingend uitgangspunt: arrest van 2019**

15. Bij het bepalen van de overgangsperiode, wordt het Mededingingscollege geacht ten volle rekening te houden met de uitgangspunten van het Arrest van 2019. Enige andere benadering zou een miskennis van het dispositief van het Arrest van 2019 betekenen.

16. Het Marktenhof heeft vier grote uitgangspunten bepaald, te weten:

(i) de negatieve gevolgen voor de consument van beperkingen inzake organische groei;

(ii) de mogelijke beperking van de daadwerkelijke mededinging als gevolg van het mogelijke disruptieve effect voor de concurrenten van een onmiddellijke integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei;

(iii) de bescherming geboden door de Europese en de Belgische mededingingsregels om een eventueel marktfaalen dat in rechtstreeks causaal verband staat met de marktpositie van Kinopolis te remediëren; en

(iv) het mogelijk anticompetitief en discriminerend effect voor Kinopolis van beperkingen inzake organische groei.

17. Deze uitgangspunten worden hierna toegelicht.

### **B. Negatieve gevolgen voor de consument van de beperkingen inzake organische groei**

18. Wat betreft de **mededingingsbeperkende gevolgen voor de consument** van de beperkingen inzake organische groei, is er tijdens de debatten voor het Marktenhof uitvoerig aandacht besteed aan de inhoud van de reeds eerder genomen beslissingen van de BMA. De inhoudelijke vaststellingen van de Beslissingen van 2017 en 2018 zijn immers nooit door het Hof bekritiseerd geweest.

19. Er lijkt zich intussen op alle niveaus (Marktenhof, Mededingingscollege, Auditoraat) een consensus gevormd te hebben dat beperkingen inzake organische groei ten nadele van de consument zijn.

20. Zo oordeelde het Mededingingscollege al in de Beslissing van 2017 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” (§34 van de beoordeling door het Mededingingscollege, p. 228).

21. Het Mededingingscollege stelde toen vast dat voldoende aannemelijk was gemaakt dat de vierde voorwaarde inzake organische groei intussen contraproductief was gaan werken ten nadele van de consument. Het Mededingingscollege stelde een vraag vast in hoofde van de consument die op dat moment niet of nauwelijks werd ingevuld (onder meer op basis van de resultaten van de Consumentensurvey van het Auditoraat) (§32-33 van de beoordeling door het Mededingingscollege, p. 228):

*Het College stelt vast dat uit het onderzoek en de opmerkingen van partijen genoegzaam blijkt dat er, onder meer als gevolg van een proximitiestrend, nog zogenaamde “blinde vlekken” of “grijze zones” bestaan, dit zijn locaties waar er mogelijks voldoende aanbod is om een nieuw complex op te richten. Zoals de Auditeur zelf aangeeft, toont de consumentenbevraging aan dat de markt niet volledig verzadigd lijkt (randnr. 296). Het voorbeeld van Nederland toont aan dat zelfs in een land waar zowel de schermdichtheid per km<sup>2</sup> en per miljoen inwoners hoger ligt dan in België er nog ruimte is voor bijkomende investeringen in nieuwe complexen (met inbegrip van multiplexen), ondanks het geringe verschil in bezoekfrequentie. Het College acht het dan ook voldoende aannemelijk dat er op de relevante markten een vraag bestaat van de zijde van de consumenten die momenteel niet of onvoldoende wordt ingevuld.*

*Zoals de Raad reeds opmerkte in 2008, heeft de bescherming die door de voorwaarden wordt geboden aan de concurrenten, ook een keerzijde vermits zij kan leiden tot een gebrek aan stimulansen voor de concurrenten om producten en diensten aan te bieden die daadwerkelijk concurreren met de marktleider en die innovatief zijn (Beslissing Raad nr. 2008-C/C-52, para.207). Het College is van oordeel dat het risico op dergelijke mededingingsbelemmerende effecten het grootst is bij maatregelen die een beperking inhouden van organische groei en dat dit risico in de context van onderhavig opheffingsverzoek voldoende aannemelijk is gemaakt.*

22. *Ook de Beslissing van 2019 erkende heel algemeen en uitdrukkelijk de mededingingsbevorderende effecten van organische groei, namelijk de creatie van nieuw lokaal aanbod en een ruimere keuze voor de consument (§66 van de beoordeling door het Mededingingscollege, p. 164).*

*Het College schaarft zich achter de analyse van de auditeur wat de modulatie op basis van de grootte van de complexen betreft. Het College acht dat de auditeur voldoende heeft aangetoond dat voor complexen met 7 zalen of minder en 1.125 zetels of minder, een nieuw Kinopolis complex pro-concurrentiële gevolgen zal teweeg brengen, waaronder het stimuleren van bioscoopbezoek door het creëren van nieuw aanbod en een ruimere keuze voor de consument, alsook een bijkomende prikkel voor concurrenten om zelf te investeren in nieuwe complexen en de filmbeleving te vernieuwen.*

23. *De actualisatie van het onderzoek in 2019 toonde aan dat concurrenten nog steeds geen aantoonbare actie hadden ondernomen om die vraag van de consument in te vullen en dit ondanks het feit dat er geen hoge toetredings- of uitbreidingsbarrières zijn (§44 van het Arrest van 2019). Ondanks de lopende en/of geplande investeringsprojecten waarvan de concurrenten gewag maakten, moest de ontwerpbeslissing van het Auditoraat van 4 maart 2019 vaststellen dat de aanbodzijde de voorbije twee jaar nauwelijks gewijzigd was (§909 van de ontwerpbeslissing, p. 146). Ook het gebrek aan investeringszin bij concurrenten bleek opnieuw uit de geactualiseerde marktbevraging:*

- In antwoord op de vraag “welke zijn volgens u de redenen waarom er op enkele uitzonderingen na (waaronder Movie Mills, White Cinema) geen nieuwe bioscopen meer worden gebouwd in*

*België?” gaf Cinema Focus aan dat “de dynamiek [...] in België volledig [is] weggevallen en dit in tegenstelling tot Nederland, waar wel heel wat nieuwe bioscopen zijn bijgekomen de voorbije 5 jaar”.*

- Cinema Focus benadrukte dat “zolang er geen sterke (buitenlandse) bioscoopgroep de behoefte voelt om in competitie te gaan met Kinopolis”, de situatie “quasi status quo” zou blijven op de Belgische markt.*
  - In antwoord op diezelfde vraag leek Cinema For&ver zich vragen te stellen bij de ondernemingszin die er toen heerste op de Belgische markt (“Esprit d’entreprise?”).*
  - Tot slot kan gewezen worden op de antwoorden van Lumière. Lumière baat stadbioscopen uit in Brugge en Antwerpen waar ook een Kinopolis complex gelegen is. Lumière meende dat de effecten van deze aanwezigheid echter beperkt zijn, omwille van “het uiteenlopende aanbod en het verschil in exploitatiestijl” waardoor zij “feitelijk complementair” zijn. Lumière was een voorstander van de opheffing, minstens voor nieuwe complexen in een verzorgingsgebied dat toen niet bediend werd of waar het complementair zou zijn aan het reeds bestaande aanbod: “Indien meerdere complexen in een bepaalde regio naast elkaar bestaan en mogelijks een overlapping hebben in hun filmaanbod, zal de concurrentie aangezwengeld worden en de complementariteit aangemoedigd worden. Dit komt ten goede van de prijszetting en het aanbod naar de consument toe”.*
- 24. Deze vaststellingen vormden dan ook een uitdrukkelijke feitelijke bevestiging van de mededingingsrechtelijke vaststellingen (benadeling van de consument) van het Mededingingscollege.*
- 25. Verder blijkt onmiskenbaar uit de vele procedures die aangespannen werden door spelers zoals Euroscop en Imagix dat deze niet het consumentenbelang voor ogen hadden, en ook op heden niet hebben, maar voornamelijk hun eigen economische belangen wensen te beschermen. Zij zijn daar de voorbije jaren zonder meer in geslaagd. Beide spelers hebben hun verzorgingsgebieden weten te vrijwaren van verdere concurrentie van Kinopolis, met een stijging van hun aandeelhouderswaarde tot gevolg. Dit is geresulteerd in een succesvolle verkoop van Euroscop aan Pathé.*
- 26. Het Marktenhof is in het Arrest van 2019 de hoger aangehaalde bezorgdheden uitdrukkelijk bijgetreden. Het Marktenhof koppelt organische groei expliciet aan het belang van de consument (“dus de consument ten goede komt”). Voor doeleinden van de door het Mededingingscollege te nemen beslissing is het van belang vast te stellen dat het Marktenhof in dit kader vertrekt van een algemeen uitgangspunt, namelijk*

*dat er op het eerste zicht vanuit concurrentieel oogpunt geen reden bestaat om investeringen in nieuwe (of bestaande) complexen (organische groei) (nog verder) te beletten omdat zulks innoverende werking heeft en dus de consument ten goede komt zonder al te zeer stil te blijven staan bij de belangen van concurrerende ondernemingen.*

27. *Rekening houdend met het belang van de consument stelt het Marktenhof dus als vertrekpunt dat er prima facie geen reden is om organische groei nog verder te beletten. Het Marktenhof geeft duidelijk aan dat de balans hierbij overhelst in het voordeel van de consument en dat niet al te zeer mag stil gestaan worden bij het belang van de concurrenten. Het algemeen vertrekpunt is dus geen beperking van de organische groei en iedere inperking hierop dient dus als een uitzondering op het algemeen uitgangspunt beschouwd te worden en in overeenstemming hiermee verantwoord te worden.*
28. *Het recente marktonderzoek van het Auditoraat verscherpt het beeld nog en voegt een dimensie toe aan de mededingingsbeperkende en consument-onvriendelijke werking van beperkingen inzake organische groei die het Marktenhof heeft vastgesteld. Deze bijkomende dimensie blijkt uit de antwoorden van verschillende concurrenten op de recente verzoeken om inlichtingen van het Auditoraat na het Arrest van 2019 (de “**Marktbevraging**”). De vraag betrof de acties die de concurrenten zouden ondernemen als Kinopolis gebruik zou maken van de mogelijkheid om organisch te groeien. Anders dan het Auditoraat mogelijk had verwacht, verwijzen de meeste concurrenten hierbij niet naar de creatie van nieuwbouwcomplexen, maar veeleer naar commerciële aanpassingen. Volgende voorbeelden zijn leerrijk:*
- Om zich competitief op te stellen tegenover Kinopolis, geeft Cinema Palace aan dat het een goedkopere prijs zou hanteren en met een andere programmering zou werken.*
  - Studio Geel stelt dat het zich onder meer met een aangepaste prijzenpolitiek zou voorbereiden op nieuwe Kinopolis complexen in België.*
  - UGC geeft aan dat zij onder meer zal inzetten op diversiteit van het aanbod, competitieve prijzen en innovatie, en dat dit in het voordeel zal werken van de toeschouwers in de hele filmsector.*
29. *De Marktbevraging stelt dan ook vast dat bioscoopexploitanten bevestigen dat zij, naar aanleiding van de afschaffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, zich zouden voorbereiden op mogelijke toegenomen concurrentie “door een lagere prijs aan te bieden, door te kiezen voor bijvoorbeeld een meer familiale aanpak of door verschillend aanbod aan te bieden” (§295 van de Ontwerpbeslissing). Deze commerciële reactie heeft betrekking op de essentie van normale mededinging, namelijk prijsconcurrentie en de kwaliteit van het aanbod. Het zijn deze parameters waarvan de Marktbevraging (en ook de Ontwerpbeslissing) vaststelt dat ze geactiveerd kunnen en*

*zullen worden als de voorwaarde inzake organische groei verdwijnt en er dientengevolge nieuwe investeringen door Kinapolis zullen gedaan worden in België.*

30. *Het belang van deze vaststelling voor de beoordeling door het Mededingingscollege hoeft geen betoog. Hoe langer de overgangperiode duurt waartoe het College beslist, hoe langer die prijsconcurrentie en aanbodverbetering door de concurrenten niet wordt doorgevoerd. Dit wordt sprekend verwoord in de reactie van UGC: “vermits zij geen kennis heeft van nieuw projecten van Kinapolis in haar verzorgingsgebieden, kan zij nog geen specifieke maatregelen nemen om zich hierop voor te bereiden” (§198 van de Ontwerpbeslissing). Met andere woorden: UGC zal zich pas voorbereiden als een Kinapolis project is aangekondigd. Ook Lumière bevestigt dit standpunt in haar antwoord tijdens het Marktonderzoek: “[h]oe dan ook neemt de ontwikkeling en bouw van een nieuwbouwcomplex door Kinapolis (...) genoeg tijd in beslag opdat bioscoopuitbaters in dezelfde regio zich voldoende kunnen voorbereiden”. Het is duidelijk: een korte overgangperiode is noodzakelijk indien men het consumentenbelang wil dienen.*
31. *Dit nadeel komt bovenop het nadeel dat het Marktenhof reeds uitdrukkelijk bevestigt, namelijk dat de consument niet kan genieten van de innoverende investeringen zelf. Als de Marktbevraging al iets heeft geleerd, dan is het dat de nadelige gevolgen voor de consument mogelijk nog groter zijn dan het Marktenhof voor ogen had. Dit is een economisch gegeven waarmee het Mededingingscollege, in overeenstemming met de opdracht van het Marktenhof, kan en moet rekening houden.*

**C. Onmiddellijke en integrale opheffing heeft mogelijk een disruptief effect voor de concurrenten van Kinapolis**

32. *Het tweede uitgangspunt betreft het effect van de opheffing van de voorwaarde inzake organische groei op de mededinging ingevolge de impact hiervan op de concurrenten.*
33. *Het Marktenhof meent dat de onmiddellijke en integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei de daadwerkelijke mededinging “zou kunnen beperken” gelet op “het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinapolis”. Het is van belang vast te stellen dat het Marktenhof in dit kader de voorwaardelijke wijs hanteert (“mogelijke” en “zou kunnen”). Dit staat in contrast met de stelligheid waarmee het Marktenhof het heeft over de positieve effecten van organische groei (“de consument ten goede komt”).*
34. *De bezorgdheid van het Marktenhof is dat de onmiddellijke opheffing van de voorwaarde inzake organische groei de daadwerkelijke mededinging zou kunnen beperken gelet op het mogelijke disruptieve effect voor de concurrenten. Om dit te vermijden moeten de concurrenten zich kunnen voorbereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Hiertoe geeft het Marktenhof in het Arrest van 2019 aan de BMA de opdracht om een overgangperiode te bepalen.*



35. *Het hoeft weinig betoog dat de mate waarin de opheffing van de voorwaarde inzake organische groei disruptief kan werken voor een concurrent samenhangt met het profiel van de betrokken concurrent. Europese topspelers als UGC en Pathé kunnen bezwaarlijk op een geloofwaardige wijze van een disruptief effect spreken. In dit opzicht erkent het Auditoraat dat “UGC en Pathé minstens een vergelijkbare of zelfs een hogere financiële draagkracht hebben dan Kinopolis en dus de actuele concurrentiedruk op Kinopolis significant verschilt met die van 1997” (§287 van de Ontwerpbeslissing). Kinopolis begrijpt dat de situatie anders kan zijn voor een klein familiebedrijf doch ziet hierbij niet in hoe het eventueel wegvallen van een project van een kleine speler de daadwerkelijke mededinging op de Belgische bioscoopmarkt zou kunnen beperken. Het uitgangspunt van het Arrest 2019, noch van het mededingingsbeleid, is niet de bescherming van iedere kleine speler. Bovendien wenst Kinopolis wel aan te stippen dat een aantal kleine spelers zich bewust in een verzorgingsgebied van een reeds bestaande Kinopolis bioscoop willen vestigen zoals Belga Films in Luik (waar Kinopolis reeds twee bioscopen heeft) en Lumière in Mechelen (dat zich in het verzorgingsgebied van Kinopolis Brussel bevindt). Hieruit volgt dat een mogelijk disruptief effect sterk genuanceerd moet worden, zelfs voor de kleinere spelers.*
36. *Verder zal de mogelijkheid van een disruptief effect met gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging ook samenhangen met de aard en de stand van de initiatieven die door concurrenten effectief ondernomen werden. Een concurrent die beweert een nieuw complex te willen oprichten maar die intussen nog niets ondernomen heeft, kan bezwaarlijk geloofwaardig van een disruptief effect gewagen. Een concurrent die zinnens is om zijn programmatie of prijszetting aan te passen, kan bezwaarlijk stellen dat hij een lange overgangperiode nodig heeft om een disruptief effect tegen te gaan. Het is dan ook ongepast om veralgemenend en in abstracto dit punt te benaderen.*
37. *Rekening houdend met het algemeen uitgangspunt van het Marktenhof (dat gekoppeld is aan het belang van de consument) zal dus voldoende in concreto moeten nagegaan worden welke disruptieve effecten met gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging geloofwaardig kunnen geformuleerd worden.*

#### **D. bescherming van de Europese en Belgische mededingingsregels**

38. *Het Marktenhof heeft als derde uitgangspunt duidelijk willen anticiperen op een (eerder sloganeske) argumentatie dat de overgangperiode voldoende lang moet zijn, want Kinopolis zou wel eens deze of gene handeling kunnen stellen waardoor een individuele concurrent nadeel ondervindt.*
39. *Het is duidelijk dat het Marktenhof niet wenst dat deze argumentatie de analyse van de overgangperiode contamineert. Het stelt tot tweemaal toe zeer uitdrukkelijk:*
- *“Het beperkend effect van de marktmacht die Kinopolis heeft, kan desgevallend op een andere wijze ondervangen worden”; en*

- “De WER en de Europese mededingingsregels moeten worden geacht om daarna een eventueel marktfalen dat in rechtstreeks causaal verband staat met de marktmacht van Kinopolis te remediëren”.

