

Beslissing nr. 2009-V/M-05 van 14 april 2009

Zaak MEDE-V/M-08/0021: UGC Belgium NV / Kinopolis Group NV – Beroep van UGC Belgium NV bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging tegen Beslissing nr. 2008-V/M-58-AUD van 7 november 2008

I.	Verzoek om voorlopige maatregelen, beslissing tot sepot, en beroep: overzicht.....	2
II.	Beslissing tot sepot.....	3
III.	Beroep van UGC	6
IV.	Wettelijke bepalingen betreffende het beroep	8
V.	Ontvankelijkheid van het beroep	9
VI.	Geldigheid van het verzoekschrift tot beroep	9
VII.	Procedureverloop in beroep: toepasselijke regels.....	10
VIII.	Procedureverloop in beroep: in deze zaak.....	10
IX.	Rechtsmacht van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging als beroepsrechter.....	12
X.	Beoordeling van de beroepsgrievan.....	12
A.	Het belang	12
(i)	Inleiding	12
(ii)	Belang bij verzoek om voorlopige maatregelen	12
(iii)	Belang bij verzoek om voorlopige maatregelen in onderhavige zaak	13
(iv)	Belang bij verzoek om voorlopige maatregelen: beperkte draagwijdte	13
(v)	Belang bij de klacht	14
(vi)	Belang bij de klacht in het kader van een verzoek om voorlopige maatregelen.....	14
(vii)	Belang bij de klacht in het kader van het verzoek om voorlopige maatregelen in onderhavige zaak.....	15
(viii)	Draagwijdte van het belang in het contentieux van de voorlopige maatregelen	15
(ix)	Onderzoek van de aangevochten beslissing met betrekking tot het belang	16
(x)	Besluit i.v.m. het belang	16
B.	Ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de onderneming waarvan de belangen aangetast worden en schade voor het algemeen economisch belang.....	16
(i)	Inleiding	16
(ii)	Wat betreft dringendheid	17
(iii)	Wat betreft het gekwalificeerde nadeel.....	17
(iv)	Wat betreft de schade aan het algemeen economisch belang	19
XI.	Gegrontheid van het beroep.....	19
XII.	Verwijzing naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag	20
(i)	Algemeen.....	20
(ii)	Wat betreft de prima facie inbreuk.....	21
	Beschikkend gedeelte	22

I. Verzoek om voorlopige maatregelen, beslissing tot sepot, en beroep: overzicht

1. Op 11 juli 2008 heeft UGC Belgium NV (hierna: UGC) bij de Raad voor de Mededinging een “plainte pour abus de position dominante, assortie d’une demande de mesures provisoires” [vrij vertaald: een klacht wegens misbruik van machtspositie, gepaard gaande met een verzoek om voorlopige maatregelen] ingediend tegen Kinopolis Group NV (hierna: Kinopolis). De klacht kreeg het nummer CONC-P/K-08/0020 en het verzoek om voorlopige maatregelen het nummer CONC-V/M-08/0021.

Het beschikkende gedeelte van het door UGC ingediende formulier PK / VMP luidt als volgt:

“(…) Kinopolis a abusé de sa position dominante sur le marché liégeois de projection de films en salle, en violation de l’article 3 de (la) loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique et de l’article 82 du Traité CE.

Par conséquent, cette plainte vise à:

- obtenir, à titre provisoire, la suspension des travaux de construction du complexe cinématographique à Médiacité, en exécution de l’accord conclu entre Kinopolis et le promoteur Wilhelm, afin d’éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par cette pratique, dont UGC, conformément à l’article 62 § 1^{er} de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique, et par conséquent, obtenir la constatation que Kinopolis ne peut pas construire son projet de cinéma à Liège ;
- obtenir, à titre définitif:
- l’interdiction pour Kinopolis de construire et d’exploiter un complexe cinématographique à Médiacité ; et
- le prononcé d’une amende administrative à l’encontre de Kinopolis, conformément aux articles 63 et suivants de la loi du 15 septembre 2006;
- Et par conséquent, obtenir la sauvegarde des droits d’UGC à la réalisation de son complexe cinématographique sur le site de Médiacité à Liège.”

