

---

**HOF VAN BEROEP BRUSSEL 23 AUGUSTUS 2007**


---

**MEDEDINGING**

**Belgisch mededingingsrecht – Procedure – Beroep tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging – Schorsingsverzoek – Ernstige middelen – Moeilijk te herstellen ernstig nadeel**

*I. Elke persoon die een voldoende belang kan doen gelden en die aan de Raad voor de Mededinging gevraagd heeft te worden gehoord, kan een beroep en een schorsingsverzoek instellen tegen een beslissing van de Raad voor de Mededinging.*

*II. Het middel dat de kamer van de Raad voor de Mededinging niet werd samengesteld op grond van een beslissing van de algemene vergadering van de Raad, is ernstig.*

*III. Ernstig is het middel dat gebaseerd is op het feit dat de Raad voor de Mededinging de toegang tot het dossier heeft geweigerd aan een persoon die een voldoende belang doet gelden en die door de Raad werd gehoord tijdens de rechtspleging van opvolging van de beslissing waarbij een concentratie werd toegelaten onder een aantal gedragsvoorwaarden.*

*IV. Het middel dat de Raad voor de Mededinging de gedragsvoorwaarden niet mocht opheffen vóór het einde van de door de Raad eerder vastgestelde termijn van tien jaar, is ernstig.*

*V. Ernstig zijn de middelen die gebaseerd zijn op het feit dat de Raad niet motiveert waarom hij de voorkeur geeft aan de geselecteerde gegevens, het behoud van de gedragsvoorwaarden overbodig acht, vermits de artikelen 2 en 3 WBEM of 81 en 82 EG-Verdrag kunnen worden toegepast, en niet heeft onderzocht of de wijzigingen van de marktomstandigheden zich anders zouden hebben voorgedaan in afwezigheid van de eerder opgelegde voorwaarden.*

*VI. De onmiddellijke tenuitvoerlegging van de opheffing van de gedragsvoorwaarden brengt het risico met zich mee op een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, wanneer expansieplannen werden gepubliceerd, die betekenen dat de betrokken onderneming een machtspositie kan herwinnen of verstevigen, waarvan destijds werd geoordeeld dat ze schadelijk was voor het algemeen economisch belang, voor dat van de concurrerende ondernemingen en ook dat van de consumenten.*

**CONCURRENCE**

**Droit de la concurrence belge – Procédure – Recours contre une décision du Conseil de la concurrence – Demande de suspension – Moyens sérieux – Préjudice grave difficilement réparable**

*I. Une décision du Conseil de la concurrence est susceptible de recours et de demande de suspension par toute personne justifiant d'un intérêt suffisant et ayant demandé au Conseil d'être entendue.*

*II. Le moyen qui fait grief à la chambre du Conseil de la concurrence de ne pas avoir été composée sur la base d'une décision de l'assemblée générale du Conseil, est sérieux.*

*III. Est sérieux le moyen qui est pris du refus d'accès au dossier qui a été opposé par le Conseil de la concurrence à une personne qui fait valoir un intérêt suffisant et qui a été entendu par le Conseil pendant la procédure de suivi d'une décision ayant prononcé l'admissibilité d'une concentration sous certaines conditions de comportement.*

*IV. Est sérieux le moyen qui fait grief à la décision du Conseil de la concurrence de lever les conditions de comportement avant l'expiration du terme de dix ans fixé dans la précédente décision du Conseil.*

*V. Sont sérieux les moyens qui font grief à la décision du Conseil de la concurrence de ne pas motiver les raisons pour lesquelles les données sélectionnées ont été privilégiées, de considérer que le maintien des conditions de comportement serait surabondant du fait de l'application possible des articles 2 et 3 de la LPCE et des articles 81 et 82 du Traité CE, et de ne pas vérifier si les conditions de marché n'auraient pas évolué de façon différente en l'absence des conditions de comportement imposées.*

*VI. L'exécution immédiate de la levée de conditions de comportement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable, lorsqu'il y a eu publication de plans d'expansion qui signifient que l'entreprise concernée peut reconquérir ou renforcer une position dominante, qui a été autrefois considérée comme nuisible à l'intérêt économique général, à l'intérêt des entreprises concurrentes et à celui des consommateurs.*

**België Federatie Cinema's VZW/Kinopolis Group NV/Utopolis Belgium NV/UGC Belgium NV**

**Zet.: P. Blondeel (voorzitter), B. Lybeer en C. Van Santvliet (raadsheren)**

**Pl.: Mrs. G. Zonnekeyn en P. Wytinck, H. Viaene en J. Stuyck en J. Ysewyn, K. Tobback, J. Marchandise**

(...)

## II. Situering van de verzoeken

07. De beroepen beslissing oordeelt over een aanvraag van de NV Kinopolis Group en NV Kinopolis Filmdistributie om de voorwaarden te herzien en op te heffen die werden opgelegd bij een beslissing van 17 november 1997 van de Raad voor de Mededinging “betreffende de concentratie tussen de groep Bert en de groep Claeys onder de benaming ‘Kinopolis groep’”.

Bij de laatst vermelde beslissing stelt de Raad voor de Mededinging vast dat de aangemelde concentratie tot gevolg heeft dat de machtspositie die de groepen Bert en Claeys gezamenlijk bezitten, versterkt wordt met als gevolg dat de daadwerkelijke mededinging op de Belgische betrokken markt van het vertonen van films, en op wezenlijke delen daarvan, merkbaar wordt belemmerd.