40. Bij de evaluatie door het Mededingingscollege zal dit derde uitgangspunt uitdrukkelijk dienen betrokken te worden. Het beantwoordt immers vele van de opmerkingen waarmee de concurrenten een langere overgangperiode (onterecht) pogen te verantwoorden<sup>140</sup>.

#### **E. Risico op anticompetitieve en discriminerende effecten voor kinopolis**

41. Het Marktenhof voegt aan het voormelde nog een uitdrukkelijke waarschuwing toe als een vierde uitgangspunt. Het stelt dat “beperkingen inzake organische groei zeer ingrijpende gedragsvoorwaarden vormen” en dat deze “in sommige gevallen [...] zelfs anticompetitief en discriminerend” zijn. In het licht van de debatten die voor het Marktenhof gevoerd zijn, is deze uitdrukkelijke vingerwijzing van het Marktenhof weinig verwonderlijk.

42. Kinopolis kan de opmerking inzake het ingrijpend karakter van de gedragsvoorwaarde inzake organische groei immers perfect koppelen aan het debat dat voor het Marktenhof heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende aanvaardbare corrigerende maatregelen<sup>141</sup> (de “**Mededeling**”). De Mededeling stelt dat gedragsmaatregelen slechts uitzonderlijk en in zeer specifieke omstandigheden kunnen worden opgelegd (eigen onderlijning).<sup>142</sup>

Niettemin valt een algemeen onderscheid te maken tussen afstotingen, andere structurele corrigerende maatregelen (zoals toegang tot vitale infrastructuur of input op niet-discriminerende voorwaarden), en verbintenissen wat betreft de toekomstige gedragingen van de nieuw geconcentreerde onderneming. Verbintenissen tot afstoting zijn het beste middel om de uit horizontale overlappings ontstane mededingingsbezwaren weg te nemen, en zijn mogelijk ook het beste middel om problemen op te lossen die voortkomen uit verticale bezwaren of uit bezwaren die resulteren uit conglomeraatsstructuren. Andere structurele verbintenissen kunnen geschikt zijn om alle soorten bezwaren weg te nemen indien die corrigerende maatregelen, wat de effecten ervan betreft, gelijkwaardig zijn aan afstotingen, zoals in de punten 61 en verder nader wordt uiteengezet. Verbintenissen met betrekking tot het toekomstige handelen van toekomstige gedragingen van de nieuw geconcentreerde onderneming kunnen alleen uitzonderlijk, in zeer specifieke omstandigheden acceptabel zijn. Met name kunnen verbintenissen waarbij wordt toegezegd

<sup>140</sup> Zie bijvoorbeeld het gebruik van het woord “saboteren” door een van de concurrenten (§22 van de Ontwerpbeslissing).

<sup>141</sup> Mededeling van de Commissie betreffende op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen, Pb. 22.10.2008, C 267/1. Ook de bestreden beslissing baseert zich op deze mededeling, zie p. 29 en 166.

<sup>142</sup> Mededeling betreffende corrigerende maatregelen, §17.

prijzen niet te verhogen, het productaanbod in te krimpen of merken uit de markt te nemen enz., in de regel niet de door horizontale overlappings veroorzaakte mededingingsbezwaren wegnemen. In ieder geval kan dit soort corrigerende maatregelen alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden geaccepteerd indien de werkbaarheid ervan volledig wordt gegarandeerd door effectieve tenuitvoerlegging en effectief toezicht in lijn met de in de punten 13-14, 66 en 69 gemaakte overwegingen, én indien er geen risico bestaat dat zulks tot mededingingsverstoringen leidt.

43. De Mededeling wijst dus uitdrukkelijk op het gevaar voor mededingingsverstoringen van gedragsmaatregelen. Daarenboven valt het op dat de Mededeling verwijst naar een reeks voorbeelden van corrigerende gedragsmaatregelen, maar met geen woord rept over de mogelijkheid om organische groei te beperken of aan een vorm van voorafgaande toetsing te onderwerpen.
44. Als er al gedragsmaatregelen worden opgelegd in de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie, dan werd er nooit enige rem op organische groei bepaald. Dus naar de aard van gedragsmaatregel vindt de vierde voorwaarde inzake organische groei geen verankering in het Europees beleid van de Commissie, wel integendeel. Dit punt is uitdrukkelijk onder de aandacht van het Marktenhof gebracht.
45. Dit was voor het Marktenhof geen nieuw gegeven. In het Arrest van 2008 wees het Hof van beroep reeds op de discrepantie met het Europees beleid: “Wegens de terughoudendheid van de Europese Commissie inzake maatregelen die een ruime uitvoeringstermijn vergen, levert haar beslissingspraktijk geen gevallen waarin na verloop van een lange uitvoeringsperiode de noodzaak van het verder handhaven van die voorwaarden wordt geëvalueerd” (§80).
46. Ieder van voormelde overwegingen is uitdrukkelijk aan bod gekomen in de procedure voor het Marktenhof. Kinopolis stelt vast dat het Arrest van 2019 volmaakt strookt met voormelde overwegingen en uitdrukkelijk aanhaalt dat “beperkingen inzake organische groei zeer ingrijpende gedragsvoorwaarden vormen”. Deze overweging sluit integraal aan bij het toepasselijk Europees kader en is overduidelijk hierdoor geïnspireerd.
47. Het Marktenhof gaat echter nog een stap verder en, naast zijn verwijzing naar het ingrijpend karakter van beperkingen op de organische groei, waarschuwt het voor het risico dat zulke beperkingen “anticompetitief en discriminerend” kunnen zijn. Hiermee geeft het Marktenhof concrete invulling aan de taal in de Mededeling die verwijst naar “mededingingsverstoringen effecten”.
48. Kinopolis heeft het Auditoraat uitdrukkelijk gewezen op de toepasselijkheid van deze waarschuwing in onderhavige zaak. Een te lange overgangperiode zal er bijvoorbeeld toe leiden dat eventuele projectontwikkelaars zich zullen wenden tot de (buitenlandse) spelers zoals Pathé die aan geen

*enkele vorm van beperkingen onderworpen zijn wat een discriminerende en disproportionele werking ten aanzien van Kinopolis heeft.*

49. *Dit geldt des te meer rekening houdend met recente evoluties op de markt (zie hierna paragraaf 53. Een overgangperiode die te lang is, werkt als een vorm van marktafscherming of zelfs marktverdeling ten voordele van de grote spelers zoals UGC en Pathé. Hieraan kan een mededingingsautoriteit onmogelijk haar medewerking verlenen.*

#### **F. Conclusie**

50. *De afweging die als gevolg van het dispositief van het Arrest van 2019 moet gemaakt worden, dient uit te gaan van de uitgangspunten die het Marktenhof uitdrukkelijk heeft geformuleerd. Het Mededingingscollege kan in dat kader niet voorbijgaan aan het feit dat het algemeen uitgangspunt gebaseerd is op het consumentenbelang en dat dit belang eenduidig pleit voor een zo snel mogelijke opheffing en zelfs onmiddellijke opheffing van de beperkingen inzake organische groei.*
51. *Ook het derde en het vierde uitgangspunt pleiten voor een snelle en onmiddellijke opheffing.*
52. *Het is enkel het tweede uitgangspunt, zijnde het mogelijke disruptieve effect voor de concurrenten van een onmiddellijke integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, dat verzoenbaar is met een overgangperiode waarbij bij de vaststelling van de duurtijd ervan rekening dient gehouden te worden met de anti-competitieve en discriminatoire effecten.*

#### **III. Actualisatie van de marktinformatie**

53. *Kinopolis wenst aan te stippen dat er sinds het Arrest van 2019 bijkomende ontwikkelingen zijn waarvan het Marktenhof geen kennis heeft kunnen nemen en die van primordiaal belang zijn voor de afweging die het Mededingingscollege nu dient te maken. Het gaat hier immers om economische gegevens waarvan het Marktenhof verwacht dat het Mededingingscollege ze in zijn afweging betreft (“waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert”):*

- Vooreerst is het nationaal marktaandeel van Kinopolis gebaseerd op bezoekersaantallen in 2019 verder gedaald en wordt dit voor 2019 geschat op 38,52%.<sup>143</sup> Hiermee wordt de situatie bestendigd dat Kinopolis zich de laatste jaren onder de 40% bevindt. Iedere suggestie dat deze reductie tot beneden 40% een tijdelijk fenomeen was, wordt hiermee tegengesproken. Met een marktaandeel van 38,52% zit Kinopolis op het laagste niveau ooit sedert de Beslissing van 1997. Zo bedroeg het marktaandeel van Kinopolis 46,7% in functie van het aantal bezoekers ten tijde van de Beslissing van 1997. Tijdens de relevante toetsingsperiode (1997-2019) is het marktaandeel van Kinopolis dus ruim 8% gezakt van 46,7% (in 1997) tot 38,52% (in 2019):

1997	46,7%
2017	40,12%
2018	39,7% (volgens Kinopolis: 39,51%)
2019	38,52%

- Parallel met de behandeling van de zaak voor het Marktenhof heeft Pathé de Euroscop groep overgenomen. Euroscop was de derde speler op de Belgische markt, na UGC. Met deze overname wordt Pathé de tweede grootste speler op de Belgische markt en zij schat haar marktaandeel op 19% (§91 van de Ontwerpbeslissing). Pathé beschikt hierdoor over 10 bioscopen in België (slechts één minder dan Kinopolis) en zij is nu ook geografisch zowel in Vlaanderen als Wallonië aanwezig.

Het belang van deze evolutie mag niet onderschat worden. Pathé is marktleider in elk land waar zij actief is (Frankrijk, Nederland en Zwitserland), met uitzondering van België.

- Tijdens de behandeling voor het Mededingingscollege en het Marktenhof in 2019 heeft Kinopolis uitdrukkelijk gewezen op de te verwachten opmars van Pathé, naar het voorbeeld van Nederland. In Nederland is Pathé (als Franse groep) erin geslaagd om met overnames en nieuwe complexen de eerste plaats op de markt te veroveren met een marktaandeel rond de 45%.

Kinopolis betreurt dat Euroscop tijdens de behandeling van de zaak in de loop van de maand september 2019 de kiezen op elkaar heeft gehouden en minstens het Marktenhof niet heeft ingelicht over de overname die amper een dikke maand later een feit bleek te zijn. Deze overname betekent immers een significante wijziging in het bioscooplandschap en Kinopolis

<sup>143</sup> Voor 2019 werd het officiële totaalcijfer nog niet gepubliceerd door de FOD Economie (NIS) en werd een inschatting gemaakt. Er werd gekeken naar wat de verhouding was in 2017 tussen het officiële totaalcijfer van de FOD Economie (NIS) en het totaalcijfer op basis van de Maccsbox data uitgewisseld binnen de VZW Cinedata. Deze cijfers verschillen omdat niet alle bioscoopexploitanten hun data doorgeven aan Cinedata en ook omdat deze data geen gratis tickets en tickets voor alternatieve content (vb. operavoorstellingen) omvatten. Op basis van deze verhouding en de reeds beschikbare Maccsbox data voor 2019 werd een inschatting gemaakt van het verwachte officiële totaalcijfer voor 2019.

*zou het gewaardeerd hebben dat het Marktenhof deze belangrijke evolutie ten volle in zijn overwegingen had kunnen betrekken.*

- *UGC (dat eerder reeds Utopolis had overgenomen) bekleedt een derde plaats met een marktaandeel van 15 à 16%.*

54. *Tegen de achtergrond van de uitgangspunten van het Marktenhof zijn beide ontwikkelingen van belang:*

- *De overgangperiode beoogt vooreerst de vrijwaring van de “daadwerkelijke mededinging” door het vermijden van disruptieve effecten. Het gegeven dat het marktaandeel van Kinopolis nog verder structureel gedaald is tot onder 40% en dat beide internationale spelers (UGC en Pathé) intussen zeer soliede marktaandelen hebben, is in dat kader uiteraard een relevant gegeven.*
- *Voor UGC en onmiskenbaar ook voor Pathé kan onmogelijk aanvaard worden dat zij enige bescherming tegenover Kinopolis nodig hebben. Er is geen discussie mogelijk dat, met hun markante aanwezigheid in België en hun kapitaalkrachtigheid, deze spelers niet te lijden kunnen en zullen hebben van enig disruptief effect. Iedere suggestie van het tegendeel zou van wereldvreemdheid getuigen.*
- *In het verlengde hiervan benadrukt Kinopolis het intussen verhoogde risico dat een te lange overgangperiode “anticompetitief en discriminerend” zal werken. Het Marktenhof heeft terecht op dit risico gewezen, zonder kennis te hebben van de effectieve overname van Euroscop door Pathé. Het kan niet betwist worden dat dit risico op vandaag dan ook nog veel groter is. Bovendien kan het Mededingingscollege niet voorbijgaan aan het feit dat de eerstelijnsbegunstigden van de overgangperiode Pathé en UGC zullen zijn. Zij blijven gedurende de integrale overgangperiode genieten van een met handen en voeten gebonden Belgische speler die sowieso al niet vrij mag overnemen maar bovendien ook zelfs niet vrij mag investeren in eigen organische groei. Tegen die achtergrond zou een overgangperiode van drie jaar als een vorm van marktafscherming ten voordele van de beide grote buitenlandse spelers gelden.*

#### **IV. Bepaling van de overgangperiode**

##### **A. Toetsingscriteria aangereikt door het marktenhof**

55. *Het Marktenhof heeft het Mededingingscollege een reeks toetsingscriteria aangereikt die het dient te hanteren bij de evaluatie van de uitgangspunten in het licht van de te bepalen overgangperiode:*

56. *Vooreerst moet de overgangperiode proportioneel, passend en effectief zijn.*

57. Het principe van **proportionaliteit** veronderstelt dat de overgangperiode evenredig moet zijn aan de uitgangspunten die het Marktenhof in het Arrest van 2019 heeft geïdentificeerd. Dit impliceert dat het risico op het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinopolis afgewogen moet worden tegenover de drie andere uitgangspunten die het Marktenhof heeft bepaald (het consumentenbelang, de mogelijkheid om problemen op te vangen door middel van het Europese en het Belgische mededingingsrecht en het risico op de discriminerende en anticompetitieve werking van het aanhouden van de voorwaarde inzake organische groei).
58. In dit kader dient het Mededingingscollege te respecteren dat het algemeen uitgangspunt van het Marktenhof (het consumentenbelang) pleit voor de onmiddellijke of snelle opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Dit houdt in dat, bij het bepalen van de overgangperiode, het Mededingingscollege de minst verregaande maatregel moet toepassen om de concurrenten toe te laten om zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Iedere andere proportionaliteitstoetsing miskent het algemeen uitgangspunt van het Marktenhof.
59. Daarnaast moet de overgangperiode **passend** zijn. Naar het oordeel van Kinopolis betekent dit dat moet nagegaan worden of er elementen zijn die het ongepast maken om een bepaalde overgangperiode te weerhouden. Kinopolis verwijst in dit kader naar het vertrouwensbeginsel, de bescherming geboden door het Europees en het Belgisch mededingingsrecht en het risico op anticompetitieve en discriminerende effecten. Ieder van deze elementen komt hierna nog aan bod.
60. De overgangperiode moet ook **effectief** zijn. Dit betekent volgens Kinopolis dat geen hypothetische bezorgdheden mogen ondervangen worden door de overgangperiode en dat de overgangperiode moet aangepast zijn aan de behoorlijk aangetoonde noden van de concurrenten. In dit kader stipt Kinopolis aan dat, eens het disruptief effect ondervangen is, er geen sprake kan zijn van enige verdere overgangsregeling die nog aan de voorwaarde van effectiviteit beantwoordt. Dit heeft niet enkel implicaties voor de duurtijd van de overgangperiode, maar ook voor de geografische reikwijdte ervan.
61. Als tweede toetsingscriterium stelt het Marktenhof dat het Mededingingscollege hierbij een afweging van “economische en sociale gegevens” dient te maken.
62. Als derde toetsingscriterium stelt het Marktenhof dat de overgangperiode moet gebaseerd zijn op objectieveerbare gegevens eigen aan de zaak die een deugdelijke en afdoende verantwoording vormen. Kinopolis onthoudt hiervan dat een in concreto (“eigen aan de zaak”) afweging vereist is en dat deze gebaseerd moet zijn op objectieveerbare omstandigheden. Met dit laatste lijkt het Marktenhof te verwijzen naar de vaststelling dat, doorheen de diverse procedures, de concurrenten bijzonder veelvuldig gehoord zijn en er een risico bestaat dat hun woord en subjectieve verzuchtingen als waarheid worden aanzien. Algemene bezorgdheden van concurrenten die niet gestaafd worden door concrete en objectieveerbare gegevens kunnen niet weerhouden worden en

*moeten beschouwd worden als positionering om Kinopolis (als concurrent) zo lang mogelijk te neutraliseren.*

**B. Bepaling van de overgangperiode rekening houdend met criteria van proportionaliteit en effectiviteit**

**1. Beschermenswaardige voorbereidingen**

63. *De problematiek van de overgangperiode is rechtstreeks gekoppeld aan de voorbereidingen die concurrenten treffen naar aanleiding van de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei. De omschrijving van de relevante voorbereidingen is dan ook het noodzakelijke vertrekpunt voor de afweging die het Mededingingscollege dient te maken.*
64. *De Ontwerpbeslissing stipt terecht aan dat er verschillende wijzen zijn waarop concurrenten zich kunnen “voorbereiden” op een situatie waarbij Kinopolis, na ruim 22 jaar, terug vrij bioscoopcomplexen zal kunnen oprichten in België. Het Auditoraat aanvaardt dan ook dat er minder ingrijpende manieren zijn om zich voor te bereiden dan het oprichten van een compleet nieuw complex.*
65. *Het Auditoraat verwijst in paragraaf 121 van de Ontwerpbeslissing naar zijn onderzoek dat aan de basis lag van de Beslissing van 2019 en waarin het de volgende mogelijke investeringsprojecten had geïdentificeerd:*
- overnames van bioscopen*
  - uitbreidingen van bestaande bioscopen*
  - nieuw geopende bioscopen*
  - heropende bioscopen*
  - lopende nieuwbouwprojecten*
  - veranderingen en innovaties*
66. *Op basis van de Marktbevraging, bevestigt het Auditoraat in de Ontwerpbeslissing dat de voorbereidende handelingen die de concurrenten kunnen stellen tijdens de overgangperiode nog diverser zijn en elk hun eigen uitvoertijd en kostprijs hebben:*