[vrij vertaald:

“Kinopolis heeft misbruik gemaakt van haar machtspositie op de Luikse markt voor het vertonen van films in zaal, in overtreding van artikel 3 van de wet van 15 september 2006 tot de bescherming van de economische mededinging en van artikel 82 EG.

Dientengevolge strekt deze klacht

- op voorlopige wijze, tot opschorting van de bouwwerkzaamheden aan het bioscoopcomplex te Médiacité, ter uitvoering van het akkoord gesloten tussen Kinopolis en de projectontwikkelaar Wilhelm, teneinde een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken aan de ondernemingen van wie de belangen worden geraakt door deze praktijk, waaronder UGC, overeenkomstig artikel 62 § 1 van de wet van 15 september 2006 op de bescherming van de economische mededinging, en bijgevolg tot vaststelling dat Kinopolis haar bioscoopproject te Luik niet mag oprichten;
- op definitieve wijze:
- tot het verbod voor Kinopolis om een bioscoopcomplex te Médiacité op te richten en uit te baten; en

- tot het opleggen van een administratieve boete ten laste van Kinopolis, overeenkomstig artikelen 63 en volgende van de wet van 15 september 2006;
- en bijgevolg tot het vrijwaren van de rechten van UGC om haar bioscoopcomplex op de site van Médiacité te Luik te verwezenlijken.”]

2. Kinopolis heeft aan het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging laten weten dat het onderzoek zou worden verricht en de procedure zou worden voortgezet in het Nederlands.

Bij aangetekende brief van 29 juli 2008 heeft de adjunct-griffier van de Raad aan de raadsman van UGC laten weten dat de verdere behandeling van klacht en verzoek om voorlopige maatregelen in het Nederlands zou gebeuren, zodat de nummers waarmee zij ter griffie bekend zijn werden gewijzigd in respectievelijk MEDE-P/K-08/0020 en MEDE-V/M-08/0021.

3. Bij beslissing nr. 2008-V/M-58-AUD van 7 november 2008 (hierna: de aangevochten beslissing) heeft de heer auditeur Antoon Kyndt het verzoek om voorlopige maatregelen geseponeerd.

4. Op 5 december 2008 heeft UGC beroep ingesteld tegen de aangevochten beslissing bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

Het beroep strekt ertoe:

“

- dit beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren; in het bijzonder te erkennen dat UGC over het vereiste belang beschikt voor het instellen van een klacht en een verzoek tot voorlopige maatregelen, en dat UGC door de misbruiken van Kinopolis een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel heeft geleden dat dringend moet worden vermeden; de beslissing nr. 2008-V/M-58-AUD van 7 november 2008 tot sepot van de klacht van UGC Belgium NV tegen Kinopolis Group NV van de Auditeur vervolgens te vernietigen;
- het dossier terug te zenden naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag over de aanwezigheid een ‘prima facie’ inbreuk van artikel 3 WEM/artikel 82 EG, en over de volgende voorgestelde maatregelen:
 - op voorlopige wijze:
 - de opschorting van de bouwwerkzaamheden van het bioscoopcomplex te Médiacité, ter uitvoering van het akkoord gesloten tussen Kinopolis en de projectontwikkelaar Wilhelm, te verkrijgen, teneinde een situatie te vermijden die in staat is een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel toe te brengen aan de ondernemingen, waaronder UGC, van wie de belangen worden geraakt door deze praktijk, op basis van artikel 62, § 1 van de wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging, en vervolgens, te horen vaststellen dat Kinopolis haar bioscoop project te Luik niet mag oprichten,
 - op definitieve wijze:
 - het verbod voor Kinopolis te horen vaststellen om een bioscoopcomplex te Médiacité op te richten en uit te baten; en
 - een administratieve boete te horen opleggen ten laste van Kinopolis, op grond van de artikelen 63 en verder van de wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging;
 - en vervolgens, de garantie te verkrijgen van het recht van UGC om haar bioscoopcomplex op de site van Médiacité te Luik te kunnen realiseren.”