Hij stelt nochtans vast dat de bijdrage van de aangemelde verrichting aan de economische en technische vooruitgang opweegt tegen de aantasting van de mededinging en keurt ze goed onder een reeks voorwaarden en verbintenissen.

08. De vijf voorwaarden en verbintenissen zijn samengevat inhoudelijk als volgt.

(1) De groep die uit de concentratie ontstaat mag:

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

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

c. geen prioriteitsrecht eisen van of vragen aan filmverdelers inzake het toewijzen van films aan andere exploitanten of prioriteitsrechten bekomen over films die de groep zelf verdeelt;

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

(2) Binnen een termijn van één jaar, te rekenen vanaf de datum van de beslissing, moet een einde worden gesteld aan de bestaande overeenkomsten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmering en zullen de ondernemingen die deel uitmaken van de groep geen nieuwe akkoorden sluiten met onafhankelijke zaaluitbaters wat betreft de programmering.

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

(4) De groep die uit de concentratie ontstaat mag geen nieuwe zaal of een meerzalencomplex oprichten of overnemen, noch een bestaand complex uitbreiden, rooveren of vervangen zonder de voorafgaande instemming van de Raad voor de Mededinging.

Deze voorwaarde geldt niet bij een uitbreiding, renovatie van een bestaand complex of vervanging van een bestaand complex door een ander complex, indien dit tot gevolg heeft dat het aantal zetels of zalen van het betrokken complex stijgt met minder dan 20% gedurende de termijn tijdens dewelke de voorwaarden gelden.

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

Wordt over een verzoek tot opheffing niet beslist binnen de termijnen die gelden inzake concentratietoezicht, na de partijen te hebben gehoord, dan gelden de voorwaarden als opgeheven.

09. Bij de beroepen beslissing heft de Raad voor de Mededinging alle voorwaarden opgelegd bij de beslissing van 17 november 1997 op met ingang van de datum waarop aan de partijen van de beslissing kennis wordt gegeven.

De Raad voor de Mededinging overweegt dat de thans vigerende marktomstandigheden substantieel gewijzigd zijn ten opzichte van 1997 en oordeelt dat zulks op zich een voldoende reden is om de toen opgelegde voorwaarden op te heffen.

Hij oppert ook dat er “*ernstige aanwijzingen zijn dat andere ingrijpende wijzigingen in de nabije toekomst zullen plaatsvinden*”.

Overigens geeft hij verder ook aan waarom elk van de voorwaarden niet hoeft te worden gehandhaafd.

10. De redengeving van de Raad voor de Mededinging inzake de concurrentieanalyse is samengevat als volgt.

(a) Het marktaandeel – uitdrukking van het aantal bezoekers – van Kinopolis op de relevante productmarkt – die gevormd wordt door het vertonen van films in de bioscoop – daalt sedert 2001 van ongeveer 52% tot ongeveer 45% in 2006 en het marktaandeel van de concurrenten is gestegen of gelijk gebleven.

In zalen uitgedrukt is het marktaandeel van Kinopolis gezakt van 26% in 1997 tot 23% in 2005 en in zetels uitgedrukt van 33% naar 30%.

Gemeten aan de HHI-index is de concentratiegraad voor de gehele sector sedert 2001 afgenomen met meer dan 550 punten en de bijdrage van Kinopolis in die index is eveneens gedaald.

(b) Vergeleken met de toestand in 1997 zijn de voornaamste concurrenten nu ook meer geografisch gespreid actief.

Regionaal of lokaal zijn er steeds een voldoende aantal concurrenten aanwezig die voor een bepaalde concurrentiedruk zorgen.

(c) Kinopolis is via KFD (Kinopolis Film Distributie) wel actief op de markt van film distributie, maar haar marktaandeel zou nauwelijks 7% bedragen in 2005. Wegens dit laag aandeel lijkt het weinig waarschijnlijk dat Kinopolis via KFD voorzieningsbronnen zou afsluiten ten nadele van andere bioscoopexploitanten.

(d) De marktevolutie sinds 1997 doet blijken dat er nieuwe spelers zijn togetreden en dat bestaande spelers hun zalen hebben uitgebreid.

Een nieuwkomer heeft verklaard een marktaandeel van 8% te hebben opgebouwd tijdens een periode van drie jaar.

(e) Er is zijdelingse druk vanuit andere media (dvd, video, betaaltelevisie, pay per view, video on demand, internet, home cinema).

(f) Er zijn duidelijke aanwijzingen dat de digitalisering van de bioscoopsector op komst is, en wegens deze evolutie zullen de kosten voor kopies van films dalen, zodat distributeurs ze goedkoper zullen kunnen betrekken.

De kosten om over een digitale projector te beschikken liggen wel hoog – enkel Kinopolis en Utopolis beschikken thans over een digitale uitrusting – maar ze zullen kunnen worden gefinancierd buiten een aankoopformule om.

11. Verder oordeelt de Raad voor de Mededinging dat de voorwaarden ook op juridische grond niet behoren te worden gehandhaafd, overigens goeddeels tegen het verslag van de auditeur in.