*Sommige voorbereidingen werken in op de marktstructuur (zoals overnames, uitbreiding van bestaande bioscopen, bouw van nieuwe bioscopen), andere voorbereidingen spelen in op het bioscoopprofiel, de lokale positionering, bioscoopbeleving, van de betrokken bioscoop. Niet enkel bouwprojecten, maar ook minder tijds- en kapitaalintensieve voorbereidingen kunnen overwogen worden zoals kwaliteitsverbeteringen aan infrastructuur (zetels, projectie- en geluidsmateriaal, look & feel van de bioscoop, B2B ruimtes,*



*shops, parking, enz.) en aanpassing van het bioscoopaanbod (programmatie, nieuwe formules, nieuwe concepten, een online aankoopstelsel, enz.).*

67. *Kinepolis vestigt er verder opnieuw de aandacht op dat sommige concurrenten van Kinepolis expliciet hebben aangegeven dat zij zich zullen voorbereiden en differentiëren door middel van commerciële acties. Hierbij verwijzen ze naar een lagere prijs, een verschillend aanbod of bijvoorbeeld een meer familiale aanpak.*
68. *De Consumentensurvey van het Auditoraat bevestigt dat zulke commerciële acties een zeer efficiënte reactie kunnen zijn. De survey toont immers aan dat (i) 47% van de ondervraagde cinemabezoekers en 34% van de ondervraagde niet-bezoekers heeft geantwoord dat zij vaker dan wel opnieuw naar de cinema zouden gaan bij een beter prijsniveau van de bioscopen en (ii) 69% van de ondervraagde cinemabezoekers heeft geantwoord dat het filmaanbod een belangrijk criterium is om een film in de bioscoop te gaan bekijken. De Ontwerpbeslissing komt daarom terecht tot de volgende vaststelling:*

*Op basis van bovenstaande elementen sluit de auditeur zich aan bij bepaalde respondenten wanneer zij stellen dat zij zich kunnen/zullen voorbereiden op de komst van een Kinepolis complex door een welbepaald, desgevallend lager, prijsniveau te hanteren of door te voorzien in gedifferentieerd filmaanbod. De auditeur is echter van mening dat een aanpassing van het prijsbeleid slechts een beperkte voorbereidingstijd vraagt.*

69. *Ook de voorbereiding door middel van overnames van bioscopen, is een realistische piste gebleken en mag niet over het hoofd worden gezien. Kinepolis stelt vast dat haar grootste concurrenten zich op dat vlak reeds hebben voorbereid en dat deze overnames voltrokken zijn:*
- UGC heeft Utopolis overgenomen, met vestigingen te Lommel, Aarschot, Mechelen en Turnhout;*
  - Pathé heeft Euroscoop overgenomen, met vestigingen te Namen, Sint-Niklaas, Lanaken, Maasmechelen, Genk en Louvain-La-Neuve.*
  - Verder verneemt Kinepolis dat Imagix op het punt staat om Stuart over te nemen. Dit werd door Stuart tijdens de Marktbevraging uitdrukkelijk bevestigd (mail van 6 november 2019): “Je suis mal placée pour en parler pour l’instant, car après 43 ans en centre-ville, nous allons être repris par la société IMAGIX”.*
70. *Niettegenstaande de verschillende manieren waarop concurrenten zich kunnen “voorbereiden” op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei en de vermelding in de Ontwerpbeslissing dat “de indruk van Kinepolis dat de marktbevraging erop gericht is om de overgangstermijn te koppelen aan een realistische doorlooptijd van een nieuw bioscoopcomplex*

(van concurrenten)” (§ 293 van de Ontwerpbeslissing) verkeerd zou zijn, spitst de Ontwerpbeslissing zich toch compleet toe op de doorlooptijd voor nieuwbouwprojecten:

Voor een pertinente voorbereidingstijd te bepalen concludeert de auditeur dat enkel de tijd noodzakelijk voor de realisatie van bouwprojecten van nieuwe bioscopen en van uitbreidingen van zalenaantal in aanmerking komen.

(...)

De overgangperiode moet bepaald worden rekening houdend met een realistische doorlooptijd voor de oprichting van een nieuwe bioscoop.

71. De Ontwerpbeslissing miskent hiermee kennelijk de vereiste dat de overgangperiode proportioneel moet zijn. Omdat concurrenten zich ook op andere en minder tijdsintensieve wijzen kunnen voorbereiden, moet de termijn die hiervoor nodig is in de afweging betrokken worden. Omdat de Belgische consument vooral “een aantrekkelijk filmaanbod aan een competitieve prijs in zijn omgeving” lijkt te missen (§535 van de geactualiseerde ontwerpbeslissing van 4 maart 2019), lijkt een overgangperiode die concurrenten toelaat om hun prijs en hun programmatie aan te passen, wel aan het proportionaliteitsbeginsel te beantwoorden. Het feit dat tal van concurrenten uitdrukkelijk verwijzen naar dit type van voorbereiding en zulke commerciële reactie volmaakt strookt met de bevindingen van het Auditoraat in de Consumentensurvey, onderstreept dat het gaat om valabele en realistische voorbereidingen.
72. Verder zijn er nog andere minder tijdsintensieve voorbereidingen, zoals de verbetering van het zaalcomfort of technologische innovaties in de bestaande zalen. Ook deze vragen slechts een beperkte tijd.
73. Door echter de voorbereidingswijze te weerhouden die het meeste tijd vraagt (bouw van een nieuw complex) en dit als norm te nemen voor een overgangperiode voor het gehele land, wordt de voorwaarde van proportionaliteit onder druk geplaatst en zelfs miskend. Om enig disruptief effect te vermijden zijn er immers minder verregaande en minder tijdrovende voorbereidingen die kunnen getroffen worden en is het al evenmin gepast om het integrale grondgebied van België te weerhouden, wat Pathé immers ook bevestigd heeft in de marktbevraging (§186 van Ontwerpbeslissing).
74. De verdere bespreking op basis van de bouw van een nieuw complex gebeurt dan ook onder dit uitdrukkelijk voorbehoud. Rekening houdend met het algemeen uitgangspunt van het Marktenhof strookt het niet met het proportionaliteitsbeginsel om de meest tijdrovende voorbereiding tot maatstaf te nemen als er aantoonbaar (en door de concurrenten bevestigde) alternatieve voorbereidingsmaatregelen zijn die aanzienlijk minder tijdrovend zijn.

## **2. Lopende voorbereidingen**

75. *Als de Ontwerpbeslissing al gevolgd wordt waar zij nieuwe complexen als referentiepunt neemt, mag de overgangperiode niet zo worden bepaald dat zij bescherming poogt te bieden aan projecten die nog niet zijn opgestart. Kinopolis meent dat anders oordelen immers zou neerkomen op een beloning voor inertie. Kinopolis meent begrepen te hebben dat het Auditoraat op dit punt op dezelfde golflengte zit.*
76. *In dat verband wenst Kinopolis in het bijzonder te verwijzen naar het feit dat het Mededingingscollege in de Beslissing van 2017 al had gesteld dat de vierde voorwaarde inzake organische groei integraal zou worden opgeheven met ingang van 31 mei 2019 (p. 230-231) en nieuwe oprichtingen in tussentijd zouden mogen worden voorbereid door Kinopolis (§35 van de beoordeling door het Mededingingscollege, p. 229). Deze Beslissing werd gepubliceerd op de website van de BMA, waardoor concurrenten op dat ogenblik al op de hoogte waren van het feit dat ze zich hierop moesten voorbereiden.*
77. *Met de Beslissing van 2018 hebben de concurrenten, voor zover nog nodig, een tweede waarschuwing gekregen. In die Beslissing werd een overgangperiode tot 26 april 2020 voorzien. Deze periode is intussen nagenoeg afgelopen.*
78. *Daarnaast heeft het Auditoraat bijzondere inspanningen geleverd om alle bioscoopuitbaters op de Belgische markt meermaals te bevragen. Deze bevragingen maakten uitdrukkelijk melding van het feit dat de opheffing van de voorwaarde inzake organische groei het centrale thema was.*
79. *De Ontwerpbeslissing (§343) bevestigt dan ook terecht dat “de opheffingsprocedure van Kinopolis reeds lang aansleept” en dat de concurrenten dus al “van een zekere de facto voorbereidingstijd [hebben] genoten”.*
80. *Tegen die achtergrond zou het dan ook manifest disproportioneel zijn om nog op te starten voorbereidingen die de vorm aannemen van een nieuwbouwcomplex als referentiepunt te nemen voor de bepaling van de overgangperiode. Kinopolis begrijpt dat het Auditoraat deze stelling bijtreedt en zij dus van oordeel is dat het enkel reeds opgestarte nieuwbouwprojecten zijn die door het Mededingingscollege in de afweging mogen worden betrokken. In dit kader stipt Kinopolis aan dat uiteraard niet elk opgestart nieuwbouwproject in de afweging kan en mag betrokken worden. Als een bioscoopuitbater de realisatie van zijn project laat aanslepen, kan hij bezwaarlijk van een disruptief effect gewagen. In datzelfde kader is een project maar van belang als de niet–realisatie ervan een merkbare impact heeft op de daadwerkelijke mededinging. Het mededingingsrecht is er immers niet om individuele initiatieven te beschermen, maar om de mededinging an sich te vrijwaren.*

3. *Relevante duurtijd van overgangperiode met oog op vermindering van disruptief effect met gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging*
81. *Hiernavolgende wordt enkel gesteld in de veronderstelling dat bij het bepalen van de duurtijd van de overgangperiode het van belang zou zijn om de doorlooptijden van nieuwbouwprojecten na te gaan en te bepalen wanneer projecten hun precair karakter verliezen en dient dus gelezen te worden onder het eerder vermelde voorbehoud van het spanningsveld tussen het proportionaliteitsbeginsel en het weerhouden van nieuwbouwcomplexen als het (enige) referentiepunt voor de bepaling van de overgangperiode.*
82. *De Ontwerpbeslissing is niet correct wanneer zij stelt dat “voor de bouw van een standalone bioscoop de concurrenten minstens 2 jaar nodig hebben voor de prospectie en de verkrijging van de bouwvergunning [en er daarna] nog tot 2 jaar nodig [is] voor de bouwwerken zelf” (§341). Deze termijnen zijn gebaseerd op de antwoorden van concurrenten tijdens de Marktbevraging van het Auditoraat. Het is evident dat de concurrenten er alle belang bij hebben om deze termijnen zo lang mogelijk te definiëren gezien zij de koppeling met onderhavige discussie over de overgangperiode maar al te goed hebben begrepen.*
83. *In dit kader verwijst Kinopolis naar de uitdrukkelijke opdracht die het Marktenhof heeft gegeven om te werken met “objectiveerbare omstandigheden [...] eigen aan de zaak”. Kinopolis stelt vast dat het Auditoraat, vermoedelijk om die reden, contact heeft gezocht met twee gespecialiseerde promotoren (Redevco en Wilhelm & Co). Deze promotoren nuanceren de gegevens die de concurrenten aanhalen. Zo geeft Redevco inderdaad aan dat een totale doorlooptijd 28 à 31 maanden bedraagt, dit is ongeveer anderhalf jaar minder dan de termijn van 4 jaar die in de Ontwerpbeslissing wordt vermeld. Kinopolis verwijst hierbij uitdrukkelijk naar paragraaf 275 van de Ontwerpbeslissing waarin de doorlooptijden voor de diverse fasen door Redevco worden uitgesplitst.*
84. *Wat het tijdstip betreft waarop een project zijn precair karakter verliest (en de realisatie ervan niet meer te lijden kan hebben van een disruptief effect), bevat de Ontwerpbeslissing twee aanknopingspunten:*
- *Voor projecten waarvoor een bioscoopuitbater met een promotor contracteert, bevestigt de Ontwerpbeslissing (§274 en 277) dat zulke overeenkomsten geen clausules bevatten die aan de promotor de mogelijkheid bieden om de contractuele relatie te beëindigen om met een andere bioscoopuitbater (lees: Kinopolis) in zee te kunnen gaan. Het is dan ook niet meer dan redelijk om te stellen dat een project zijn precair karakter in ieder geval verliest vanaf de ondertekening van de overeenkomst met de promotor.*
  - *Verder stelt het Auditoraat dat een “project naar alle redelijkheid en waarschijnlijkheid minder precair kan worden beschouwd” als de definitieve bouwvergunning is bekomen (§346 van de Ontwerpbeslissing). De Ontwerpbeslissing onderbouwt niet waarom dit tijdstip niet eerder kan*

*liggen, bijvoorbeeld op het moment dat de bouwgrond is gekocht of de bioscoopuitbater een aankoopoptie heeft bemachtigd die hij eenzijdig kan lichten.*

85. *Om de toets van de proportionaliteit en de effectiviteit te kunnen doorstaan, dient de overgangperiode in ieder geval uitdrukkelijk rekening te houden met de objectief vastgestelde gegevens die door promotoren worden aangereikt en het gegeven dat een project volgens het Auditoraat zijn precair karakter verliest vanaf de overeenkomst met de promotor of het verkrijgen van de bouwvergunning. Elke termijn die langer is dan de periode die nodig is om een project op die wijze te verankeren, dient in ieder geval volgens de redenering van het Auditoraat als niet proportioneel beschouwd te worden. De proportionaliteits- en effectiviteitstoetsing vereist dan ook dat concreet wordt nagegaan of er geen eerdere tijdstippen zijn (zoals bijvoorbeeld het moment van aankoop van de bouwgrond) die als referentiepunt dienen gebruikt te worden.*
86. *De stelling van de concurrenten om de voorbereidingsperiode te koppelen aan een economische bescherming van hun projecten (zo spreekt Pathé over “het volledig op de rails zetten van haar projecten”, heeft Imagix het over “commerciële haalbaarheid van nieuwbouwprojecten” en heeft UGC het over “projecten in een vergevorderd stadium”) kan dan ook onmogelijk worden weerhouden. Zulke economische bescherming valt overduidelijk onder de noemer van de anticompetitieve effecten waarnaar het Marktenhof verwijst en kan niet meer onder de term “voorbereiden” ondergebracht worden. Zulke bescherming is immers niets meer en ook niets minder dan afscherming tegen normale mededinging en gaat regelrecht in tegen het consumentenbelang (algemeen uitgangspunt).*
4. *Relevante geografische draagwijdte van overgangperiode met oog op vermindering van disruptief effect met gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging*
87. *Om de toets van de proportionaliteit en de effectiviteit te kunnen doorstaan, kan bezwaarlijk een overgangperiode voor het gehele grondgebied van België verantwoord worden als de reeds opgestarte projecten niet het gehele land dekken. Zoals hierna zal blijken, heeft het Auditoraat geen kennis van projecten voor het grootste deel van België. Het zou dan ook niet stroken met het proportionaliteits- en effectiviteitsbeginsel als desondanks het gehele grondgebied van België op een gelijke wijze aan een overgangperiode wordt onderworpen. Meer zelfs, het consumentenbelang wordt op die manier immers volledig uitgehold, terwijl het door het Marktenhof als algemeen uitgangspunt werd geponeerd. Ook deze toets vereist dus dat de overgangperiode kort gehouden wordt.*
5. *Relevante handelingen met oog op vermindering van disruptief effect met gevolgen voor de daadwerkelijke mededinging*
88. *Een absolute nieuwigheid, die in geen enkele van de vorige beslissingen van het Mededingingscollege in die zin aan bod is gekomen, is het voorgestelde verbod om gedurende één jaar geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen te stellen. Tot op heden heeft het*

*Mededingingscollege net de omgekeerde visie aangenomen en uitdrukkelijk toegelaten dat Kinopolis reeds voorbereidende rechtshandelingen stelt gedurende de overgangperiode. Het enige wat Kinopolis in die periode niet mocht doen, was een nieuw complex openen.*

89. *Nog naast de schending van het vertrouwensbeginsel (zie hierna paragrafen 109 tot en met 118), valt zulke bijkomende beperking niet te rijmen met het proportionaliteitsbeginsel. Deze beperking staat niet in verhouding tot het beoogde oogmerk en houdt een bijkomende vertraging in voor Kinopolis om het door het Marktenhof beoogde hoofddoel (algemeen uitgangspunt) te realiseren.*
90. *Het gebrek aan proportionaliteit wordt wel bijzonder scherp als hierbij het vorige punt (geografische reikwijdte) wordt betrokken. De extreme stelling van de Ontwerpbeslissing is dat Kinopolis gedurende één jaar geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen mag stellen zelfs in een regio waarin geen enkel project op de rails staat. Dit illustreert ten volle hoezeer de in de Ontwerpbeslissing voorgestelde regeling haaks staat op de toetsingscriteria die door het Marktenhof zijn voorgeschreven.*
91. *Het begrip “voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen” is niet eenduidig gedefinieerd waardoor het voer voor discussie kan vormen. Het onderscheid tussen dit begrip en andere voorbereidende handelingen leidt bijgevolg tot rechtsonzekerheid.*
92. *Tot slot stelt zich de vraag of, rekening houdend met het Arrest van 2019, het Mededingingscollege meer mag en kan doen dan het bepalen van een (nieuwe) overgangperiode zoals die voorheen bepaald is door het Mededingingscollege in 2017 en 2018. Nergens laat het Arrest van 2019 ruimte om, in de loop van de overgangperiode, een strenger regime (geen rechtshandelingen) te voorzien voor een eerste stuk ervan en een normaal regime (geen openingen) voor een tweede stuk.*