II. Beslissing tot sepot

5. De aangevochten beslissing kan als volgt worden samengevat.

6. Volgens de auditeur moeten volgende voorwaarden cumulatief vervuld zijn om voorlopige maatregelen te kunnen nemen:

- het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang voor de klager;
- het bestaan van een prima facie inbreuk op de WBEM;
- het vermoeden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel dat in verband staat met de aanklaagde praktijk en dat dringend moet worden vermeden.

7. De auditeur stelt vast dat een klacht werd ingediend.

8. In verband met het rechtstreeks en dadelijk belang overweegt en beslist de auditeur het volgende (randnummers 9 t.e.m.11 hierna).

9. Artikel 44, § 1, 2^o van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna: WBEM) schrijft voor dat het onderzoek van de zaken door het Auditoraat gebeurt o.m. na een klacht van een natuurlijke of rechtspersoon die aantoonbaar daarbij een rechtstreeks en dadelijk belang te hebben.

Dit zou inhouden dat de klager ook een belang moet hebben bij het verzoek om voorlopige maatregelen op zich.

Uit de vaste rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel en van de Raad voor de Mededinging zou blijken dat het belang van de klager gelijk is aan het belang van de eiser van een vordering in rechte waarop artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing zijn. Volgens artikel 18 moet het belang reeds verkregen en dadelijk zijn.

Met verwijzing naar het Handboek gerechtelijk recht (Intersentia, 2004, p. 84) van J. Laenens e.s. (die op hun beurt refereren aan het artikel van R. De Corte in het Tijdschrift voor Privaatrecht 1980, p. 22) wordt het belang omschreven als elk materieel of moreel voordeel dat wie een eis instelt of verweer voert, op het ogenblik van de rechtsingang mag verwachten en waardoor zijn huidige rechtstoestand gewijzigd en verbeterd kan worden.

Met dezelfde auteurs stelt de auditeur dat het belang, in beginsel, reeds verkregen en dadelijk, persoonlijk en rechtstreeks, en rechtmatig en beschermenswaardig moet zijn.

10. Vervolgens maakt de auditeur een globale vergelijking tussen de feiten die UGC als grondslag voor haar klacht en verzoek aanhaalt, enerzijds, en de feiten zoals zij blijken uit het onderzoek waartoe het verzoek om voorlopige maatregelen heeft geleid, anderzijds.

Volgens de auditeur blijkt uit het onderzoeksdossier “een enigszins andersluidend verhaal dan dat geschetst door verzoeker” (randnummer 15 van de aangevochten beslissing).

Met betrekking tot de oprichting van een bioscoopcomplex op de site Médiacité te Luik zou eerst UGC hebben gecontracteerd met CPL (Compagnie de Promotion de Liège, een dochter van de projectontwikkelaar Wilhelm). Later zou Kinopolis de gegadigde van CPL voor de oprichting van het bioscoopcomplex te Médiacité zijn geworden.

Het andersluidend verhaal heeft volgens de auditeur betrekking op de omstandigheden waarin niet meer UGC maar wel Kinopolis de verkozen partner van CPL is geworden:

- CPL zou op grond van negatieve signalen beginnen twijfelen zijn aan de financiële draagkracht van UGC, en garanties hebben gevraagd (op 28 februari 2006), die UGC niet zou hebben gegeven.
- UGC zelf zou hebben toegegeven (op 29 juni 2005) dat zij een overeenkomst met CPL uit 2003 als “caduque” beschouwde. De kortgedingrechter zou al twee keer hebben vastgesteld dat er geen

overeenkomst tussen UGC en CPL meer bestond. Er kon geen overeenstemming worden bereikt over een nieuwe overeenkomst.