(a) Omtrent de eerste en tweede voorwaarde wordt overwogen dat de gedragingen die er door worden geïmplementeerd desgevallend afdoende kunnen worden beteugeld met toepassing van de artikelen 2 en/of 3 van de WBEM of met toepassing van de artikelen 81 of 82 EG-Verdrag.

De Raad gaat er overigens van uit dat de overeenkomsten inzake programmering die onder meer werden geïmplementeerd in 1997 intussen effectief zijn beëindigd.

(b) De derde voorwaarde heeft geen bestaansreden meer aangezien de GIMV geen aandeelhouder meer is van Kinopolis.

(c) Betreffende de vierde voorwaarde ten slotte is de Raad voor de Mededinging van mening dat voorafgaande instemming niet meer nodig is vanuit mededingingsrechtelijk perspectief, niet voor oprichting of vervanging van een bioscoopcomplex (interne groei) en evenmin voor overname van een bioscoopcomplex (externe groei).

Voor de interne groei neemt de Raad aan dat een nieuwe vestiging van Kinopolis – overigens op een territorium dat goeddeels is verzadigd – prijsconcurrentie kan aanscherpen en de keuzemogelijkheid voor de consument kan vergroten.

Voor de externe groei gaat de Raad er in wezen van uit dat het effect van die situatie niet verschilt van dat van een concentratie en dat de wetgever met het optrekken van de concentratiedrempels er voor heeft geopteerd om sommige concentraties die voorheen onder het voorafgaande toezicht vielen hieraan te onttrekken.

Hij beschouwt de instandhouding van de vierde voorwaarde als een niet wenselijk uitzonderingsregime.

### III. De grieven van de verzoekende partijen

12. VZW FCB formuleert drie grieven die de rechtspleging voor de Raad van de Mededinging betreffen: de samenstelling van de kamer van de Raad voor de Mededinging, de afwezigheid van een griffier en de toegang tot het dossier.

Het verzoek tot opheffing van de voorwaarden kon volgens haar ook niet worden ontvangen.

Ook de beoordeling ten gronde wordt bekritiseerd.

13. FCB acht het aanvankelijke verzoek van Kinopolis niet ontvankelijk aangezien het niet werd ingediend binnen een termijn van zes maanden voor het verstrijken van de geldingsduur van tien jaar die bij de Raadsbeslissing van 17 november 1997 is bepaald.

Ze werpt verder tegen dat de kamer van de Raad voor de Mededinging die over het verzoek heeft beslist niet was samengesteld volgens de voorschriften van artikel 19 WBEM en dat de terechtzitting werd bijgewoond door een persoon die was aangesteld als “waarnemend griffier”, terwijl de betrokkene niet de hoedanigheid van griffier of adjunct-griffier bezit.

Ook beklagt ze zich dat haar de toegang tot het dossier werd geweigerd waardoor ze haar recht om te worden gehoord niet daadwerkelijk kon uitoefenen.

14. Ten gronde doet ze gelden dat de Raad de marktpositie van Kinopolis en de incidentie van het behoud van de voorwaarden inadequaat heeft ingeschat.

Onder verwijzing naar het verslag van de auditeur en op grond van het volgens hem door Kinopolis gehouden marktaandeel stelt ze dat deze laatste wel degelijk over een machtspositie beschikt, terwijl zulks niet in aanmerking werd genomen.

Er werd volgens haar ook onterecht geen rekening gehouden met een evolutie op de bioscoopmarkt die inhoudt dat “pakketten” of “ticketten” worden aangeboden, hetgeen enkel voor Kinopolis een voordeel oplevert aangezien ze als enige over het vereiste geografisch gespreide netwerk beschikt.

Ook de toetreding van nieuwe spelers zou niet op haar juiste waarde zijn geschat omdat deze niet per se aantoonde dat er geen toetredingsbarrières bestaan. Nieuwe spelers zouden bestaande vervangen, maar Kinopolis zou als enige over de financiële kracht beschikken om nieuwe hoogtechnologische complexen op te richten. Verwezen wordt naar haar complex te Oostende.

15. UGC formuleert benevens enkele formele grieven hoofdzakelijk inhoudelijke kritiek.

Haar procedurele grieven betreffen: de weigering om toegang te verlenen tot een niet vertrouwelijke versie van het dossier op grond van artikel 57 § 2 WBEM en dienvolgens de schending van het grondbeginsel van het recht van verdediging; schending van de motiveringsplicht doordat niet werd geantwoord op argumenten die door UGC werden voorgedragen en de miskennis van de termijn van tien jaar die bij de Raadsbeslissing van 17 november 1997 werd opgelegd.

Inhoudelijk voert ze hoofdzakelijk het volgende aan: de Raad heeft het vereiste bewijsniveau van hetgeen Kinopolis diende aan te tonen niet opgelegd. Kinopolis diende aan te tonen dat zonder redelijke twijfel de situatie sedert 1997 zodanig is veranderd dat ze niet meer geniet van een machtspositie of niet meer in staat is om die positie op relatief korte termijn opnieuw te creëren indien de voorwaarden worden opgeheven.

Ze doet ook gelden dat de fundamentele redenering van de Raad inzake de opheffing van de voorwaarden fout zit waar zij wijst op de waarborgen uit de artikelen 2 en 3 WBEM versus 81 en 82 EG-Verdrag.