## **6. Concrete toepassing**

93. *Het Auditoraat heeft bij herhaling een marktbevraging gedaan om na te gaan welke concrete nieuwbouwprojecten momenteel effectief in voorbereiding zijn. Deze gegevens zijn van belang omdat het Marktenhof het Mededingingscollege uitdrukkelijk heeft opgedragen om zowel over de proportionaliteit, als de effectiviteit van de overgangperiode te waken en verder dat dit dient te gebeuren rekening houdend met objectiveerbare omstandigheden die eigen aan de zaak zijn.*
94. *Het relevante overzicht is opgenomen op p. 16 – 18 van de Ontwerpbeslissing (§66 – 78).*
95. *Vooreerst valt op dat in dit overzicht slechts zes bioscoopuitbaters vermeld worden. Dit aantal moet echter meteen gereduceerd worden tot 5, omdat voor Movie Mills gesteld wordt dat het bouwproject intussen “werd geannuleerd door de ontwikkelaar van het winkelcentrum” (§76 van de Ontwerpbeslissing). Movie Mills heeft dus op dit ogenblik geen nieuwbouwproject in voorbereiding.*

96. *Verder valt op dat het project van Lumière de verbouwing van de oude Stadsfeestzaal te Mechelen betreft en “[de] opening is voorzien in 2021” (§78 van de Ontwerpbeslissing). Kinapolis is dan ook van oordeel dat dit project zich in een dusdanig vergevorderd stadium bevindt dat het onmogelijk nog als precair of vatbaar voor enig disruptief effect kan beschouwd worden.*
97. *Voor Belga Films stelt Kinapolis vast dat “zij een akkoord hebben gesloten met het commercieel Shoppingcenter Mediacité te Luik” (§75 van de Ontwerpbeslissing). Ook dat project ligt dus vast en kan onmogelijk nog als precair en vatbaar voor enig disruptief effect beschouwd worden. In dat kader kan verwezen worden naar de opmerking van Wilhelm & Co en Redevco dat dit type van overeenkomsten geen uitstapclausule bevat voor de promotor.*
98. *Voor Imagix wordt verwezen naar “twee concrete projecten in het zuiden van België” (§73 van de Ontwerpbeslissing). De beschrijving van deze projecten blijft erg vaag en bevat zelfs geen precieze geografische aanduiding. Kinapolis stelt echter vast dat het Auditoraat van deze beide projecten reeds in kennis is gesteld uiterlijk in het kader van de marktbevraging die geleid heeft tot de ontwerpbeslissing van 3 maart 2019 (ibid.). Deze projecten zijn dan ook minstens reeds een jaar oud. Verder noteert Kinapolis dat Imagix hiervoor over aankoopopties op de grond lijkt te beschikken, waarvan gesteld wordt dat hierdoor “zekerheid ontstaat rond de mogelijke latere aankoop” (§74 van de Ontwerpbeslissing).*
99. *De twee resterende bioscoopuitbaters zijn UGC en Pathé. Kinapolis is stellig van oordeel dat deze kapitaalcrachtige internationale concurrenten onmogelijk op een geloofwaardige wijze aanspraak kunnen maken op bescherming tegen enig vermeend disruptief effect. Zulke bescherming komt neer op een vorm van marktverdeling met behulp van de mededingingsautoriteit en heeft niets te maken met de mogelijke bezorgdheid die aan het Arrest van 2019 ten grondslag kan liggen. De hierna volgende opmerkingen worden dan ook in zeer ondergeschikte orde geformuleerd en in de onwaarschijnlijke hypothese dat het Mededingingscollege zou willen meewerken aan een marktverdeling ten voordele van twee grote, internationale concurrenten.*
100. *Wat Pathé betreft, stelt Kinapolis vast dat het stuk voor stuk om projecten gaat die overgenomen zijn van Eurocoop. Verder bevestigt de Ontwerpbeslissing (§70) dat ieder van deze projecten minstens reeds in de aanloop naar de ontwerpbeslissing van maart 2019 aan het Auditoraat was gemeld in antwoord op verzoeken om inlichtingen die dateren van december 2018. Het gaat bijgevolg om projecten die minimum minimorum reeds meer dan een jaar in voorbereiding zijn. Tot slot stelt Kinapolis vast dat Pathé bijzonder weinig informatie geeft en in de niet-vertrouwelijke versie van de tekst tot tweemaal toe wordt aangestipt dat een en ander “vergevorderd” zou zijn.*
101. *Wat UGC betreft, zou het om twee projecten gaan waarvoor de onderneming een samenwerking is aangegaan met een vastgoedontwikkelaar (§66-68 van de Ontwerpbeslissing). De beschrijving is zeer vaag gehouden en Kinapolis stelt zich de vraag hoeveel inzicht het Auditoraat is gegeven in deze projecten. In ieder geval stelt Kinapolis vast dat ook deze beide projecten reeds aan het*

*Auditoraat gemeld werden in antwoord op de verzoeken om inlichtingen van december 2018. Ook hier gaat het dus om projecten die minstens reeds meer dan een jaar oud zijn.*

## **7. Conclusies**

- 102. Rekening houdend met de toetsingscriteria van de proportionaliteit en de effectiviteit, ontgaat het Kinopolis hoe een overgangperiode van drie jaar voor geheel België deugdelijk en afdoend kan verantwoord worden als rekening wordt gehouden met de concrete en objectieve omstandigheden die uit de Marktbevraging naar voren komen. Zulke overgangperiode miskent de door het Marktenhof aangereikte criteria over de gehele lijn.*
- 103. De Ontwerpbeslissing lijkt vooreerst vast te stellen dat uit de Marktbevraging volgt dat concurrenten zich op verschillende manieren kunnen voorbereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei en deze aanzienlijk minder tijdrovend zijn dan de bouw van een nieuw complex. Nochtans miskent het Auditoraat haar vaststelling volledig door voor het bepalen van de overgangperiode enkel bouwprojecten in aanmerking te nemen. Een dergelijke analyse schendt onmiskenbaar de proportionaliteitstoets die door het Marktenhof is vastgesteld in het Arrest van 2019. Immers, als het Marktenhof voor ogen zou hebben gehad om middels de overgangperiode concurrenten toe te laten zich voor te bereiden door een nieuw complex te bouwen, had het dit ongetwijfeld geponeerd in het Arrest van 2019.*
- 104. Niettegenstaande hetgeen hierboven is vermeld en indien men de overgangperiode louter zou bepalen aan de hand van nieuwbouwprojecten van concurrenten, dan nog is de analyse van het Auditoraat niet consistent. Immers, als rekening wordt gehouden met het feit dat de in de Ontwerpbeslissing vermelde projecten minstens allemaal reeds een jaar lopende zijn en verder met de tijdslijn die het Auditoraat van projectontwikkelaars bekomen heeft, ziet Kinopolis niet in hoe een overgangperiode van meer dan een jaar kan verzoend worden met de proportionaliteit en de effectiviteit die het Marktenhof gewaarborgd wil zien.*
- 105. Verder mag niet vergeten worden dat zowel in de Beslissing van 2017 als van 2018 reeds een overgangperiode voorzien was die respectievelijk zou verstreken zijn op 31 maart 2019 en 26 april 2020 en in het kader van de Beslissing van 2019 er zelfs geen overgangperiode meer voorzien was voor bioscopen van een bepaalde taille. Het is dan ook onmiskenbaar dat de concurrenten zich reeds geruime tijd hebben kunnen voorbereiden op een opheffing van de betreffende voorwaarde en bij het bepalen van een verdere overgangperiode hiermee rekening dient gehouden te worden.*
- 106. In dit kader stipt Kinopolis aan dat de Ontwerpbeslissing (§343) ook uitdrukkelijk verwijst naar de “de facto voorbereidingstijd” waarvan de lopende projecten reeds hebben kunnen genieten. Verder wijst de Ontwerpbeslissing (ibid.) op het feit dat de lopende projecten “voortgang hebben geboekt”. De Ontwerpbeslissing stelt dan: “De auditeur beschouwt bijgevolg dat een overgangperiode korter kan zijn”. Desondanks wordt besloten tot een overgangperiode die*



*langer is dan enige die in het verleden door enig Mededingingscollege of door het Auditoraat zelf is voorgesteld. Begrijp wie kan.*

107. *Een verder probleem in dit kader is de geografische reikwijdte van het overgangsregime. Het is disproportioneel om de overgangsperiode te bepalen aan de hand van opgestarte nieuwe complexen en de periode onverkort te laten gelden voor geheel België waar voor het grootste deel van het grondgebied geen sprake is van enig opgestart nieuwbouwcomplex.*
108. *Een verder proportionaliteits- en effectiviteitsprobleem stelt zich waar de Ontwerpbeslissing voor een deel van de overgangsperiode daarenboven nog eens een verstrengd regime voorziet (geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen voor geheel België) waarvoor in geen enkele eerdere beslissing van de BMA noch in het Arrest van 2019 enig aanknopingspunt kan gevonden worden.*

**C. *Bepaling van de overgangsperiode rekening houdend met het criterium van de passendheid***

**1. *Vertrouwensbeginsel (consistente beslissingspraktijk)***

109. *Het Hof van Beroep te Brussel heeft uitdrukkelijk geoordeeld dat de rechtszekerheid ten behoeve van ondernemingen vergt dat bij ongewijzigde regelgeving de beslissingspraktijk van de mededingingsautoriteit ook consistent blijft (§77 van het Arrest van 2008). Kinopolis koppelt deze overweging aan het criterium van het passend karakter van de overgangsperiode.*
110. *Zoals hierna zal blijken, staat de voorgestelde overgangsperiode van drie jaar (met eraan gekoppeld een supplementaire beperking gedurende het eerste jaar) haaks op enig voorstel van het Auditoraat en enige beslissing die het Mededingingscollege in dit dossier ooit heeft genomen.*
111. *In de Beslissingen van 2017 en 2018 besliste het Mededingingscollege op basis van de positief geëvolueerde marktomstandigheden dat de vierde voorwaarde inzake organische groei integraal kon worden opgeheven. Er gold een overgangsperiode van twee jaar, gedurende dewelke Kinopolis voorbereidende handelingen kon stellen met het oog op de toekomstige oprichting van nieuwe complexen. Deze beide beslissingen werden uitsluitend om procedurele redenen vernietigd. Op inhoudelijk vlak werd de BMA niet tegengesproken door het Hof.*
112. *In de procedures die geleid hebben tot de Beslissingen van 2017 en 2018 achtte het Auditoraat zelfs geen overgangsperiode nodig voor kleinere complexen (tot 7 zalen en 1.125 zetels). Het Auditoraat stelde dus voor dat Kinopolis meteen mocht overgaan tot de opening van deze kleinere complexen. Het ontgaat Kinopolis hoe een algemene overgangsperiode van drie jaar die nu wordt voorgesteld kan verzoend worden met de stelling die vanaf 2017 systematisch werd weerhouden. Deze contradictorische houding schendt het vertrouwensbeginsel.*
113. *In de Beslissing van 2019 besliste het Mededingingscollege, op basis van de ontwerpbeslissing van het Auditoraat, tot de opheffing van de vierde Voorwaarde inzake oprichting van bioscopen voor*

zover het de oprichting betreft van een bioscoop van 7 zalen of minder, en van 1.125 zetels of minder (mits bepaalde voorwaarden werden gerespecteerd). Kinopolis moest hiervoor geen overgangperiode respecteren.

114. De Ontwerpbeslissing rept met geen woord over deze inconsistenties.
  115. Als de BMA het principe van de consistente beslissingspraktijk (dat niet meer of niet minder is dan een concretisering van het vertrouwensbeginsel) wil respecteren, kan zij onmogelijk een langere overgangperiode dan twee jaar voorzien en kan zij hierbij Kinopolis niet opleggen om geen voorbereidende handelingen te stellen. Integendeel dient de BMA rekening te houden met de markante ontwikkelingen die zich sinds voormelde beslissingen hebben voorgedaan en die een belangrijke impact hebben op de marktstructuur (overname van Euroscop door Pathé in het najaar van 2019; verdere daling van het marktaandeel van Kinopolis in 2019; de verdere consolidatie tussen Amerikaanse wereldspelers inzake film distributie en met name de overname van Fox door Disney die in maart 2019 afgerond werd; enz) waarmee het Mededingingscollege in het verleden nog geen rekening heeft gehouden en die alle wijzen op een gewijzigde marktsituatie die een kortere overgangperiode dan de in eerdere beslissingen weerhouden periodes van twee jaar vereist.
  116. Een belangrijke bijkomende moeilijkheid is dat de Ontwerpbeslissing uitdrukkelijk bevestigt dat de concurrenten intussen “een zekere de facto voorbereidingstijd” (en dus overgangperiode) hebben genoten sinds die eerdere Beslissingen. In het kader van het passend karakter van de overgangperiode dient deze voorbereidingstijd dan ook verrekend te worden bij de bepaling van de overgangperiode. Het zou niet passend zijn dat het Mededingingscollege met dit gegeven geen rekening houdt.
  117. Het zou verder strijdig met eerdere beslissingen zijn evenals met het Arrest 2019, indien bijkomende en bovendien onduidelijk geformuleerde restricties gedurende een eerste deel van de overgangperiode (geen voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen) zouden opgelegd worden.
  118. Met respect voor voorgaande vaststellingen dient het Mededingingscollege dan te bepalen welke (kortere) overgangperiode gepast is rekening houdend met de toetsingscriteria van de proportionaliteit en de effectiviteit.
- 2. Bescherming van het Europees en Belgisch mededingingsrecht**
119. Het Marktenhof heeft uitdrukkelijk gewezen op het feit dat concrete laakbare handelingen van Kinopolis die uitgaan van marktmacht moeten geacht geredieerd te kunnen worden met behulp van de WER en de Europese mededingingsregels. Enige overgangperiode die wordt gedefinieerd rekening houdend met het risico op zulke handelingen miskent dan ook de visie van het Marktenhof en kan dan ook onmogelijk als passend bestempeld worden.

120. Ook om die reden kan de extra modaliteit aan de overgangperiode, namelijk het verbod op voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen, niet weerhouden worden. Het is niet duidelijk voor Kinopolis wat met dit vaag geformuleerde verbod precies beoogd en bedoeld wordt. Echter, als het Auditoraat vreest dat Kinopolis mededingingsrechtelijk laakbare handelingen zou stellen, heeft het Marktenhof uitdrukkelijk gewezen op de bescherming die sowieso voortvloeit uit het Europese en Belgische mededingingsrecht en de hiermee gepaard gaande handhavingsprocedures.

**3. Risico op een overgangperiode met anticompetitieve en discriminerende effecten**

121. Kinopolis stelt vast dat UGC en Pathé (Eurocoop) zich bijzonder roeren in deze procedure. De meeste projecten die onder de aandacht van het Auditoraat zijn gebracht (§66-72 van de Ontwerpbeslissing) betreffen deze beide internationale en kapitaalkrachtige concurrenten.

122. Pathé eist een minimum overgangperiode van 4 jaar (§191 van de Ontwerpbeslissing) en UGC van drie jaar (§206 van de Ontwerpbeslissing). Het Mededingingscollege kwalificeert deze eisen best voor wat ze werkelijk zijn. Met de hulp van de BMA willen deze grote concurrenten bescherming bekomen tegen de concurrentie van Kinopolis. Dit houdt een manifeste discriminatie van Kinopolis in en druist werkelijk in tegen de meest fundamentele principes van de vrije mededinging.

**D. Afweging van economische en sociale gegevens**

123. Het bepalen van de overgangperiode impliceert volgens het Arrest van 2019 verder een afweging van economische en sociale gegevens. Hoger werden vooral reeds enkele economische gegevens onder de aandacht gebracht.

124. Kinopolis wenst hierbij aanvullend aan te geven dat de beperkingen inzake organische groei niet alleen contraproductieve gevolgen voor consumenten met zich meebrengen, maar ook de werkgelegenheid niet ten goede komen. Het hoeft geen betoog dat het uitstellen van nieuwe projecten van Kinopolis en haar concurrenten een gemiste kans is op het vlak van tewerkstelling.

125. Het moet dan ook de bedoeling zijn een overgangperiode te bepalen waarbij ook deze gevolgen zo snel mogelijk worden geneutraliseerd.

**V. Conclusie**

126. Kinopolis stelt formeel dat een overgangperiode van drie jaar indruist tegen nagenoeg alle criteria die door het Marktenhof aan het Mededingingscollege zijn opgedragen. Er zijn evenwel nog verschillende andere economische gegevens die in eerdere procedures aan bod zijn gekomen en waarmee rekening dient te worden gehouden. Een markant voorbeeld hiervan is de vaststelling dat Kinopolis minstens in Brussel niet over een machtspositie beschikt op de lokale vertoningsmarkten.