- Gewijzigde omstandigheden zouden van invloed kunnen zijn geweest op het oorspronkelijke project van UGC. De auditeur vermeldt de gewijzigde plannen van RTBF voor Médiacité, en de komst van het nieuwe complex Sauvenière van Les Grignoux vzw.
- Kinopolis heeft kunnen dingen naar deelname aan het Médiacitéproject omdat CPL zich tot de markt heeft gewend nadat zij geen financiële garantie kon bekomen van UGC.

11. De auditeur vervolgt met de overweging dat UGC dient aan te tonen dat zij wel degelijk belang heeft bij de gevraagde voorlopige maatregelen.

Volgens de auditeur heeft UGC geen belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen “omdat de gevraagde voorlopige maatregelen de situatie van UGC niet zouden wijzigen en geen effectief materieel of moreel voordeel zouden geven” (randnummer 16 van de aangevochten beslissing).

Tot dat besluit komt de auditeur op grond van volgende overwegingen:

“Uit het onderzoeksdossier blijkt dat het enige resultaat van de gevraagde voorlopige maatregel een uitstel zou betekenen van de bouwwerken van Kinopolis aan het Kinopolis-project te Longdoz. Op basis van de informatie in het onderzoeksdossier blijkt dat dit uitstel niets verandert aan de situatie van de verzoeker. Er zijn immers geen aanwijzingen dat UGC een eigen bioscoopcomplex zal kunnen realiseren op die plaats. Er is geen overeenkomst meer met CPL en deze laatste wenst ook niet meer met UGC te onderhandelen gelet op de door rechtszaken verzuurde relatie en voorgeschiedenis (nr. 15). Bovendien was voor verzoeker een bioscoopcomplex met 16 zalen en 4000 zetels essentieel, wat binnen het huidige Médiacité-project niet langer mogelijk is.” (eveneens in randnummer 16 van de aangevochten beslissing).

12. Hoewel de auditeur had overwogen dat de afwezigheid van één van de toepassingsvoorwaarden voor voorlopige maatregelen volstaat om tot het besluit te komen dat geen voorlopige maatregelen opgelegd kunnen worden, zodat hij “niet alle voorwaarden (dient te) analyseren van zodra één voorwaarde niet is vervuld” (zie randnummer 13 van de aangevochten beslissing), onderzoekt hij, na zijn beslissing over de ontstentenis van het belang van UGC, of het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door de mededingingsbeperkende praktijk van de betrokken onderneming of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang (art. 62, § 1 WBEM).

Ook dat onderzoek draait negatief uit (zie randnummers 13 t.e.m.16 hieronder).

13. Met betrekking tot het rechtens vereiste nadeel overweegt de auditeur bijkomend dat het nadeel “van concurrentiële aard” dient te zijn, “hetgeen impliceert dat niet alleen de situatie van de klager, maar ook die van de gehele betrokken markt in aanmerking genomen dient te worden. Een nadeel is concurrentieel van aard wanneer degene die de voorlopige maatregelen vraagt, dreigt uit de markt te verdwijnen of wanneer de gewraakte praktijk de mededingingsvoorwaarden onherstelbaar verstoort” (randnummer 18 van de aangevochten beslissing, met verwijzing naar een beslissing van de voorzitter van de Raad van 1995 en een arrest van het Hof van beroep te Brussel van 2001).

14. Volgens de auditeur zou UGC door de verwezenlijking van het Kinopolis-project op de site van Médiacité niet terechtkomen in een minder gunstige toestand.

UGC zou geen omzetverlies lijden en haar ontwikkeling zou niet worden aangetast. De toegang van UGC tot de Luikse markt wordt immers niet belemmerd.