De reden hiervoor is dat aldus afbreuk wordt gedaan aan het doel van de concentratiecontrole, dat verschilt van de regelgeving inzake mededingingsbeperkende gedragingen of misbruik van machtspositie.

16. Utopolis bekritiseert eveneens de gedachtegang waarbij concentratiecontrole en de toepassing van de artikelen 2 en 3 of 81 en 82 EG-Verdrag als complementaire instrumenten worden beschouwd.

Zij leidt er uit af dat de redengeving van de Raad tekortschiet.

In het bijzonder oefent ze ook kritiek op de uiterst summiere beantwoording van de nota die ze voor de Raad heeft verdedigd en waarin ze de nadruk heeft gelegd op drie fenomenen: het hefboomeffect voor Kinopolis op de bioscoopmarkt dankzij haar positie op de distributiemarkt, het onderscheid tussen de Vlaamse en de Franstalige markt en de verdere expansie van bioscoopzalen door Kinopolis.

Haar hoofdgreep houdt in dat de vaststelling van de Raad als zouden de omstandigheden van de markt fundamenteel gewijzigd zijn, ongegrond is. Wat haar betreft kan de schorsing van de beslissing beperkt blijven tot de uitspraak over

de eerste en vierde voorwaarde die in 1997 door de Raad werden opgelegd.

17. Specifiek met betrekking tot de wettelijke voorwaarden inzake het voorhanden zijn van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voeren de verzoekers het volgende aan.

– De dominante positie van Kinopolis zal nog versterken, hetgeen blijkt uit de publieke aankondigingen die Kinopolis meteen na de beroepen beslissing deed en haar uitbreiding met een aantal complexen zal niet afdoende kunnen worden ongedaan gemaakt.

– De bioscoopbezoeker ondergaat op een aantal plaatsen een substantiële verschraving van het aanbod indien Kinopolis op een aantal plaatsen haar positie nog kan versterken, en onder andere is zulks het geval te Luik (Médiacité).

– Er wordt gewezen op een aantal recente voorvallen waaruit moet blijken dat Kinopolis haar eigen filmzalen beter bedient dan deze van de concurrenten en dat die handelingen niet meer kunnen worden ongedaan gemaakt.

#### IV. Het standpunt van partij Kinopolis

18. Kinopolis ziet geen enkele reden tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beroepen beslissing.

Naar haar inzien kan het schorsingsverzoek van de verzoekers niet worden ontvangen aangezien deze vordering is voorbehouden aan de onderneming die het voorwerp is van de beslissing van de Raad voor de Mededinging.

Ook zou de schorsing van de beslissing geen daadwerkelijk voorwerp hebben aangezien de beslissing zelf niet vatbaar is voor dwanguitvoering.

Het hoger beroep en het schorsingsverzoek van VZW FCB acht ze niet ontvankelijk omdat deze geen eigen belang kan doen gelden.

19. Verder stelt ze in het algemeen dat de schorsingsvoordring erg restrictief moet worden behandeld, dat het gevraagde buiten de rechtsmacht van het hof valt aangezien het voorliggende geschil geen toelaatbaarheid van een concentratie of een restrictieve mededingingspraktijk betreft.

Overigens zou een schorsingsbeslissing onwettig zijn en disproporzionele effecten hebben onder andere wegens het impact op de beurskoers.

Tot slot betoogt ze dat geen van de verzoekers ernstige middelen aanvoeren en een moeilijk te herstellen ernstig nadeel bewijzen.

#### V. De ontvankelijkheid van de beroepen en van de verzoeken tot schorsing

20. De drie partijen die beroep hebben ingesteld, werden tijdens de rechtspleging voor de Raad voor de Mededinging gehoord als derden die een voldoende belang doen blijken, zoals bepaald in artikel 57 § 2, derde lid WBEM.

Zij hadden hierom gevraagd en de voorzitter van de kamer heeft bij verschillende beschikkingen van 23 maart 2007 geoordeeld dat zij als potentiële concurrenten van Kinapolis van een voldoende belang deden blijken, met toepassing van artikel 12 van het koninklijk besluit van 31 oktober 2006 betreffende de procedures inzake bescherming van de economische mededinging.

21. Artikel 76 § 2 schrijft voor dat het beroep waarin artikel 75 van de WBEM voorziet ook kan worden ingesteld door elke persoon die overeenkomstig artikel 57 § 2 WBEM een belang kan doen gelden en die aan de Raad gevraagd heeft te worden gehoord.

De drie verzoekende partijen voldoen ieder aan dit voorschrift en bijgevolg is hun hoger beroep ontvankelijk wat hun hoedanigheid betreft.

Het is eveneens ontvankelijk wat hun vereist belang aangaat omwille van volgende redenen.

De Raad heeft geoordeeld dat ze een voldoende belang doen blijken en hieruit mag worden afgeleid dat de Raad van oordeel was dat de thans beroepen beslissing van die aard is dat ze de belangen van de concurrenten van Kinapolis kan schaden doordat hun positie op de markt erdoor kan wijzigen.

Op dit punt wordt de beroepen beslissing trouwens niet bekritiseerd.

Ook moet er rekening mee worden gehouden dat de beslissing die het hof zou nemen hun belangen kan beïnvloeden.

22. Het middel dat tegen die conclusie ingaat en inzonderheid ook ten aanzien van de VZW FCB betoogt dat deze verzoekende partij geen belang kan hebben, strijdt met het geciteerde voorschrift van de WBEM en wordt verworpen.