127. Kinopolis is van oordeel dat een overgangperiode die langer is dan één jaar of bijkomende onduidelijke modaliteiten oplegt inzake het al dan niet stellen van bepaalde handelingen, in ieder

*geval niet voldoet aan de toetsingscriteria van het Marktenhof in het licht van de volgende factoren:*

- de negatieve gevolgen voor de consument resulterende uit een stand still voor het ganse Belgische grondgebied;*
- het risico op anti-competitieve en discriminatoire gevolgen voor Kinopolis onder meer door internationale concurrenten zoals UGC en Pathé de komende drie jaar te vrijwaren van enige concurrentie door Kinopolis;*
- de ingrijpend gewijzigde marktomstandigheden sinds respectievelijk eerdere beslissingen en het Arrest van 2019;*
- het vertrouwensbeginsel;*
- het feit dat concurrenten zich op verschillende manieren kunnen voorbereiden op de opheffing van voorwaarde 4, waaronder weinig tijdsintensieve manieren zoals aanboddiversificatie, prijszetting, opfrissingen van de infrastructuur;*
- het feit dat de in het kader van het begin 2019 gevoerde onderzoek naar het Actualisatieverzoekschrift aan het Auditoraat meegedeelde nieuwbouwprojecten reeds een de facto voorbereidingstijd hebben gehad van meer dan een jaar waarbij verder niet mag vergeten worden dat de concurrenten reeds een eerste signaal hebben gehad met de Beslissing van 31 mei 2017, hetgeen intussen twee jaar en acht maanden geleden is.*

## **V. Schriftelijke opmerkingen van Imagix**

34. De derde legde voor wat volgt:

### *I. INLEIDING*

- 1. Op 29 januari 2020 heeft het Mededingingscollege een niet-vertrouwelijke versie van het voorstel van beslissing van het Auditoraat van 21 januari 2020 in zaak MEDE-C/C-17/0014 (« **Voorstel** ») aan Imagix meegedeeld. Conform artikel IV.65, §2 Wetboek Economisch Recht (“**WER**”) beschikt Imagix over het recht om op het Voorstel schriftelijk te reageren binnen een termijn die verstrijkt drie dagen voor de zitting van het Mededingingscollege. De zitting is vastgesteld op 7 februari 2020. Deze opmerkingen zijn ingediend op 3 februari 2020, hetgeen binnen de wettelijk vastgestelde termijn is.*
- 2. Gelet op de zeer korte termijn voor het indienen van opmerkingen, zullen de hieronder uiteengezette opmerkingen van Imagix zich beperken tot de bevindingen van het onderzoek en vooral het uiteindelijke voorstel. Voor het overige wordt verwezen naar het dossier van het Auditoraat waarin onder andere de meer uitvoerige antwoorden van Imagix zijn vervat.*
- 3. Voorafgaandelijk, zoals ook gevraagd aan het Auditoraat (zie Voorstel paragraaf 212), verzoekt Imagix het Mededingingscollege om de uiteindelijke beslissing te nemen onder uitdrukkelijk*

voorbehoud van een eventueel verbreekingsarrest van het Hof van Cassatie. Dit om te vermijden dat een eventuele verbreking van het arrest van het Marktenhof van 23 oktober 2019 (“Arrest”), dat de enige grond vormt van de huidige procedure, geen praktische uitwerking heeft. Imagix noteert dat de termijn om een voorziening in cassatie tegen het Arrest in te stellen slechts begin maart 2020 verstrijkt.

## II. INSTRUCTIES VAN HET MARKTENHOF IN HET ARREST

4. Het Marktenhof heeft in het Arrest volgende instructies aan de BMA meegegeven wat betreft het bepalen van een overgangperiode:

*“(…) Het Marktenhof overweegt echter ook dat de onmiddellijke en integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei de daadwerkelijke mededinging zou kunnen beperken gelet op het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinopolis. Om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, verwijst het Marktenhof de zaak opnieuw naar de BMA die zal oordelen, rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarginen van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert, over een overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is. Het Marktenhof zal evenwel toezicht kunnen uitoefenen en met name desgevallend erop toezien of de BMA objectiveerbare omstandigheden aanhaalt eigen aan de zaak die een welbepaalde overgangperiode al dan niet deugdelijk en afdoend kunnen verantwoorden.”*

Hieruit moet het volgende worden afgeleid:

- Een overgangperiode moet worden opgelegd;
- Deze overgangperiode moet een disruptief effect op de concurrenten van Kinopolis vermijden hetgeen betekent dat deze concurrenten zich moeten kunnen voorbereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei;
- De opgelegde overgangperiode moet proportioneel, passend en effectief zijn en mag dus geen maatregel zonder praktisch gevolg zijn; en
- De BMA moet objectiveerbare omstandigheden aanhalen eigen aan de zaak.

## III. VOORSTEL

5. Het Voorstel houdt het volgende in.

- Een overgangperiode van drie jaar vanaf de beslissing; tijdens deze periode kan Kinopolis in België geen nieuwe bioscopen openen, behoudens mits voorafgaande toestemming van de BMA;*
- Een verbod voor Kinopolis om gedurende één jaar vanaf de beslissing voorbereidende handelingen met rechtsgevolgen te stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België;*

- iii. *De mogelijkheid voor Kinopolis om gedurende de overblijvende twee jaren van de overgangperiode alle mogelijke handelingen te treffen met het oog op het bouwen van een bioscoop, mits deze bioscoop tijdens deze periode niet effectief in exploitatie wordt genomen.*

#### **IV. BESPREKING**

##### **A. UNIEKE POSITIE VAN IMAGIX**

6. *Bij wijze van inleiding is het nuttig om nogmaals te wijzen op de specifieke situatie van Imagix. Imagix is een regionale speler die momenteel drie bioscoopcomplexen in Wallonië exploiteert (Bergen, Doornik en Hoei). Imagix heeft een vernieuwend aanbod en is een challenger op de markt. Op dit moment mist Imagix echter de schaalgrootte om de strijd te kunnen aangaan met een dominante speler als Kinopolis. Imagix is bovendien geen onderdeel van een groep die internationaal actief is en beschikt derhalve niet over de middelen die deze groepen hebben. Als relatieve nieuwkomer op de markt is zij daarom bijzonder kwetsbaar voor de disruptieve effecten van de opheffing van de vierde voorwaarde, gekoppeld aan een overgangperiode die niet zou voldoen aan de eisen van het Arrest.*
7. *De bijzondere positie van Imagix onderscheidt haar van (i) enerzijds de grote bioscoopuitbaters zoals uiteraard Kinopolis maar ook UGC en Pathé en (ii) anderzijds de kleine, lokale bioscoopuitbaters. De unieke positie van Imagix wordt in het Voorstel bevestigd (zie paragraaf 289).*
8. *Imagix is zich goed bewust van haar precare situatie en werkt al enkele jaren aan een strategisch groeitraject. Deze groei (die de facto enkel kan komen van nieuwe complexen) is kritisch voor het overleven van Imagix. Imagix werkt momenteel op een aantal projecten, waarvan ze de details heeft meegedeeld aan het Auditoraat. Het Voorstel bevestigt dit.*
9. *De projecten van Imagix situeren zich in het Zuiden van België. Kinopolis heeft al meermaals publiek aangegeven dat zij uitbreidingsmogelijkheden ziet in Wallonië, hetgeen uiteraard zeer bedreigend is voor de projecten (en bestaande bioscopen) van Imagix. Het ontbreken van een effectieve overgangperiode zou de uitbreidingsplannen van Imagix zeer sterk hypothekeren en naar alle waarschijnlijkheid beëindigen. Een gedwongen stopzetting van haar uitbreidingsplannen betekent de facto het einde van Imagix als laatste onafhankelijke regionale speler in België, hetgeen de mededinging niet ten goede komt.*

##### **B. DE ARGUMENTEN VAN KINEPOLIS**

10. *Kinopolis vraagt om de overgangperiode te beperken tot één jaar na de door het Mededingingscollege te nemen beslissing, zonder enige beperking op het vlak van voorbereidende handelingen (Voorstel paragraaf 150). Dit is niet ernstig. Het betekent immers dat Kinopolis de BMA verzoekt om een overgangperiode op te leggen die minder lang is dan de duur die Kinopolis hoe dan ook nodig zou hebben om een cinemacomplex op te richten. Bovendien zou dit Kinopolis toelaten om concurrerende projecten te ondermijnen (cf. infra in dit verband). Dit komt neer op een niet-effectieve overgangstermijn en de facto een onmiddellijke opheffing van de beperking op organische groei. Het spreekt voor zich dat dit niet de bedoeling van het Marktenhof kan zijn geweest.*
11. *De argumenten die Kinopolis ter ondersteuning van haar standpunt inroept snijden geen hout.*

- De concurrenten kunnen zich niet op verschillende wijzen voorbereiden (paragrafen 118 tot 125 Voorstel): Kinopolis meent dat niet enkel de uitbreiding door oprichting maar ook de verbetering van bestaande complexen en/of de uitbreiding door overname een voldoende voorbereiding op haar organische groei zou moeten zijn.

Het Auditoraat heeft dit argument weerlegd. Het Auditoraat stelt terecht dat in het kader van de vaststelling van een pertinente overgangperiode enkel de tijd noodzakelijk voor de realisatie van nieuwe bioscopen (of de eveneens tijdsintensieve uitbreiding van bestaande complexen) in aanmerking dient te worden genomen (Voorstel, paragraaf 335). Inderdaad is het verkrijgen van voldoende schaalgrootte door middel van oprichting/uitbreiding van bioscoopcomplexen het enige doeltreffend concurrentieel verweer tegen de uitbreidingsplannen van Kinopolis.

Imagix voegt hier nog aan toe dat, gelet op de aard van de resterende spelers, overnames geen opties zijn en in geen geval zullen leiden tot een sterker tegengewicht tegen Kinopolis. Het argument van de overnames is overigens eigenaardig aangezien dit enkel tot verdere concentratie leidt en dus de mededingingsstructuur in geen geval verbetert.

- De overgangperiode is niet bedoeld voor de bescherming van individuele concurrenten (paragrafen 126 tot 130): Kinopolis herhaalt haar eerdere argumentatie dat de vierde voorwaarde inzake oprichting moet worden opgeheven omdat deze niet meer nodig zou zijn voor de bescherming van de daadwerkelijke mededinging.

Dit debat is achterhaald. Het Marktenhof heeft beslist dat een overgangperiode noodzakelijk is voor de handhaving van de daadwerkelijke mededinging. Het Arrest stelt daarbij dat “de onmiddellijke en integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei de daadwerkelijke mededinging zou kunnen beperken gelet op het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van Kinopolis.”

In ieder geval staat vast dat de bescherming van de concurrenten en de bescherming van de daadwerkelijke mededinging in casu geen tegenstrijdige doelstellingen betreffen (zoals ook aangegeven door het Marktenhof).

Zoals reeds vermeld en hieronder ook verder uitgewerkt is een effectieve overgangperiode absoluut noodzakelijk voor Imagix om de concurrentie met een verder groeiend Kinopolis te kunnen aangaan. Bij gebrek hieraan zal Imagix als onafhankelijke speler uit de markt verdwijnen, hetgeen zal leiden tot een nog sterkere concentratie op de markt. Dit zou manifest nadelig zijn voor de mededinging. Het behoud van de enige nog resterende onafhankelijke regionale speler is dus essentieel voor het beschermen van de daadwerkelijke mededinging.

- De concurrenten bereiden zich al voor sinds 31 mei 2017 (paragrafen 131 tot 136 Voorstel): Het spreekt voor zich dat ook deze redenering verworpen moet worden.

Vooreerst gaat Kinopolis uit van de absurde premisse dat concurrenten al sinds 31 mei 2017 wisten dat de vierde voorwaarde inzake organische groei wellicht opgeheven of minstens

*versoepeld zou worden. Kinopolis gaat zelfs zover om te beweren dat dit al meer dan twaalf jaar in de lucht hangt (Voorstel, paragraaf 135).*

*Dit is nergens op gebaseerd en blijkt zeker niet uit het Arrest. Indien het Marktenhof gemeend zou hebben dat concurrenten reeds beschikten over een overgangperiode dan zou het inderdaad geen gewag hebben gemaakt van risico's als gevolg van een "onmiddellijke" opheffing.*

*Het is slechts het Arrest dat zekerheid heeft gecreëerd over het aflopen van de voorwaarde inzake organische groei (onder voorbehoud van de nog te bepalen overgangperiode). Vóór het Arrest bestond hierover grote onzekerheid.*

- *Het Marktenhof wijst op de risico's bij het behoud van de voorwaarde (paragrafen 137 tot 143 Voorstel): Opnieuw is dit een debat uit het verleden, dat zonder voorwerp geworden is door het Arrest.*

*Het Marktenhof heeft gewezen op de risico's bij het behoud van de vierde voorwaarde inzake oprichting en heeft om die reden deze voorwaarde opgeheven. Desalniettemin oordeelde het Marktenhof eveneens dat een effectieve overgangperiode moest worden vastgesteld.*

*Met de door Kinopolis ingeroepen risico's werd dus reeds rekening gehouden in het Arrest. Deze risico's nu opnieuw inroepen om een ineffectieve en/of te korte overgangperiode vast te leggen, kan niet in overeenstemming zijn met het Arrest.*

- *De marktomstandigheden zijn intussen ingrijpend gewijzigd (paragrafen 144 tot 148 Voorstel): De door Kinopolis ingeroepen gewijzigde marktomstandigheden (ten gevolge van de overname van Euroscop door Pathé) zijn in het kader van huidige procedure volstrekt irrelevant. Imagix sluit zich op dit punt aan bij de auditeur.*

*Onderhavige procedure dient er louter toe om het Arrest te doen naleven. Dit Arrest stelt enkel dat een effectieve overgangperiode moet worden vastgesteld om concurrenten toe te laten om zich voor te bereiden.*

*Overigens heeft de overname van Euroscop door Pathé enkel gevolgen voor de risico's die Pathé/Euroscop loopt bij de opheffing van de vierde voorwaarde inzake oprichting. Voor Imagix blijven de risico's uiteraard dezelfde. Verder blijft Kinopolis de enige dominante speler op de Belgische markt (de overname van Euroscop wijzigt deze situatie niet) en heeft het Marktenhof bevestigd dat in die context een adequate bescherming van alle concurrenten vereist is bij opheffing van de vierde voorwaarde. Zoals hierboven aangetoond is het essentieel voor de handhaving van de daadwerkelijke mededinging dat Imagix de kans krijgt om zich verder te ontwikkelen en daardoor op de markt te blijven.*

## **C. HET VOORSTEL VOLDOET NIET AAN DE VEREISTEN VAN HET MARKTENHOF**

### Overgangperiode van drie jaar



12. *De auditeur stelt een overgangperiode van drie jaar voor, waarbij Kinopolis het recht behoudt om tijdens deze periode nieuwe bioscopen te openen mits voorafgaande toestemming van de BMA.*
13. *Imagix kan zich vinden in de voorgestelde overgangperiode van drie jaar. De kritiek van Imagix betreft echter de door de auditeur voorgestelde regeling inzake voorbereidende handelingen door Kinopolis.*

*Over de noodzaak van voorbereidende handelingen*

14. *Imagix volgt de auditeur die voorstelt om tijdens de overgangperiode eveneens een regeling uit te werken voor voorbereidende handelingen die Kinopolis kan nemen met het oog op de periode na het verstrijken van de overgangperiode.*
15. *Een overgangperiode die “proportioneel, passend en effectief” is, vereist inderdaad dat Kinopolis tijdens deze periode geen voorbereidende handelingen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België mag stellen. Dergelijk verbod op voorbereidende handelingen betreft een verstrenging van de modaliteiten ten opzichte van de eerdere situatie, te weten een niet-aflopend verbod tot oprichting (behoudens voorafgaande toestemming van de BMA). Zoals het Voorstel terecht opmerkt, is dergelijke verstrenging echter verantwoord door het feit dat de eindigheid van bovenvermeld verbod het ontradende karakter van de vierde voorwaarde inzake organische groei sterk doet afnemen of zelfs wegneemt.*
16. *Met andere woorden, zoals reeds aangegeven door Imagix (zie paragrafen 226 tot 230 Voorstel), heeft het aflopend karakter van de overgangperiode tot gevolg dat voorbereidende handelingen door Kinopolis – zelfs zonder opzet – op zichzelf reeds negatieve gevolgen voor concurrenten en voor de mededinging met zich kunnen brengen. Zoals ook omstandig door de overige bevragede marktpartijen uiteengezet (Pathé in paragrafen 195 tot 197 Voorstel en UGC in paragrafen 207 tot 2011 Voorstel) zal een overgangperiode de concurrenten niet toelaten “zich voor te bereiden (...)” indien dergelijke voorbereidende handelingen tijdens de overgangperiode zouden worden toegelaten. UGC verwijst in dit verband terecht naar het Mediacité-project.*
17. *Imagix is het dus eens met de noodzaak van beperkingen op voorbereidende handelingen door Kinopolis. Imagix heeft echter bedenkingen bij enkele van de voorgestelde modaliteiten.*

*Ook voorbereidende handelingen zonder rechtsgevolgen moeten (tijdelijk) verboden worden*

18. *In tegenstelling tot wat het Voorstel voorhoudt, beperken de aangegeven risico's zich niet enkel tot handelingen die rechtsgevolgen met zich meebrengen. Ook voorbereidende handelingen zonder rechtsgevolgen die niet louter intern zijn – zoals persberichten, al dan niet gerichte perslekken, informele contacten met projectontwikkelaars, politici, financiers, etc. – zullen lopende projecten van concurrenten in gevaar brengen.*
19. *Daarom moeten ook voorbereidende handelingen zonder rechtsgevolgen die niet louter intern zijn (tijdelijk) verboden worden.*

*Het verbod op voorbereidende handelingen moet gelden voor de volledige overgangperiode en niet voor slechts één jaar*