Een complex dat voor UGC fundamenteel was, namelijk één van 16 zalen en 4000 plaatsen, zou niet meer mogelijk zijn in Médiacité.

Het project van Kinopolis voor Médiacité zou beperkter zijn, en bij de opening het bestaande Palace-complex van Kinopolis vervangen, zodat de toename van het aantal zetels per saldo gering zou zijn.

De auditeur kan niet aannemen dat er geen ruimte meer is voor het – in termen van aantal zetels – ambitieuzere project van UGC op een andere locatie in het Luikse, waar UGC hoe dan ook naar op zoek zou moeten gaan.

De conclusie luidt “dat er geen nadeel is dat verband houdt met de aangeklaagde praktijken” (randnummer 19 van de aangevochten beslissing).

15. De auditeur volgt UGC evenmin waar zij stelt dat het algemeen economisch belang wordt geschaad door een verschraving van het filmaanbod.

Dit middel zou feitelijke grondslag missen, onder meer aangezien het nieuwe bioscoopproject van La Sauvenière is opgericht in hartje Luik.

16. Ten slotte zou volgens de auditeur het vereiste van de dringendheid niet vervuld zijn.

UGC heeft immers pas in juli 2008 haar verzoek om voorlopige maatregelen ingediend, terwijl Kinopolis de bouw van een nieuw bioscoopcomplex al in juni 2007 zou hebben aangekondigd, en de inbreuken waarop UGC zich tot staving van het verzoek om voorlopige maatregelen baseert, namelijk het aanvechten van een bouwvergunning voor de Raad van State (intussen trouwens ingetrokken) en het sluiten van een overeenkomst met CPL, beide door Kinopolis, dateren van respectievelijk 2005 en 2007.

17. Wat betreft de prima facie inbreuk overweegt de auditeur dat deze volgend onderzoek omvat:

- de relevante productmarkt en geografische markt;
- het bestaan van een machtspositie van Kinopolis op de relevante markt;
- de waarschijnlijkheid van een misbruik van machtspositie door Kinopolis.

Wat betreft het prima facie kenmerk van de inbreuk als grondslag voor het nemen van voorlopige maatregelen overweegt de auditeur het volgende, met verwijzing naar tal van minder recente beslissingen van de voorzitter van de Raad en naar een arrest van het Hof van beroep te Brussel.

Het volstaat dat de inbreuk ogenschijnlijk of prima facie bestaat. “Wel moet de waarschijnlijkheid voldoende zijn om voorlopige maatregelen te verantwoorden.” “In het kader van artikel 62, § 1 van de WBEM (ex artikel 35 van de oude WBEM) volstaat het dat de aangeklaagde inbreuk een waarschijnlijk karakter vertoont, zonder dat het noodzakelijk is het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen met dezelfde graad van zekerheid als voor een eindbeslissing.” (randnummer 23 van de aangevochten beslissing).

Maar, zo besluit de auditeur, uitspraak over een prima facie inbreuk is niet dienstig, aangezien het rechtstreeks en dadelijk belang en het rechtens vereiste gekwalificeerde nadeel niet aangehouden konden worden, zodat hoe dan ook geen voorlopige maatregelen genomen kunnen worden.

III. Beroep van UGC

18. In het verzoekschrift tot beroep voert UGC aan dat de auditeur “niet op een redelijke wijze kon besluiten dat het verzoek om voorlopige maatregelen onontvankelijk en ongegrond was, op grond van de feitelijke en juridische elementen voorhanden op het moment van de sepotbeslissing.” (op blz. 8 onder 4.1, laatste alinea, van het verzoekschrift tot beroep).

19. Wat betreft het begrip rechtstreeks en dadelijk belang geeft UGC eerst haar omschrijving van dit juridisch begrip, om vervolgens aan te geven dat de auditeur niet kon beslissen dat er in de

onderhavige zaak geen belang voorhanden was, en zelfs te doen gelden dat zij dit begrip in onderhavige zaak wel degelijk kan invullen.