23. Het hof beaamt evenmin dat de verzoekers niet gerechtvaardigd zijn om een schorsingsverzoek in te dienen en dat zulks voorbehouden is aan de onderneming die het voorwerp is van de beslissing.

Deze stelling, die met name stoelt op het onderscheid tussen bepalingen in de oude WBEM (art. 43bis § 4) en het nieuwe voorschrift vindt nochtans geen steun in enige wetsbepaling, noch in de wetsgeschiedenis.

Blijkens de *Memorie van Toelichting* en inzonderheid de artikelsgewijze commentaar was het de bedoeling van de wetgever om aan het hof een algemene schorsingsbevoegdheid toe te kennen wegens de verregaande impact die de beslissingen van de Raad voor de Mededinging kunnen hebben op de markt en ondernemingen (KvV, *Parl. doc.*, 51 2180/001, p. 69).

Artikel 76 § 4 WBEM schrijft voor dat de tenuitvoerlegging geheel of gedeeltelijk kan worden geschorst op verzoek van “de belanghebbende”.

Blijkens de wetsgeschiedenis wordt de bevoegdheid uitgeoefend op “*uitdrukkelijk verzoek van de belanghebbende partijen*” (KvV, *Parl. doc.*, 51 2180/001, *ibid.*).

Er is geen aanwijsbare reden om aan te nemen dat “de belanghebbende” die bedoeld wordt in dit wetsartikel anders moet worden begrepen dan de “persoon die een belang kan doen” vermeld in § 2 van hetzelfde wetsartikel.

24. Evenmin is er reden om aan te nemen dat in het voorliggende geval een schorsing geen belang kan hebben omdat ze geen werkzaam resultaat kan hebben wegens de draagwijdte van de beroepen beslissing, die geen mogelijkheid biedt tot dwanguitvoering.

Immers, de beroepen beslissing heft alle “voorwaarden” (gedragsmaatregelen) op waaraan Kinapolis zich dient te houden gedurende een periode van minstens tien jaar na de toelating van de concentratie.

Wanneer het hof beslist om deze beslissing te schorsen, krijgen de opgeheven voorwaarden opnieuw hun uitwerking volgens hetgeen werd bepaald in de Raadsbeslissing van 17 november 1997.

Ook dit gegeven levert overigens steun voor de these dat de verzoekende partijen die concurrenten zijn van Kinapolis, een rechtstreeks belang kunnen doen gelden bij hun verzoek tot schorsing van de bestreden beslissing.

## VI. De grond van het schorsingsverzoek

25. In het algemeen overweegt het hof dat binnen het bestek van een schorsingsverzoek krachtens wetsbepaling de vordering beoordeeld wordt alvorens recht te doen.

Dit houdt in dat het hof slechts heeft na te gaan of de ernst van één of meer middelen van die aard is dat moet worden aangenomen dat bij de beoordeling ten gronde hun aanvoering vermoedelijk zal leiden tot vernietiging van de bestreden beslissing.

Er wordt in dit stadium van de rechtspleging dus in regel niet ingegaan op alle details van de standpunten en van de gegevens van het dossier.

26. De grief betreffende de onwettige samenstelling van de kamer van de Raad voor de Mededinging die over het verzoek heeft beslist, houdt in dat zij niet was samengesteld zoals voorgeschreven bij artikel 19 van de WBEM.

De kamer was samengesteld uit de volgende leden van de Raad: de voorzitter, de ondervoorzitter en een raadslid dat zijn ambt voltijds uitoefent.

De advocaat van VZW FCB heeft bij een faxbericht van 3 mei 2007 om mededeling gevraagd van een kopie van de beslissing van de algemene vergadering waaruit de samenstelling van de verschillende kamers blijkt. Voordien had hij hierom al verzocht in een nota die hij op 30 maart 2007 had ingediend. Hij heeft die informatie niet kunnen bekomen.

Bij brief van 9 mei 2007 antwoordde de voorzitter van de Raad hierover: *“Voor de behandeling van de zaak werd aangevat kon de samenstelling van die kamer gekend worden door een eenvoudig verzoek in die zin te richten aan de griffie van de Raad voor de Mededinging.”*

27. Artikel 19, eerste lid WBEM schrijft voor. *“De Raad wordt ingedeeld in kamers, elk bestaande uit drie raadsleden. De algemene vergadering van de Raad legt jaarlijks de samenstelling van de kamers vast en kiest daaruit de voorzitters.”*

Het tweede lid bepaalt dat de voorzitter van de Raad de zaken toewijst aan de kamers.

Blijkens artikel 11 § 2 WBEM vormt de algemene vergadering van de Raad naast het auditoraat en de griffie één van de drie samenstellende componenten van de Raad voor de Mededinging.

De artikelen 22, 23 en 24 WBEM verstreken nadere regels over de samenstelling en de werking van de algemene vergadering.

De algemene vergadering is samengesteld uit de voorzitter, de ondervoorzitter en de raadsleden.