20. *Het voorgestelde verbod van voorbereidende handelingen is te kort en impliceert een effectieve overgangperiode van slechts één jaar. De mogelijkheid voor Kinopolis om voorbereidende handelingen (al dan niet met rechtsgevolgen) te treffen heeft immers tot gevolg dat Kinopolis in feite al na één jaar het nodige kan doen om projecten van concurrenten in gevaar te brengen (al dan niet met opzet).*
21. *De toelating voor Kinopolis om voorbereidende handelingen te treffen heeft dus tot gevolg dat de laatste twee jaren van de driejarige overgangperiode niet meer “passend en effectief” zijn. Het Auditoraat bevestigt dit expliciet in paragrafen 361 en 364 van het Voorstel door aan te geven dat de periode van twee jaar overeenkomt met de periode die Kinopolis zelf nodig zou hebben om een cinemacomplex op te richten. Hiermee erkent het Auditoraat dat de periode van twee jaar volgend op de eenjarige effectieve overgangperiode “dus geen echte belemmering voor Kinopolis” is. Door zelf projecten op te starten (weliswaar zonder ze vooralsnog te exploiteren) krijgt Kinopolis met andere woorden een vrijbrief om in deze periode projecten van concurrenten te dwarsbomen.*
22. *Het Auditoraat motiveert het Voorstel in dit verband louter als volgt:*
- “349. In de eerste periode moeten de concurrenten beschermd worden tegen alle handelingen van Kinopolis met juridische gevolgen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België. Dit betekent dat het Kinopolis verboden wordt om handelingen met juridische gevolgen te stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België.*
- 350. In de tweede periode is het mogelijk om een minder verregaande bescherming te voorzien voor de concurrenten aangezien het verkrijgen van een vergunning er toe leidt dat een project minder kwetsbaar is. In deze fase is het mogelijk voor Kinopolis om alle mogelijke handelingen te treffen met het oog op het bouwen van een bioscoop zonder de daadwerkelijke exploitatie.”*
23. *Het uitgangspunt van het Auditoraat schijnt dus te zijn dat binnen het eerste jaar alle bouwvergunningen voor concurrerende projecten zullen zijn toegekend. Wat Imagix betreft, klopt dit niet. Imagix verwacht hoogstens voor één project een bouwvergunning te verkrijgen binnen het eerste jaar. In de huidige marktcontext biedt het verkrijgen van dergelijke bouwvergunning echter geen voldoende zekerheid. Indien Kinopolis, zoals voorgesteld door de auditeur, voorbereidende handelingen voor de oprichting van een naburig complex mag treffen na het verstrijken van één jaar, kan het betrokken project immers nog steeds in gevaar gebracht worden. Voor een ander project hoopt Imagix pas tegen het einde van 2022 een definitieve bouwvergunning te verkrijgen (dus slechts in het derde jaar). Het Voorstel voorziet dus in een overgangperiode die niet effectief is voor wat betreft de lopende projecten van Imagix. Zoals hierboven aangegeven brengt dit de bestaanszekerheid van Imagix in het gedrang.*
24. *Het Voorstel is dus in strijd met het Arrest en kan dus niet gevolgd worden door het Mededingingscollege.*
25. *Tot slot moet gewezen worden op het feit dat het Mededingingscollege in 2017 had geoordeeld dat een overgangperiode van één jaar “niet afdoende” was (zoals het Auditoraat zelf aanhaalt, zie*

paragrafen 26 e.v. Voorstel) en dat moest voorzien worden in een overgangperiode van twee jaar. Het is niet duidelijk waarom het Auditoraat nu een kortere effectieve overgangperiode voorstelt.

#### Voorafgaande aanmelding door Kinopolis

26. Indien Kinopolis gebruik maakt van haar recht om aan de BMA toestemming te vragen voor een project voor een nieuwe bioscoop, dient er eveneens op te worden toegezien dat in dit kader niet gecommuniceerd wordt op een wijze die de projecten van concurrenten in het gedrang kan brengen. Het hierboven gevraagde communicatieverbod regelt dit ten aanzien van Kinopolis. Tevens verzoekt Imagix aan het Mededingingscollege om aan het Auditoraat op te dragen om in die situatie in haar eigen communicatie en publicaties terughoudendheid aan de dag te leggen teneinde projecten van concurrenten niet te schaden.

#### V. BESLUIT

27. Op basis van het voorgaande verzoekt Imagix aan het Mededingingscollege:

- In hoofdorde, om de overgangperiode voor de opheffing van de Vierde Voorwaarde inzake de oprichting van nieuwe cinemacomplexen vast te leggen op drie jaar waarbij Kinopolis – voor de volledige drie jaar – geen voorbereidende handelingen (met of zonder rechtsgevolgen) die niet louter intern zijn, mag stellen met betrekking tot nieuwe bioscopen in België. Kinopolis zal nog steeds projecten voor voorafgaande goedkeuring bij het Auditoraat mogen aanmelden waarbij het Auditoraat moet worden opgedragen om hierover te communiceren op een wijze die de projecten van concurrenten niet kan schaden.
- In ondergeschikte orde, om vast te stellen dat er bijkomend onderzoek vanwege het Auditoraat nodig is – dat het Mededingingscollege in principe zou moeten toelaten een beslissing te nemen die deugdelijk en afdoend gemotiveerd is – waardoor de procedure bedoeld in de artikelen IV.67 tot IV.69 WER moet worden ingezet.

## **VII. Beoordeling door het Mededingingscollege**

### **VII.1 Feiten en procedurele voorgaanden**

35. Ten einde de in deze procedure te nemen beslissing in perspectief te plaatsen, acht het Mededingingscollege het gepast niet slechts te verwijzen naar wat het Brussels Hof van Beroep (Sectie Marktenhof) (hierna ook: Marktenhof) (randnummer 1-17 van zijn arrest van 23 oktober 2019) en het Auditoraat (randnummer 1-25 hierboven) hieromtrent al opmerken, maar de stappen in deze meer dan twee decennia durende saga in herinnering te roepen.

36. Bij beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997 verleende de Raad voor de Mededinging onder vier voorwaarden toelating voor de concentratie waardoor Kinopolis ontstond uit de fusie van de toen als Groep Bert en Groep Claeys gekende groepen.

De eerste voorwaarde betrof een verbod op exclusiviteitsovereenkomsten of prioriteitsrechten voor films, zowel in de relatie met derde filmdistributeurs als met Kinopolis Film Distribution (KFD), en een algemeen verbod op het bevoordelen van de films die door KFD worden verdeeld.

De tweede voorwaarde hield een verbod in op programmatie-overeenkomsten met andere bioscoopexploitanten.

De derde voorwaarde betrof een verbod om de gewestelijke investeringsmaatschappij, die op dat moment een aandeelhouder was Kinopolis, te beperken in eventuele steun aan concurrenten.

De vierde voorwaarde onderwierp elke vorm van groei van Kinopolis (organische groei of overnames) en ook uitbreidingen, renovaties of vervangingen waardoor de totale capaciteit van Kinopolis zou stijgen met meer dan 20%, aan een voorafgaand concentratietoezicht door de mededingingsautoriteit.

De voorwaarden golden voor een initiële termijn van 10 jaar. De termijn kon stilzwijgend verlengd worden indien Kinopolis niet zes maanden op voorhand een opheffingsverzoek indiende bij de Raad. Intussen zijn de voorwaarden (in licht gewijzigde vorm) reeds 22 jaar van kracht.

37. De voorwaarden hebben intussen het voorwerp uitgemaakt van verschillende procedures:

(i) Op 7 december 2006 diende Kinopolis een verzoek in tot opheffing van de voorwaarden. In beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 (de “beslissing van 2007”) besliste de Raad voor de Mededinging om de voorwaarden integraal op te heffen. 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.

(ii) Tegen de beslissing van 2007 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 18 maart 2008 (het “arrest van 2008”) heeft het Hof van beroep te Brussel de beslissing vernietigd, nadat het op 23 augustus 2007 de beslissing van 2007 had geschorst.

(iii) Bij beslissing nr. 2008-C/C-52 van 1 oktober 2008 (de “beslissing van 2008”) besliste de Raad voor de Mededinging tot de opheffing van de gehele derde voorwaarde en de gedeeltelijke opheffing van de vierde voorwaarde. De vierde voorwaarde werd meer bepaald opgeheven voor wat betreft de uitbreiding, renovatie of vervanging van bestaande complexen. De overige onderdelen van de vierde voorwaarde werden behouden doch slechts voor een aflopende periode van drie jaar.

(iv) Tegen de beslissing van 2008 werd opnieuw beroep ingesteld door een reeks concurrenten en de FCB. In het arrest 2008/MR/22-23-24 van 11 maart 2010 (het “arrest van 2010”) heeft het Hof van beroep te Brussel de beslissing van 2008 vernietigd. Ondanks die vernietiging 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 (i.e. de opheffing van de derde voorwaarde en de vierde voorwaarde voor wat betreft de uitbreiding, renovatie of vervanging van bestaande complexen) maar meende dat voor de overige voorwaarden de toestand opnieuw diende te worden geëvalueerd na afloop van de periode van drie jaar (§§ 67-68). De aflopende periode werd dus omgezet in een stilzwijgend hernieuwbare periode van drie jaar.

(v) Op 31 maart 2017 heeft Kinopolis een nieuw verzoek ingediend tot opheffing van de voorwaarden. In beslissing BMA-2017-C/C-22 van 31 mei 2017 (de “beslissing van 2017”) besliste het Mededingingscollege tot het behoud van de voorwaarden met uitzondering van de vierde voorwaarde inzake organische groei. Deze voorwaarde zou integraal worden opgeheven met ingang van 31 mei 2019.

In tussentijd mochten nieuwe openingen reeds worden voorbereid door Kinopolis (§ 35 van de beoordeling door het Mededingingscollege).

(vi) Tegen de beslissing van 2017 hebben concurrenten Euroscop en Imagix een beroep ingesteld bij het Marktenhof. In het arrest in gevoegde zaken 2017/AR/1139 – 2017/MR/1 van 28 februari 2018 (het “arrest van 2018”) heeft het Marktenhof de beslissing van 2017 vernietigd. De vernietiging was uitsluitend gestoeld op procedurele middelen: volgens het Hof miskende de beslissing de op het Mededingingscollege rustende motiveringsplicht.

(vii) In een nieuwe beslissing nr. BMA-2018-C/C-12 van 26 april 2018 (de “beslissing van 2018”) heeft het Mededingingscollege de door het Marktenhof vastgestelde motiveringsgebreken rechtgezet. De beslissing van 2018 bevestigde de integrale opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei maar met ingang van een overgangstermijn van twee jaar na de datum van deze nieuwe beslissing waardoor de vierde voorwaarde inzake organische groei pas zou worden opgeheven op 26 april 2020 (p. 167).

(viii) Tegen deze nieuwe beslissing van het Mededingingscollege heeft concurrent Euroscop opnieuw een hoger beroep ingesteld bij het Marktenhof. In het arrest 2018/MR/3 van 21 november 2018 (het “tweede arrest van 2018”) heeft het Marktenhof de beslissing van 2018 vernietigd, opnieuw om louter procedurele redenen. Deze maal betrof dit het punt van de samenstelling van het Mededingingscollege.

(ix) Op verzoek van het Auditoraat heeft Kinopolis haar verzoekschrift tot opheffing van de voorwaarden opgelegd door de beslissing van 1997 (opnieuw) geactualiseerd (het “actualisatieverzoekschrift”). Hierop is dan beslissing BMA-2019-C/C-13 van 25 maart 2019 (de “beslissing van 2019”) gevolgd, waarin het Mededingingscollege besliste:

*“Dat de vierde voorwaarde inzake oprichting wordt opgeheven voor wat betreft oprichting van bioscopen voor zover het de oprichting betreft van een bioscoop van 7 zalen of minder, en van 1.125 zetels of minder. Deze twee drempels zijn cumulatief.*

*Voor de toepassing van deze gedeeltelijke opheffing moeten volgende beperkingen worden gerespecteerd:*

*a. het nieuwe complex mag niet op minder dan 10 km (gemeten in vogelvlucht) van een reeds bestaand Kinopolis-complex gevestigd worden.*

*b. het nieuwe complex mag niet uitgebreid worden tot meer dan 7 zalen of meer dan 1.125 zetels.*

*Indien Kinopolis een complex wenst op te richten binnen een straal van 10 km afstand van één van haar eigen bioscopen of indien Kinopolis een nieuw complex wenst uit te breiden zodat de drempel van 7 zalen of drempel van 1.125 zetels overschreven wordt, dan kan voor deze oprichtings- of uitbreidingsdossiers onder bepaalde omstandigheden de aanmelding worden behandeld via een vereenvoudigde procedure, zoals omschreven onder randnummers 1075 tot en met 1080 van de Ontwerpbeslissing.*

*Dat de vierde Voorwaarde inzake oprichting van bioscopen in andere omstandigheden behouden blijft. Evenwel kan ook voor deze oprichtingsdossiers onder bepaalde omstandigheden de aanmelding worden behandeld via een vereenvoudigde procedure, zoals omschreven onder randnummer 175 tot en met 180 van de Ontwerpbeslissing”.*

(x) Tegen deze beslissing heeft Kinopolis opnieuw beroep aangetekend bij het Marktenhof.

Bij arrest van 23 oktober 2019 vernietigde het Marktenhof de beslissing van 2019 *”om inhoudelijke redenen voor wat betreft de opheffing van de vierde voorwaarde inzake de organische groei tot bioscoopcomplexen met maximum 7 zalen en 1.125 zetels en de daaraan verbonden beperkingen dat het nieuwe complex niet op minder dan 10km (gemeten in vogelvlucht) van een reeds bestaand Kinopolis-complex gevestigd mag worden en niet verder uitgebreid tot meer dan 7 zalen of 1.125 zetels”* en bevestigde de bestreden beslissing voor het overige voor wat betreft de opheffing van de vierde voorwaarde inzake de organische groei.

Het Marktenhof oordeelde verder *”dat de verdere afhandeling van het opheffingsverzoek van Kinopolis (bepaling van de overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarge van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert) toekomt aan de BMA door een anders samengestelde kamer”*.

38. Op 4 november 2019 verzocht de auditeur Kinopolis om het geactualiseerd verzoekschrift van 28 januari 2019 te vervolledigen en te actualiseren.

Op 22 november 2019 heeft de voorzitter de kamer van het Mededingingscollege samengesteld uit andere leden in navolging van het arrest van 23 oktober 2019.

Op 6 december 2019 heeft Kinopolis Group NV een aanvulling ingediend op het geactualiseerd opheffingsverzoek van 28 januari 2019.

Op dezelfde dag werd Charlotte Delmeire, attaché bij de BMA, door de auditeur-generaal aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek. Hannes Eechaute, attaché, werd toegevoegd aan het onderzoeksteam. Mevrouw Griet Jans, economisch adviseur-generaal, en Jeroen Vander Cruyssen, medewerker van de directeur economische studies, hebben bijstand verleend aan het onderzoek. Overeenkomstig artikel IV.27, § 4 WER werd Antoon Kyndt, auditeur bij de BMA, aangeduid als auditeur-adviseur.

Het onderzoek van de auditeur werd afgesloten op 21 januari 2020, de dag waarop het gemotiveerd voorstel van beslissing aan verzoekster alsook aan het Mededingingscollege werd overgemaakt.

39. Op 3 februari 2020 legden Kinopolis en Imagix schriftelijke opmerkingen neer op het gemotiveerd voorstel van beslissing.

40. Op 7 februari hoorde het Mededingingscollege Kinopolis, Imagix, Pathé, UGC en het Auditoraat, alsmede de directeur Juridische Zaken en de Directeur Economische Zaken van de BMA.

## **VII.2 De opdracht van de BMA**

41. In het arrest van 23 oktober 2019 preciseerde het Marktenhof de opdracht van de BMA als volgt:

*”Om de concurrenten van Kinopolis toe te laten zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei, verwijst het Marktenhof de zaak opnieuw naar de BMA die zal oordelen, rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarge van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens*

*impliceert, over een overgangperiode die proportioneel, passend en effectief is. Het Marktenhof zal evenwel toezicht kunnen uitoefenen en met name desgevallend erop toezien of de BMA objectieveerbare omstandigheden aanhaalt eigen aan de zaak die een welbepaalde overgangperiode al dan niet deugdelijk en afdoend kunnen verantwoorden.” (randnummer 48).*

Het Marktenhof gelast de BMA dus om een overgangperiode te bepalen die

- proportioneel, passend en effectief is;
- de concurrenten van Kinopolis toe laat om zich voor te bereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei.

Bij het bepalen van die overgangperiode dient de BMA rekening te houden met:

- de door het Marktenhof gemaakte overwegingen;
- de eigen beleidsmarge van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert;
- objectieveerbare omstandigheden eigen aan de zaak die een welbepaalde overgangperiode al dan niet deugdelijk en afdoend kunnen verantwoorden.

De vereiste afweging van economische en sociale gegevens wordt door het Hof (zoals omschreven in § 55 van het voorstel van beslissing van het Auditoraat) verklaard door *“enerzijds het zeer ingrijpend karakter van een gedragsvoorwaarde - in sommige gevallen zelfs anticompetitief en discriminerend - en anderzijds het mogelijke disruptieve effect op de concurrenten van nieuwe Kinopolis complexen in geval van onmiddellijk en integrale opheffing van de groei beperking”*.

42. Er is tijdens de procedure betwisting gerezen over de omvang van de opdracht die dit Mededingingscollege is toebedeeld door het arrest van 23 oktober 2019 van het Marktenhof.

43. Kinopolis argumenteert dat het arrest van het Marktenhof aan het Mededingingscollege geen bevoegdheid verleent om behalve de duur van de overgangperiode ook bijkomende modaliteiten tijdens die overgangperiode op te leggen, zoals een verbod op het treffen van voorbereidende handelingen. Het Marktenhof heeft de zaak immers enkel naar de BMA terugverwezen om te oordelen *“over een overgangperiode”* en niet over nieuwe modaliteiten tijdens die periode, aldus het argument. Het dictum van het arrest van 23 oktober 2019 leest op dit punt als volgt:

*“Zegt voor recht dat de verdere afhandeling van het opheffingsverzoek van Kinopolis (bepaling van de overgangperiode die proportioneel, passend en effectief rekening houdend met de door het Marktenhof gemaakte overwegingen en de eigen beleidsmarge van de BMA waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert) toekomt aan de BMA door een anders samengestelde kamer.”*

Enige beperking van de vrijheid van handelen van Kinopolis tijdens de overgangperiode zou aldus manifest strijdig zijn met het arrest van het Marktenhof volgens Kinopolis.