20. UGC stelt dat het begrip belang gelijklopend is met het belang bij de rechtsvordering in de zin van artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek.

Voorts verdedigt zij de stelling dat het belang bij de klacht in de procedure inzake voorlopige maatregelen soepel moet worden beoordeeld.

21. Vervolgens doet UGC gelden dat de auditeur uit de feiten die hij in aanmerking neemt niet kon afleiden dat er geen belang bestond zonder dit begrip te miskennen.

Bovendien spreekt zij punt voor punt de feiten tegen die de auditeur hebben geleid tot de beslissing dat er geen belang bestond.

Zij voert zelfs de feiten aan waaruit volgens haar zou blijken dat zij wel degelijk belang heeft, zowel bij de klacht als bij het nemen van voorlopige maatregelen.

22. De conclusie van UGC in verband met het belang luidt als volgt.

De auditeur kon “niet op redelijke wijze oordelen dat UGC geen belang zou hebben bij de klacht en het verzoek om voorlopige maatregelen op grond van de feiten in het verzoek en het dossier, wel integendeel. De Auditeur heeft bijgevolg blijk gegeven van een kennelijk onjuiste beoordeling van het vereiste belang.” (blz. 16 onderaan en 17 bovenaan van het verzoekschrift tot beroep).

23. Wat betreft de aanwezigheid van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel of schade aan het algemeen economisch belang, dat dringend moet worden vermeden, volgt UGC een gelijkaardige werkwijze als wat betreft het belang.

24. Eerst geeft UGC opnieuw aan hoe deze begrippen volgens haar gedefinieerd moeten worden.

25. Vervolgens doet zij gelden dat de auditeur uit de feiten die hij in aanmerking neemt niet kon afleiden dat er geen gekwalificeerd nadeel bestond en geen schade aan het algemeen economisch belang zonder deze begrippen te miskennen.

Ten slotte spreekt zij de feiten tegen die de auditeur hebben gebracht tot het nemen van de beslissing dat deze wettelijke toepassingsvoorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen afwezig was, en wijst zij op de feiten die volgens haar de tegengestelde conclusie kunnen wettigen.

26. De conclusie van UGC in verband met het gekwalificeerde nadeel luidt als volgt.

De auditeur kon “op grond van de feiten in het verzoek en in het dossier evenmin op een redelijke wijze oordelen dat UGC geen ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel zou lijden ten gevolge van het misbruik van machtspositie door Kinopolis. De Auditeur heeft bijgevolg blijk gegeven van een kennelijk onjuiste beoordeling van het vereiste nadeel” (op blz. 23, eerste alinea van (iv), in het verzoekschrift tot beroep).

Dezelfde conclusie geldt voor het begrip schade aan het algemeen economisch belang.

27. Het algemene besluit van het verzoekschrift tot beroep, net voor het beschikkende gedeelte dat hierboven is aangehaald (zie randnummer 4 hierboven), luidt als volgt:

“Het bovenstaande toont aan dat de Auditeur niet in alle redelijkheid had kunnen oordelen, op grond van de elementen opgenomen in de sepotbeslissing, dat het verzoek tot voorlopige maatregelen van UGC ongegrond zou zijn en geseponeerd zou moeten worden. Zoals hierboven aangetoond, is in de sepotbeslissing van de Auditeur sprake van een kennelijk onjuiste beoordeling van de voorwaarden voor het toekennen van voorlopige maatregelen. ‘In casu’ is het immers duidelijk dat UGC over het vereiste belang beschikt voor het instellen van een klacht en het verzoek tot voorlopige maatregelen,

en dat UGC hierdoor een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel heeft geleden dat dringend moet worden vermeden.

Verder heeft de Auditeur in zijn sepotbeslissing de aanwezigheid van een ‘prima facie’ inbreuk op artikel 3 WEM/artikel 82 EG niet onderzocht, zodat het verzoek evenmin om die reden afgewezen kon worden. Bijgevolg is het beroep tegen de bestreden beslissing van de Auditeur gegrond.