28. Omtrent artikel 19 WBEM bevat de *Memorie van Toelichting* bij het aanvankelijke wetsontwerp (inzonderheid de artikelsgewijze commentaar: KvV *Parl. doc.*, 51 2180/001, p. 48) volgende passus: *“Met uitzondering van de beslissingen die de Raad voor de Mededinging in algemene vergadering moet nemen in uitvoering van specifieke bepalingen van deze wet, oefent hij de bevoegdheden die hem door de wet worden toegekend uit door middel van kamers bestaande uit drie raadsleden. De samenstelling van deze kamers wordt vastgelegd door de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging. Het aanduiden van het lid dat het voorzitterschap van elke kamer zal waarnemen komt eveneens toe aan de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging.”*

De wetgever heeft zodoende een voorheen toegepaste werkwijze waarbij over de samenstelling van een kamer van de Raad door de voorzitter en eventueel zaaksgericht kon worden beslist (art. 4 van het huishoudelijk reglement van de Raad voor de Mededinging) verlaten en geopteerd voor de waarborg van een goeddeels transparant stelsel waarbij de samenstelling van iedere kamer op voorhand en bij een collegiale beslissing wordt vastgelegd.

Het prerogatief om te beslissen over de samenstelling van de kamers en om hun voorzitters aan te wijzen komt toe aan de algemene vergadering. Haar beslissing heeft rechtens een geldingsduur van één werkingsjaar.

29. Geen van de voorliggende dossierstukken die door de Raad voor de Mededinging aan het hof werden overgemaakt volgens het ministerieel besluit van 31 oktober 2006 doet blijken dat over de samenstelling van de kamer die de beroe-

pen beslissing heeft getroffen, werd beslist door de algemene vergadering van de Raad, zoals bepaald in artikel 19 WBEM.

De tegenwerping van Kinopolis dat op 16 april 2007 over die samenstelling nog niet kon worden beslist aangezien de auditeur-generaal nog niet was benoemd, spoort niet met de draagwijdte van artikel 22, tweede lid WBEM.

Immers, volgens dit voorschrift wordt de auditeur-generaal wel opgeroepen tot de algemene vergadering, maar indien de functie van auditeur-generaal vacant is, kan de betrokkene niet worden opgeroepen.

Er bestond dus geen wettelijk beletsel voor de algemene vergadering van de Raad om de nodige beslissing inzake samenstelling van de kamers en de aanwijzing van hun voorzitters prompt te nemen na het aantreden van de leden ervan met ingang van 1 maart 2007.

30. Wanneer de kamer die over een zaak heeft te beslissen niet is samengesteld op de wijze die door de wet is bepaald, heeft zulks de nietigheid van haar beslissingen tot gevolg.

De voorschriften die deze samenstelling betreffen, raken immers de openbare orde.

Het middel lijkt dus ernstig.

31. Betreffende de schending van het recht om te worden gehoord afgeleid uit het feit dat de toegang tot het dossier tijdens de rechtspleging voor de Raad van de Mededinging werd geweigerd, dient het volgende te worden overwogen.

In de beschikkingen van de voorzitter van de Raad waarbij de verzoeken om toegang te krijgen tot het dossier telkens worden verworpen, wordt een voorschrift uit de WBEM hiertoe niet expliciet aangevoerd.

Er wordt in wezen overwogen dat de wettelijke bepalingen inzake concentratiecontrole niet voorzien in de mogelijkheid dat een persoon die een voldoende belang doet blijken en om die reden door de kamer van de Raad wordt gehoord, kennis kan nemen van het verslag van de auditeur of toegang kan hebben tot het dossier.

32. De behandeling van het verzoek van Kinopolis situeert zich in de fase van opvolging van de beslissing waarbij een concentratie werd toegelaten onder een aantal gedragsvoorwaarden.

Onder de vigeur van de huidige WBEM zou de Raad bij hypothese dus beslist hebben om na de aanmelding de procedure van bijkomend onderzoek in te zetten, zoals bedoeld in artikel 58 § 2, eerste lid, 3°.

In dit geval van bijkomend onderzoek wordt de verdere rechtspleging voor de Raad beschreven in artikel 59 van de WBEM.

Er moet worden aangenomen dat de rechtspleging die gevoerd wordt wegens de inhoud van gedragsvoorwaarden

die werden beslist als gevolg van de toepassing van artikel 58 § 2, eerste lid, 3° WBEM door dezelfde beginselen wordt beheerst als deze die gelden voor de procedure van bijkomend onderzoek.

Artikel 59 § 3, dat die procedure beheerst, verleent aan de *“personen die overeenkomstig artikel 57 § 2 tussenkomen”* het recht om schriftelijke opmerkingen in te dienen na de neerlegging van het bijkomend verslag van de auditeur.

33. Anders dan in het geval van een beslissing inzake restrictieve mededingingspraktijken (art. 48 § 2, tweede lid) wordt bij beslissingen inzake concentraties het recht om toegang te hebben tot het dossier voor personen die door de Raad als “belanghebbend” zijn erkend, niet expliciet behandeld.

Toch moet worden aangenomen dat, eens een persoon de hoedanigheid van belanghebbende heeft verkregen, zijn recht om te worden gehoord niet kan worden losgekoppeld van het recht om toegang te hebben tot dossierstukken.

Beide zijn immers vereist om een daadwerkelijke inhoud te geven aan het fundamenteel recht op verdediging dat volgens de beginselen van het communautaire recht ook het nationaal mededingingsrecht moet doortrekken.