Het Mededingingscollege kan begrip opbrengen voor dit argument maar merkt niettemin op dat het Marktenhof in het dictum ook expliciet een *“eigen beleidsmarge van de BMA”* erkent *“waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert”*. Deze beleidsmarge sluit volgens het Mededingingscollege niet uit dat het behalve over de modaliteit *“duurtijd”* evenzeer over andere modaliteiten van de overgangperiode zou kunnen beslissen. Of het Mededingingscollege wel of

niet andere modaliteiten dan enkel duurtijd oplegt, zal het dus op andere gronden beslissen dan op basis van dit door Kinopolis aangehaalde argument.

### **VII.3 Gewijzigde marktomstandigheden**

44. Voorafgaand oordeelt het Mededingingscollege, in navolging van zijn beslissing nr. 2008-C/C-52 van 1 oktober 2008 (randnummers 76-88), op dit punt bevestigd door het Marktenhof (randnummer 34 van het arrest van 23 oktober 2019), dat de relevante productmarkt nog steeds de markt is voor het vertonen van films in de bioscoop en dat ook de relevante geografische markt onveranderd is (arrest van het Marktenhof van 23 oktober 2019, randnummer 35): voor de relatie bioscoopuitbaters-distributeurs (aanbodzijde) is zij nationaal, terwijl zij voor de relatie bioscoopuitbaters-bezoekers (vraagzijde) enger is, waarbij wordt aangesloten bij verzorgingsgebieden. Het Mededingingscollege stelt vast dat omtrent de marktafbakening tijdens de onderhavige procedure geen bezwaren zijn ingebracht.

45. Het Marktenhof verplicht het Mededingingscollege ertoe om rekening te houden met *“objectiveerbare omstandigheden ... eigen aan de zaak”* en daarbij ook een *“afweging te maken van economische en sociale gegevens”*.

In dit verband stelt het Mededingingscollege vast dat de marktomstandigheden in deze zaak wijzigen en dat ook na het arrest van het Marktenhof nog wijzigingen zijn opgetreden.

Ten eerste daalt het marktaandeel van Kinopolis in België gestaag, zodat het zich nu in termen van bezoekersaantallen onder de 40% bevindt en in consistent neerwaartse richting verloopt.

Ten tweede versterken omgekeerd concurrerende spelers hun positie in België en zij doen dit deels via niet-organische groei. Vooral de recente overname door Pathé van Euroscop kan tot een andere dynamiek op de markt leiden, terwijl ook UGC bioscoopcomplexen overneemt (vb. Utopolis) en hetzelfde klaarblijkelijk geldt voor Imagix.

Ten derde stelt het Mededingingscollege vast dat er in België minstens twee concurrenten van Kinopolis actief zijn (UGC en Pathé) die internationaal beduidend groter zijn dan Kinopolis. Ofschoon de relevante geografische markt maximaal nationaal moet worden gedefinieerd (*supra*), is de internationale positie van in België concurrerende groepen niet irrelevant, aangezien zij mee bepalend is voor de financiële slagkracht van de onderscheiden concurrenten. Een groep die plots beslist om sterk in te zetten op de Belgische markt kan dat met veel meer daadkracht doen wanneer die groep internationaal sterk staat.

### **VII.4 Bepaling van de overgangperiode – Algemene uitgangspunten**

46. Het Mededingingscollege hanteert volgende drie uitgangspunten voor zijn beslissing over de overgangperiode.

47. **Eerste uitgangspunt.** In zijn arrest van 23 oktober 2019 heeft het Marktenhof aan het Mededingingscollege een welomschreven mandaat gegeven, dat hierboven is geciteerd (*supra*, randnummer 41). Binnen een rechtsstaat met scheiding van machten staat het aan het Mededingingscollege om het gezag van gewijsde van het arrest van het Marktenhof te respecteren naar letter en naar geest. Het Mededingingscollege wenst dan ook loyaal uitvoering te geven aan het arrest van 23 oktober 2019, hetgeen uitsluit dat een overgangperiode zou worden opgelegd die het principe zelf van overgang in vraag stelt. Er kan dus geen beslissing worden genomen die weliswaar formeel een



overgangperiode vastlegt maar die de duur daarvan zodanig beperkt of verlengt, of nog, die dermate zware voorwaarden oplegt, dat in realiteit niet van een overgangperiode sprake zou zijn maar van een bruusk stopzetten of van een louter bestendigen van de huidige situatie. Een dergelijke beslissing zou overigens het ‘proportioneel, passend en effectief karakter’ ontberen dat het arrest van 23 oktober 2019 vereist.

**48. Tweede uitgangspunt.** Het Mededingingscollege deelt de mening van het Marktenhof in zijn arrest van 23 oktober 2019 dat “*beperkingen inzake organische groei zeer ingrijpende gedragsvoorwaarden vormen*” met mogelijks negatieve gevolgen voor marktstructuur, innovatie en consumentenwelzijn. Ook het Auditoraat bevestigt terecht dat het mededingingsrecht niet tot doel heeft om individuele concurrenten te beschermen. Om het competitief proces te beschermen, bieden de artikelen 102 VWEU en IV.2 WER *ex post* krachtige rechtsmiddelen tegen misbruik van machtspositie. Daarenboven ziet concentratiecontrole *ex ante* toe op niet-organische groei van ondernemingen zodra bepaalde omzeldrempels worden overschreden. Tenslotte kan, indien de wetgever meent dat dit nodig is (wat voorsnog niet het geval is in deze sector), sectoriële regulering *ex ante* maatregelen opleggen ter regulering van marktmacht. In aanwezigheid van zoveel reeds bestaande rechtsmiddelen en toezichtsvormen en in de wetenschap dat mededingingsrecht niet verbiedt dat ondernemingen door organische groei een machtspositie (blijven) innemen waar zij geen misbruik van maken, lijkt het in beginsel niet wenselijk dat mededingingsrecht organische groei *a priori* aan banden legt.

Het voorgaande pleit voor een korte overgangperiode veeleer dan voor een lange.

**49. Derde uitgangspunt.** Zeker voor toezichthouders met beperkte middelen heeft het opleggen van voorwaarden waarop voortdurend toezicht noodzakelijk is een substantiële kost.<sup>144</sup> Ook voortdurende en aanslepende rechtsgedingen hebben een hoge kost, niet slechts voor de uitvoerende maar ook voor de rechterlijke macht, voor de betrokken ondernemingen en voor de consumenten, ja voor de samenleving als geheel. Zoals vanuit economisch oogpunt grote waarde moet worden gehecht aan een optimale allocatie van schaarse middelen en efficiëntie van processen, zo moet vanuit juridisch oogpunt rechtszekerheid een hoofdbekommernis uitmaken: regels moeten helder zijn en de toepassing ervan moet voorspelbaar zijn.

Deze overwegingen pleiten niet slechts voor een korte, maar evenzeer voor een helder geformuleerde en voor alle betrokkenen eenvoudig toe te passen overgangsregel, met zo weinig mogelijk modaliteiten die elk apart ook weer voor interpretatie en dus betwisting vatbaar zijn en die soms ook moeilijk afdwingbaar kunnen blijken.

## **VII.5 Bepaling van de overgangperiode - Bijkomende overwegingen**

**50. Belang van consistentie.** In het verleden heeft het Auditoraat steeds voorgesteld om de vierde voorwaarde anders toe te passen voor grote en kleinere projecten. De vierde voorwaarde zou blijven

---

<sup>144</sup> In een recente studie concludeerde de *Competition & Markets Authority* (de Britse mededingingsautoriteit) dat gedragsvoorwaarden alleen op basis van lastige en intensieve toepassing voor een korte periode een beperkt nut hebben. Dan nog dragen ze het risico in zich van substantiële marktdistorsie en zouden ze alleen toegepast moeten worden indien de beëindiging afhangt van een onmiskenbare toekomstige gebeurtenis. Zie: *Merger remedy evaluations – Report on case study research*, 18 juni 2019, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/811252/Merger\\_remedy\\_evaluations\\_2019.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/811252/Merger_remedy_evaluations_2019.pdf).

bestaan voor de grotere projecten maar vervallen voor de kleinere projecten. Ook (op procedurele gronden weliswaar vernietigde) beslissingen van het Mededingingscollege hebben deze logica gevolgd, waarop marktspelers zich derhalve allicht hebben gericht.

Tot nu toe heeft het Auditoraat ook niet voorgesteld – en heeft het Mededingingscollege niet opgelegd - dat het Kinopolis zou worden verboden om voorbereidende handelingen te stellen met rechtsgevolgen.

De nu door het Auditoraat voorgestelde aanpak, waarbij niet langer zou worden onderscheiden tussen grotere en kleinere projecten maar waarbij daarentegen wél een verbod zou worden opgelegd om voorbereidende handelingen te stellen met rechtsgevolgen, is vanuit dat perspectief volledig nieuw.

De vraag rijst of het wenselijk is om op tweevoudige wijze – geen onderscheid meer tussen kleine en grote projecten, wel verbod op voorbereidende handelingen – grondig af te wijken van de in het verleden toegepaste denkwijze en om dat te doen in dit stadium, nu het Marktenhof heeft geoordeeld dat de vierde voorwaarde moet verdwijnen. Het Mededingingscollege zou dit liever vermijden, vanuit een oogpunt van consistentie van de beslissingspraktijk waarop rationeel agerende marktoperatoren zich allicht hebben gericht. Ook het Marktenhof beklemtoont het belang van consistentie in zijn arrest<sup>145</sup>.

**51. Parameters om de duur van de overgangperiode te bepalen – verdeeldheid** Het Mededingingscollege stelt vast dat zowel het Auditoraat als een aantal andere partijen de duur van de overgangperiode sterk en soms eenzijdig lijken te verbinden aan de doorlooptijd voor de bouw van nieuwe bioscoopcomplexen. Het Mededingingscollege oordeelt hieromtrent als volgt:

**(i)** Een bepaling van de lengte van een overgangperiode in functie van de doorlooptijd van nieuwbouwprojecten kan in beginsel *“objectiveerbare gegevens”* opleveren waarom het Marktenhof vraagt.

Dit mag echter niet uit het oog doen verleren dat er, zoals zowel het Marktenhof als het Auditoraat terecht aangeven, vele andere manieren bestaan voor concurrenten om zich voor te bereiden op de opheffing van de beperking op organische groei van Kinopolis, waarbij sommige van deze alternatieven evenzeer *“objectiveerbare gegevens”* opleveren.

Het Auditoraat schrijft hierover, onder verwijzing naar het arrest van het Marktenhof: *“Sommige voorbereidingen werken in op de marktstructuur (zoals overnames, uitbreiding van bestaande bioscopen, bouw van nieuwe bioscopen-, ander voorbereidingen spelen in het op het bioscoopprofiel, de lokale positionering, bioscoopbeleving, van de betrokken bioscoop. Niet enkel bouwprojecten, maar ook minder tijds- en kapitaalintensieve voorbereidingen kunnen overwogen worden zoals kwaliteitsverbeteringen aan infrastructuur (...) en aanpassing van het bioscoopaanbod”* (§§ 293-294 voorstel van beslissing).

Bijkomend zijn er uiteraard de technieken van prijsconcurrentie en productdifferentiatie, waarvoor evenmin een lange overgangperiode is vereist. Het Auditoraat schrijft hierover: *“wat de Belgische consument echt lijkt te missen, is een aantrekkelijk filmaanbod aan een competitieve prijs in zijn omgeving”* (§ 298 voorstel van beslissing) en *“... sluit de auditeur zich aan bij bepaalde respondenten wanneer zij stellen dat zij zich kunnen/zullen voorbereiden op de komst van een Kinopolis complex door een welbepaald, desgevallend lager, prijsniveau te hanteren of door te voorzien in gedifferentieerd*

---

<sup>145</sup> Zie bijvoorbeeld randnummer 48 op p. 46/929.

*filmaanbod. De auditeur is echter van mening dat een aanpassing van het prijsbeleid slechts een beperkte voorbereidingstijd vraagt” (§ 302 voorstel van beslissing).*

**(ii)** Het Auditoraat schrijft over de doorlooptijd voor de bouw van een nieuwbouwproject: *“Uit de antwoorden van de concurrenten kan worden vastgesteld dat voor de bouw van een standalone bioscoop de concurrenten minstens 2 jaar nodig hebben voor de prospectie en de verkrijging van de bouwvergunning. Daarna is er nog tot 2 jaar nodig voor de bouwwerken zelf. Derhalve is er minimaal 4 jaar nodig om het hele bouwproces te doorlopen.”* (§ 341 voorstel van beslissing).

Uit andere stukken blijkt echter dat zeker niet alle partijen het hiermee eens zijn. Ten aanzien van Kinopolis zelf komt de Auditeur in § 176 van het voorstel van beslissing op een doorlooptijd van 15 tot 21 maanden voor de bouwperiode en een niet goed in te schatten doorlooptijd van de prospectie, zulks op basis van de weergave van de antwoorden van de aanvragende partij op vragen van het Auditoraat (§§ 167-175). UGC gaf in antwoord op een verzoek om inlichtingen 18 maanden als minimum en 36 maanden als maximum op: *“Het oprichten van een bioscoop duurt minimum 18 maanden, en in de meeste gevallen zelfs 24 tot 36 maanden. Dit betreft de tijd die nodig is voor het onderzoeken van mogelijke locatie of sites, het voeren van de onderhandelingen inzake mogelijke economische voorwaarden, het verkrijgen van de vergunningen en andere toelatingen en de uiteindelijke oprichting en bouw zelf.”* (§ 7 antwoord UGC van 14 november 2019). Redevco berekende een *“totale doorlooptijd van 28-31 maanden”* (§§ 275-276 voorstel van beslissing). Andere partijen echter vermeldden doorlooptijden oplopend tot 10 jaar (Wilhelm & Co in § 273 voorstel van beslissing).

**52. Sociale overwegingen.** Het Mededingingscollege meent dat tot de sociale gegevens waarvan het Marktenhof wenst dat zij in de afweging worden betrokken, behoudens de door Kinopolis vermelde werkgelegenheid in de bioscoopsector (§ 139 van het voorstel van beslissing), ook het consumentenbelang bij een nabij, een voldoende en een voldoende gevarieerd aanbod voor bioscoopbezoek gerekend mag worden. Ofschoon werkgelegenheid in het voorstel van beslissing en tijdens de gehele procedure geen specifieke aandacht genoot, is het Auditoraat wel ingegaan op de nabijheid en de variatie van een voldoende groot aanbod. Het Auditoraat concludeert op dit punt: *“Ook naar de bioscoopbezoeker toe zorgt een nieuwbouwproject voor lokale marktdynamiek doordat de bezoeker een bioscoopkeuze aangeboden krijgt of minstens een nieuw lokaal aanbod wordt gecreëerd”* (§ 328 van het voorstel van beslissing). Ook de hiervoor (*supra*, § 51 (i)) reeds aangehaalde passage in het voorstel van beslissing omtrent *“een aantrekkelijk filmaanbod aan een competitieve prijs in zijn omgeving”* is in dit verband relevant. Het Mededingingscollege deelt deze opvatting. Alleszins is niet gebleken dat het verlenen van toelating aan Kinopolis om opnieuw ongeremd organisch te kunnen groeien een negatieve impact zou hebben op werkgelegenheid of nabijheid, volume en variatie van het aanbod in bioscopen.

## **VII.6 Bepaling van de overgangperiode – Duurtijd**

53. Hoger zijn twee uitgangspunten geformuleerd die pleiten voor een korte veeleer dan een lange overgangperiode (*supra*, randnummers 47-48). Eveneens is aangegeven dat de concurrenten van Kinopolis zich op verschillende wijzen (hebben) kunnen voorbereiden op de opheffing van de vierde voorwaarde en dat bepaalde van deze voorbereidingen, zoals prijs- en productdifferentiatie, binnen een korte termijn kunnen worden uitgevoerd (*supra*, randnummer 51 onder (i)).

Van een mededingingsautoriteit mag niet worden verwacht dat zij lokale bioscoopmonopolies in stand houdt of creëert door één marktspeler te verbieden om organisch te groeien. Marktoperatoren moeten bestand zijn tegen concurrentie zolang die eerlijk en zonder misbruik van machtspositie wordt gevoerd. Een overgangperiode kan volgens het Mededingingscollege echter wel ten doel hebben om concurrenten van Kinopolis te ondersteunen die (a) initiatief hebben genomen om concurrentie aan te gaan of beter aan te kunnen maar (b) wiens projecten zich nog niet in een stadium bevinden waarin voldoende zekerheid bestaat over de daadwerkelijke uitvoering ervan. Door enerzijds deze nog prille projecten te helpen om dat stadium van grotere zekerheid van uitvoering te bereiken, zonder anderzijds de mogelijke komst van een organisch groeiende speler meer dan nodig te beperken, wil het Mededingingscollege de vrije mededinging bevorderen die immers keuzevrijheid, variatie in aanbod en een voldoende groot aantal efficiënte spelers op de markt veronderstelt.