Aan de behoorlijke naleving van het recht op verdediging staat overigens niet in de weg dat in zaken die de toepassing van de WBEM betreffen, het recht op inzage van dossierstukken wordt onderworpen aan de beperkingen die vereist zijn wegens het mogelijk vertrouwelijk karakter van dossiergegevens of dat de omvang van het inzagerecht wordt afgelijnd in functie van de noden van de als belanghebbend erkende personen om hun recht om te worden gehoord behoorlijk te kunnen uitoefenen.

34. De grief volgens dewelke het recht op verdediging tijdens de rechtspleging voor de Raad werd miskend, aldus begrepen dat onterecht in het algemeen inzage van dossierstukken werd geweigerd, zonder dat vooraf vastgesteld werd dat het dossier alleen maar beschermbare vertrouwelijke gegevens bevat, en zonder acht te slaan op de noden van de belanghebbende partijen, lijkt aldus gegrond.

Het besproken middel is eveneens ernstig.

35. De verzoekers zijn vervolgens van oordeel dat het verzoek onterecht werd ontvangen aangezien de Raadsbeslissing van 17 november 1997 als vijfde voorwaarde vermeldt dat de voorwaarden gelden voor een verlengbare termijn van tien jaar en dat een verzoek tot opheffing van de voorwaarden voor een navolgende periode kon worden ingediend zes maanden voor het verstrijken van die termijn.

Uit deze voorwaarde kan nochtans niet worden afgeleid dat Kinopolis een verzoek tot opheffing van voorwaarden niet eerder dan in april 2007 kon indienen.

De “zes maanden” lijken aldus te moeten worden begrepen dat het een minimale wachttijd betreft waarover de Raad wenst te beschikken en die onder de vijfde voorwaarde

wordt uitgedrukt in functie van het einde van de tienjarige termijn.

Een verzoek kon dus ook vroeger worden ingediend zodat de Raad over een ruimere periode dan zes maanden zou beschikken om het af te handelen.

36. De kritiek van de verzoekers lijkt nochtans wel gegrond in zoverre deze aldus wordt begrepen dat een vervroegd ingediend verzoek niet kon leiden tot een verkorting van de eerder door de Raad besliste periode van tien jaar.

De Raad heeft immers op 17 november 1997 beslist dat de opgelegde gedragsvoorwaarden gedurende ten minste tien jaar van kracht bleven. De mogelijkheid tot het eerder, naar omstandigheden, opheffen ervan werd niet open gelaten.

Deze beslissing is geen onderwerp geweest van hoger beroep en haar gezag van gewijsde is dan ook definitief geworden.

37. Zodoende lijkt te moeten worden aangenomen dat de beroepen beslissing de opheffing van de voorwaarden niet eerder uitwerking kon geven dan ná 17 november 2007.

Het lijkt overigens ook weinig waarschijnlijk dat een beslissing al meteen ná 17 november 2007 uitwerking kon krijgen aangezien in de Raadsbeslissing van 17 november 1997 besloten ligt dat met het oog op een eventuele wijziging of opheffing van de voorwaarden de marktsituatie vanaf 17 november 2007 dient in aanmerking te worden genomen.

In dit opzicht is het middel ernstig.

38. Ten gronde heeft de Raad als uitgangspunt gehuldigd dat de marktomstandigheden in een afdoende mate zijn gewijzigd opdat de voorwaarden niet meer hoeven te worden gehandhaafd.

Betreffende die wijzigingen wordt nochtans niet aangegeven op grond van welk door Kinopolis aangevoerd gegeven kan worden aangenomen dat zulke wijzigingen het effect van de anno 1997 opgelegde voorwaarden kunnen ondervangen.

Hierbij weze opgemerkt dat met uitzondering voor de afgenomen HHI-index en het aandeel daarin van Kinopolis, de gewijzigde omstandigheden waarvan wordt gewag gemaakt weinig concreet zijn en goeddeels berusten op verwachtingen inzake evoluties waarvan het effect niet concreet kon worden ingeschat.

39. Voor de cijfergegevens waarop werd gesteund, inzonderheid wat het marktaandeel van Kinopolis betreft en waarvoor door de verzoekers andere cijfers werden geciteerd, gaat de beslissing niet op de discussie in.

Hetzelfde lijkt het geval te zijn voor andere relevante aspecten inzake de marktstructuur, zoals de verdere uitbouw van de verticale integratie door Kinopolis en de afweging van de relatieve betekenis van andere marktspelers, die in alle regio's een niet nader bepaalde concurrentiële druk zouden kunnen uitoefenen, maar slechts marktaandelen zouden

bezitten die in geen enkele verhouding staan ten opzichte van Kinopolis en niet kunnen bogen op een vergelijkbare financiële kracht.

Ook al hoeft de Raad niet te antwoorden op alle aanvoeringen van de verzoekers om zijn beslissing afdoende te motiveren, toch blijft wegens het onbeantwoord laten van die aangereikte gegevens in het ongewisse op welke grond de voorkeur werd gegeven aan de geselecteerde gegevens.

40. Ook de principiële kritiek betreffende de redengeving die het bestaan van gedragsvoorwaarden overbodig acht ingevolge de mogelijke toepassing van de artikelen 2 en 3 WBEM versus 81 en 82 EG-Verdrag lijkt niet irrelevant.