54. De meest tijdrovende van alle tijdens de procedure besproken voorbereidingswijzen bestaat in de uitbreiding van bestaande en de oprichting van nieuwe bioscoopcomplexen. Zoals uiteengezet (*supra*, randnummer 51 onder (i)) lopen de opvattingen omtrent de duur van de tijd die hiervoor is vereist erg uiteen. Niettemin stelt het Mededingingscollege vast dat:

- Kinopolis ter zitting uitging van een totale doorlooptijd van nieuwbouwprojecten van 15 tot 21 maanden plus prospectie (*supra*, randnummer 51 (ii)); UGC in haar antwoord op het verzoek om inlichtingen een doorlooptijd vermeldt van 24 tot 36 maanden en projectontwikkelaar Redevco een doorlooptijd van 28 tot 31 maanden (*supra*, randnummer 51 onder (ii));

- de doorlooptijd van 10 jaar vermeld door Wilhelm & Co. bijgevolg als niet representatief en hoogst exceptioneel moet worden beschouwd en bij het bepalen van een 'normale doorlooptijd' buiten beschouwing kan worden gelaten;

- het voorstel van beslissing van de auditeur (a) uitgaat van een totale gemiddelde doorlooptijd van 48 maanden (§ 341 van het voorstel van beslissing), (b) aangeeft dat bouwprojecten over het algemeen over een bouwvergunning beschikken en aan het eigenlijke bouwen kunnen beginnen 24 maanden na de start van het project (*ibidem*) en (c) aangeeft dat daarna een fase intreedt die minder precair is vanuit een oogpunt van mogelijke afwijking of stopzetting van projecten zodat geen bijzondere bescherming meer nodig is eenmaal de bouwvergunning is verkregen (§ 342 van het voorstel van beslissing);

- dat het het Mededingingscollege voorkomt dat deze inschatting die het voorstel van beslissing maakt omtrent de duur van bouwprojecten en de duur voor het verkrijgen van een bouwvergunning redelijk is, weze het misschien aan de ruime kant in het licht van de totale doorlooptermijnen vermeld door UGC, Kinopolis en Redevco (*supra*);

55. Het bovenstaande zou het Mededingingscollege in beginsel kunnen doen beslissen om een duurtijd voor de overgangperiode van 24 maanden op te leggen, vanuit het oogpunt dat dit de periode is die nodig is voor concurrenten van Kinopolis om een bouwvergunning te bekomen voor nieuwbouwprojecten en deze projecten in een fase te brengen waarin de opening van bioscoopcomplexen door Kinopolis veeleer niet langer kan leiden tot stopzetting van hun project.

Bij nader inzien echter zou een dergelijke overgangperiode van 24 maanden weliswaar passend en effectief zijn, zoals gevraagd door het Marktenhof, maar niet proportioneel want langer dan strikt noodzakelijk. Het Mededingingscollege komt tot dit besluit om een dubbele reden:

- Ten eerste is het arrest van het Marktenhof reeds gewezen op 23 oktober 2019. Dit arrest was voor elkeen publiek toegankelijk ten laatste op 7 november 2019, datum van de publicatie ervan op de website van de BMA overeenkomstig artikel IV.75 § 3 Wetboek van Economisch Recht. Oplettende concurrenten weten derhalve reeds minstens sinds 7 november 2019 dat nog één overgangperiode zal worden toegepast vooraleer Kinapolis ongeremd organisch zal kunnen groeien. De periode van circa 3 maanden die is verlopen tussen de publicatie van het arrest van 23 oktober 2019 en de huidige beslissing moet derhalve in aftrek komen van de hierboven als uitgangspunt vermelde periode van 24 maanden.

- Ten tweede kan het niet de bedoeling zijn om een overgangperiode aan te bieden aan concurrenten die pas actie hebben ondernomen op het moment dat het Marktenhof zijn arrest van 23 oktober 2019 velde. Dit is des te meer het geval nu de concurrenten eigenlijk reeds sedert ongeveer 1 juni 2017 duidelijke indicaties hebben gekregen over het mogelijk, zelfs waarschijnlijk, wegvallen van de vierde voorwaarde inzake organische groei, en de mogelijkheid hebben gehad om, ook via de bouw van nieuwe bioscoopcomplexen in België, zich voor te bereiden op de nieuwe toestand die hierdoor zou ontstaan. Zoals de Directeurs juridische en economische zaken meent het Mededingingscollege dat enkel de projecten die reeds een zekere vooruitgang hebben geboekt bescherming verdienen. Het zou disproportioneel zijn, gelet niet slechts op het belang van Kinapolis maar ook op het belang van consumenten bij vrije mededinging, om een overgangsmaatregel op te leggen die ondernemingen beschermt die te lang hebben gearzeld en pas een bouwproject hebben opgestart op het moment van de publicatie van het arrest van het Marktenhof van 2019. Teneinde te verzekeren dat enkel projecten worden beschermd die reeds gestart waren en een minimale vooruitgang hadden geboekt ten tijde van voornoemd arrest van het Marktenhof, moet volgens het Mededingingscollege wederom een periode van 3 maanden in mindering worden gebracht van de hierboven als uitgangspunt genoemde periode van 24 maanden.

56. Om deze redenen lijkt het het Mededingingscollege gepast om een duurtijd te bepalen voor de overgangperiode van 18 maanden vanaf deze beslissing. Deze overgangperiode zal eindigen op 11 augustus 2021.

Op deze wijze meent het Mededingingscollege een duurtijd vast te leggen die passend, proportioneel en effectief is zoals het Marktenhof terecht eist en dit met gebruikmaking van zijn door het Marktenhof erkende beleidsmarge waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert.

Uit het marktonderzoek blijkt overigens dat er een aantal projecten zijn die reeds in een ver gevorderd stadium zijn en met de aldus vastgelegde overgangperiode effectief in staat zullen zijn om de deuren te openen, de consument te bedienen en bij te dragen aan de mededinging op de relevante markten. Binnen dezelfde termijn kunnen ook andere voorbereidingshandelingen van concurrenten worden gerealiseerd.

57. Ofschoon het Mededingingscollege zich ervan bewust is dat de hierboven bepaalde overgangperiode gevoelig korter zou kunnen zijn voor andere voorbereidende handelingen dan het starten van nieuwbouwprojecten, verkiest het Mededingingscollege conform de hierboven geformuleerde algemene uitgangspunten toch om slechts één globale, heldere, eenvoudig toe te passen overgangperiode vast te leggen ongeacht de aard van de voorbereidingshandelingen waar concurrenten voor kiezen. Het Mededingingscollege sluit zich op dit punt aan bij § 334 van het voorstel van beslissing.

## **VII.7 Bepaling van de overgangperiode – Andere modaliteiten**

58. **Standpunt omtrent modaliteiten.** Er is geen begin van overeenstemming tussen de partijen in deze zaak over de nood aan het opleggen van modaliteiten tijdens de overgangperiode. Het Auditoraat stelt voor om Kinopolis gedurende één jaar te verbieden om voorbereidende handelingen te stellen met rechtsgevolgen. Tijdens de volgende twee jaar zou Kinopolis wel voorbereidende handelingen mogen stellen. Daarentegen menen de tussenkomenende partijen dat Kinopolis niet gedurende één jaar maar gedurende drie jaar een verbod moet worden opgelegd om voorbereidende handelingen te stellen én dat dit verbod zou moeten worden uitgebreid tot alle voorbereidende handelingen, dus ook handelingen zonder rechtsgevolgen. Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat elk (vermeend) gesprek van Kinopolis met een lokale politicus of elke uitspraak van Kinopolis over toekomstig investeringsbeleid een schending zou uitmaken van de opgelegde voorwaarden, waarbij ter zitting nog de mogelijkheid is geopend om te onderscheiden tussen publieke verklaringen en niet-publieke gesprekken of verklaringen die moeilijker te bewijzen vallen. Kinopolis tenslotte meent dat het Mededingingscollege niet bevoegd is om modaliteiten op te leggen (*supra*, randnummer 43) en dat ook anderszins elke beperking van handelen tijdens de overgangperiode ongewenst is.

Het Mededingingscollege oordeelt dat er tijdens de duur van de opgelegde overgangperiode geen verdere beperkingen of modaliteiten moeten worden opgelegd. Het komt tot deze conclusie op grond van volgende vier overwegingen.

(i) Bepaalde van de door partijen geformuleerde voorstellen zijn niet “passend” in de zin die het Marktenhof wenst. Zo rijst de vraag of Kinopolis als beursgenoteerde onderneming onder het financieel recht niet verplicht is om bepaalde informatie over onder meer investeringsplannen publiek te maken, ook al zou het verstrekken van deze informatie als voorbereidende handeling kunnen worden gekwalificeerd.

(ii) Het opleggen van modaliteiten die organische groei van Kinopolis en dus een normaal verloop van de concurrentie verder aan banden leggen (steeds in de wetenschap dat het mededingingsrecht alternatieven biedt om eventueel misbruik tegen te gaan, zie het eerste algemeen uitgangspunt) moet worden beschouwd als een uitzondering op de algemene regel van respect voor concurrentie die op de organische groei is gebaseerd. Als dusdanig moet ook deze als een uitzondering op consistente en deugdelijke wijze worden gerechtvaardigd. Dit is des te meer het geval nu het Marktenhof in zijn arrest van 23 oktober 2019 expliciet beklemtoont dat de voorgestelde overgangperiode “proportioneel” moet zijn, dit wil zeggen niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk.

(iii) Het Mededingingscollege vindt in het dossier niet zulke vereiste consistente en sluitende motivering. Zelfs de positie van het Auditoraat, die beduidend genuanceerder is dan die van de tussenkomenende partijen, lijkt integendeel veeleer een breuk met het verleden in te houden dan een consistente voortzetting van eerder beleid (*supra*, randnummer 50 van deze beslissing). Sluitend economisch bewijs voor de noodzaak van het opleggen van modaliteiten is niet aangebracht. Integendeel lijkt de ‘*theory of harm*’ die wordt gehanteerd om de noodzaak van modaliteiten te verantwoorden, gebaseerd op veronderstellingen over wat Kinopolis in de toekomst mogelijks aan concurrentieverstorend gedrag zou kunnen vertonen. Nochtans heeft de BMA reeds duidelijk bepaald dat zulke veronderstellingen niet

volstaan.<sup>146</sup> Zo schreef het Mededingingscollege in beslissing BMA-2016-C/C-03 van 28 januari 2016 in zaak nr. MEDE-C/C-15/0043 het volgende onder de hoofding “VIII.6 Concentratietoezicht en het verbod van misbruik van machtspositie”:

*“65. Het College herinnert er aan dat een machtspositie op zich niet ongeoorloofd is en dat een concentratie een in principe geoorloofde transactie is.*

*66. Misbruik van machtspositie dient in principe ex post beoordeeld te worden in het licht van de artikelen IV.2 WER en 102 VWEU volgens de daarvoor geldende procedures met de daarin voorziene rechten van verdediging.*

*67. De louter hypothetische mogelijkheid dat van een door een concentratie ontstane of versterkte machtspositie ooit misbruik gemaakt zou kunnen worden, volstaat naar het oordeel van het College niet om het opleggen van voorwaarden of verbieden van een concentratie te rechtvaardigen. Bij de eerder onder randnummer 47 van deze beslissing besproken analyse van concentraties moeten de ernst en de waarschijnlijkheid van een risico op misbruik van machtspositie worden onderzocht, evenals de ontradende prikkel die uitgaat van de onwettigheid van misbruik van machtspositie en het risico op ontdekking en bestraffing daarvan moet worden meegewogen.*

*68. Het College herinnert er in dit verband aan dat de door derden gevreesde discriminatie inzake de toegang tot advertentieruimte en toegang tot televisieprogramma’s een misbruik zou kunnen zijn in de zin van de artikelen IV.2 WER en 102 VWEU indien op dat ogenblik ook een machtspositie van de betrokken onderneming kan worden vast gesteld. Het College acht het bovendien waarschijnlijk dat benadeelden derden een dergelijk misbruik zullen kunnen vast stellen en ter beoordeling voorleggen.”*

**(iv)** Gegeven de kennelijke grondhouding van de betrokken partijen in dit dossier valt een verdere stroom aan rechtszaken te verwachten over de draagwijdte van elke desgevallend op te leggen modaliteit in elk mogelijk geval. Is een handeling een rechtshandeling en is dat vereist? Is de handeling wel voorbereidend? Is er in de feiten een handeling gesteld die als voorbereidende handeling kan worden gekwalificeerd (vb. heeft er daadwerkelijk een gesprek plaatsgevonden?). Op grond van de voorgeschiedenis van dit dossier valt te verwachten dat elk van deze vragen, en hoogstwaarschijnlijk nog vele andere vragen die op dit ogenblik niet vallen te voorzien, aanleiding zullen geven tot langdurige betwistingen voor rechtscollages en/of voor de BMA, en dit telkens opnieuw voor elke mogelijk gestelde handeling. *De facto* dreigt hierdoor de overgangperiode gevoelig te worden verlengd. Het Mededingingscollege, onder verwijzing naar alle drie de hierboven geformuleerde algemene uitgangspunten, acht het, mede vanuit een oogpunt van bescherming van rechtszekerheid, onwenselijk dat een normaal verloop van het proces van concurrentie op deze wijze verder zou worden uitgesteld.

Derhalve, en zonder dat nader behoeft te worden ingegaan op het argument van Kinopolis over de (on-)bevoegdheid van het Mededingingscollege om modaliteiten op te leggen, beslist het Mededingingscollege dat tijdens de overgangperiode aan Kinopolis geen andere voorwaarden moeten

---

<sup>146</sup> Zie eveneens randnummers 62 en 118 van het arrest van het Gerecht van 11 december 2013 in zaak T- 79/12 (*Cisco Systems*), ECLI:EU:T:2013:635: “(...) Voorts zij eraan herinnerd dat, wanneer de Commissie zich baseert op een toekomstige gedraging waartoe een fusieonderneming volgens haar na de concentratie zal overgaan, zij op basis van deugdelijk bewijs en met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet aantonen dat die gedraging zich daadwerkelijk zal voordoen (arrest Gerecht van 14 december 2005, *General Electric/Commissie*, T- 210/01, *Jurispr. blz. II - 5575, punt 464*).”

worden opgelegd dan het verbod om nieuwe bioscoopcomplexen op te richten. Het moet Kinopolis derhalve vrijstaan om tijdens de overgangperiode alle voorbereidende handelingen te stellen die het wenst, evenwel zonder dat het nieuwe bioscoopcomplexen in exploitatie mag nemen. In de mate dat Kinopolis tijdens de afgelopen jaren voorbereidende handelingen daartoe zou hebben gesteld die het Kinopolis mogelijk hadden gemaakt om sneller dan binnen 18 maanden nieuwe complexen in exploitatie te nemen, moet het deze exploitatie uitstellen, teneinde nog een laatste maal aan concurrenten de mogelijkheid te bieden zich voor te bereiden op een situatie van normale toepassing van het mededingingsrecht -- dit wil zeggen een situatie waarin organische groei van marktspelers niet wordt belet.

## **59. Besluit**

Het Mededingingscollege besluit dat het verzoek van Kinopolis tot opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei (de oprichting van nieuwe één- of meer-zalen complexen) zoals opgelegd door beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, zoals nadien gewijzigd, moet worden ingewilligd met oplegging van een overgangperiode, zoals ook bepaald door het Marktenhof in zijn arrest van 23 oktober 2019. Het Mededingingscollege stelt de overgangperiode gedurende welke Kinopolis geen nieuwe bioscoopcomplexen in België mag oprichten vast op 18 maanden vanaf de datum van deze beslissing. Het Mededingingscollege beschouwt een duurtijd van 18 maanden als passend, proportioneel en effectief, zoals vereist door het Marktenhof in zijn arrest van 23 oktober 2019, met gebruikmaking van de beleids marge waarvan de uitoefening een afweging van economische en sociale gegevens impliceert.

De overgangperiode neemt derhalve een einde op 11 augustus 2021. Tijdens de overgangperiode is het Kinopolis verboden om nieuwe bioscoopcomplexen effectief in exploitatie te nemen zonder voorafgaande toestemming van de BMA. Kinopolis mag echter wel alle voorbereidende handelingen stellen om na de overgangperiode tot de effectieve exploitatie ervan over te gaan.

Het Mededingingscollege beslist dat de aan Kinopolis oorspronkelijk in 1997 opgelegde vierde voorwaarde inzake organische groei (de oprichting van nieuwe één- of meer-zalen complexen), sindsdien gewijzigd, integraal wordt opgeheven met ingang van 12 augustus 2021.

### **OM DEZE REDENEN**

#### **Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.66 § 2° van het Wetboek van economisch recht**

1. dat het verzoek van Kinopolis voor wat betreft de opheffing van de vierde voorwaarde inzake organische groei (de oprichting van nieuwe één- of meer-zalen complexen) zoals opgelegd door beslissing nr. 97-C/C-25 van 17 november 1997, zoals nadien gewijzigd, valt binnen het toepassingsgebied van boek IV van het Wetboek van Economisch Recht;
2. dat dit verzoek tot opheffing van de vierde voorwaarde voor zover deze betrekking heeft op organische groei wordt ingewilligd met oplegging van een overgangperiode, zoals ook bepaald door het Marktenhof in zijn arrest van 23 oktober 2019; dat het Kinopolis tijdens deze overgangperiode verboden is om nieuwe bioscoopcomplexen effectief in exploitatie te nemen zonder voorafgaande toestemming van de BMA maar dat Kinopolis wel alle voorbereidende handelingen daartoe mag stellen; dat deze overgangperiode 18 maanden belooft vanaf deze beslissing en derhalve een einde neemt op 11 augustus 2021;



3. dat de voormelde vierde voorwaarde inzake organische groei (de oprichting van nieuwe één- of meer-zalen complexen) integraal wordt opgeheven met ingang van 12 augustus 2021.

Aldus beslist op 11 februari 2020, door het Mededingingscollege samengesteld uit René Smits, voorzitter van het Mededingingscollege, Caroline Cauffman en Wouter Devroe, assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit.

Voor het Mededingingscollege,

R. Smits

Voorzitter