De doeleinden van het proactieve concentratietoezicht – voorkomen van marktstructuren die een machtspositie kunnen doen ontstaan of versterken waardoor de mededinging wordt beperkt – lijken bij die benadering veronachtzaamd.

41. Verder overweegt het hof dat de Raad niet verwijst naar door Kinopolis aangereikte gegevens waaruit kan worden afgeleid dat de wijzigingen in de marktomstandigheden die de Raad heeft aangehaald zich niet anders zouden voorgedaan hebben indien de voorwaarden anno 1997 niet waren opgelegd.

Of anders uitgedrukt: indien het zo zou zijn dat de machtspositie die werd vastgesteld ten tijde van de beslissing van 17 november 1997 en die er toe leidde dat voorwaarden werden opgelegd, niet meer voorhanden is – hetgeen de verzoekers stellig betwisten – dan kan zulks geen reden vormen om de voorwaarden op te heffen, indien het net die voorwaarden zijn die er hebben toe geleid dat die machtspositie niet verder is uitgebreid of dat ze werd ingeperkt.

In dat geval lijkt immers te moeten worden aangenomen dat redelijkerwijze mag worden gevreesd dat de opheffing van de voorwaarden de machtspositie die de concentratie in beginsel ontoelaatbaar maakte opnieuw zal ontstaan of verder zal uitbreiden.

42. Ook betreffende de grond van de mededingingsrechtelijke aspecten die de opheffing van de voorwaarden betreffen, worden zodoende ernstige middelen aangevoerd.

43. Dan blijft de vraag of naar rede kan worden aangenomen dat er risico op een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel rijst indien de tenuitvoerlegging van de beroepen beslissing niet wordt geschorst.

Hierbij worden volgende elementen in aanmerking genomen:

– de ernstige middelen betreffen zowel het inhoudelijke als het formele aspect van de beroepen beslissing; indien de beroepen beslissing wordt vernietigd wegens formele tekortkomingen zou het hof de inhoud ervan wellicht niet zonder meer hernemen;

– de tenuitvoerlegging heeft onder meer voor gevolg dat – met uitzondering van de derde voorwaarde die geen belang meer heeft – Kinopolis aan geen enkele proactieve opvolging meer is onderworpen;

– Kinopolis heeft meteen na de uitspraak van de beroepen beslissing al publiek gemaakt dat ze substantiële expansieplannen koestert, onder meer te Ieper. FCB en UGC maken in hun opmerkingen gewag van mogelijke initiatieven te Bergen en te Luik en in berichtgeving van kranten wordt dit gegeven bevestigd.

44. Uit het feit dat de concentratie niet werd toegelaten tenzij onder de vastgestelde voorwaarden blijkt dat de Raad in november 1997 van oordeel was dat zonder die voorwaarden er een ernstig gevaar bestond voor beperking van de mededinging.

De beslissing van 17 november 1997 diende minstens tot 16 november 2007 uitwerking te krijgen.

Indien de beroepen beslissing niet wordt geschorst zijn de gevolgen hiervan door het enkel tijdsverloop onomkeerbaar wat de geldingsduur betreft van de beslissing van 17 november 1997.

De promptte publicatie van expansieplannen door Kinopolis maakt aannemelijk dat ze al plannen vorm heeft gegeven, die onder de voorwaarden niet zonder voorafgaande toelating konden worden uitgevoerd.

In termen van inschatting van dit gegeven volgens de beslissing van 17 november 1997 betekent zulks dat Kinopolis een machtspositie kan herwinnen of verstevigen, waarvan destijds werd geoordeeld dat ze schadelijk was voor het algemeen economisch belang, voor dat van de concurrerende ondernemingen en ook dat van de consumenten.

Die nadelen zijn ernstig en ook moeilijk te herstellen.

45. Verder kan niet worden aangenomen dat een schorsing van de beroepen beslissing voor Kinopolis een disproportioneel nadelig gevolg zou veroorzaken.

De vaststelling dat er ernstige middelen worden aangevoerd en dat de beslissing ernstige en moeilijk te herstellen nadelen met zich brengt, houdt meteen in dat de kans bepaald gering is dat bij de beoordeling van de verzoeken ten gronde de beslissing alsnog overeind zal blijven.

Er kan dan geen reden bestaan om de geïncrimineerde beslissing voorlopig een voordeel te laten bezorgen dat op het ogenblik waarop ze werd genomen niet mocht zijn toegekend.

## VII. De nadere instaatstelling van de verzoeken ten gronde

46. Uit de overwegingen die boven zijn verstrekt betreffende de toegang tot dossierstukken voor de verzoekers volgt dat hierover nader moet worden beslist.

Het verdere verloop van de rechtspleging en de termijnen voor indiening van schriftelijke opmerkingen ten gronde dienen eveneens te worden behandeld.

Met het oog hierop stelt het hof de gevoegde zaken voor behandeling vast op de hierna bepaalde terechtzitting van de achttiende kamer van het hof.

Om deze redenen:

Het hof,

(...)

Beslist na tegenspraak,

(...)

Ontvangt de beroepen,

Ontvangt de tussenkomsten,

Ontvangt de verzoeken tot schorsing en verklaart ze gegrond,

Schorst de tenuitvoerlegging van de beslissing nr. 2007-C/C-12 van 16 april 2007 van de Raad voor de Mededinging tot op de datum waarop het hof over de grond van de verzoeken zal beslist hebben.

(...)