Indien de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging dit beroep van UGC gegrond acht, dient het dossier terug te worden gezonden aan het Auditoraat voor onderzoek en een verslag over de aanwezigheid van een ‘prima facie’ inbreuk op artikel 3 WEM/artikel 82 EG (artikel 62, § 4 WEM), daar de Voorzitter van de Raad zich hier niet (kan) over uitspreken naar aanleiding van dit beroep.” (blz. 24 van het verzoekschrift tot beroep)

IV. Wettelijke bepalingen betreffende het beroep

28. De bepalingen van de WBEM die gelden voor het beroep van de verzoeker om voorlopige maatregelen tegen de beslissing tot sepot van de auditeur luiden als volgt.

Artikel 62, § 3:

“Indien de auditeur tot het besluit komt dat een verzoek om voorlopige maatregelen niet ontvankelijk is of ongegrond is, seponeert (hij) zulk verzoek bij een met redenen omklede beslissing. Deze beslissing wordt bij aangetekend schrijven ter kennis gebracht van de indiener van de klacht of van de minister, waarbij hem wordt meegedeeld dat hij het dossier op de griffie kan raadplegen, tegen betaling een kopie ervan kan krijgen en tegen de beslissing tot sepot beroep kan instellen bij de voorzitter van de Raad.”

Artikel 62, § 4:

“Tegen een beslissing tot sepot kan bij de voorzitter van de Raad beroep worden ingesteld door middel van een ondertekend en met redenen omkleed verzoekschrift dat op straffe van nietigheid wordt ingediend bij de griffie binnen een termijn van dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing. Dit verzoek voldoet op straffe van nietigheid aan de voorwaarden bedoeld in artikel 76, § 2, derde lid, 1^o tot 3^o, 5^o en 7^o. De voorzitter van de Raad doet uitspraak op stukken. Deze beslissingen van de voorzitter zijn niet vatbaar voor hoger beroep. Indien de voorzitter van de Raad het beroep gegrond acht, wordt het dossier teruggezonden aan het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de voorzitter.”

29. De WBEM bevat gelijklopende bepalingen voor het beroep van de klager of de verzoeker die opkomt tegen restrictieve mededingingspraktijken ten gronde, beroep gericht tegen de beslissing tot sepot van het Auditoraat.

Louter volledigheidshalve en ter vergelijking worden deze hierna weergegeven.

Artikel 45, § 2:

“Indien het Auditoraat tot het besluit komt dat een klacht of een verzoek niet ontvankelijk of ongegrond is, seponeert het de klacht of het verzoek bij een met redenen omklede beslissing. Deze beslissing wordt bij aangetekend schrijven betekend aan de indiener van de klacht of het verzoek; daarbij wordt aan de indiener meegedeeld dat hij het dossier op de griffie kan raadplegen, tegen betaling een kopie ervan kan krijgen en tegen de beslissing tot sepot een beroep kan instellen bij de Raad.”

Artikel 45, § 3:

“Het beroep bedoeld in § 2 wordt, op straffe van nietigheid, ingesteld door middel van een met redenen omkleed en ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend bij de griffie binnen een termijn

van dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing. Het verzoekschrift beantwoordt, op straffe van nietigheid, aan de vereisten van artikel 76, § 2, derde lid, 1^o tot 3^o, 5^o en 7^o. De kamer van de Raad doet uitspraak op stukken. Deze uitspraak van de kamer is niet vatbaar voor hoger beroep of verzet. Indien de kamer het beroep gegrond acht, wordt het dossier terug overgemaakt aan het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de kamer.”

V. Ontvankelijkheid van het beroep

30. Het verzoekschrift tot beroep tegen een beslissing tot sepot van een verzoek om voorlopige maatregelen moet ter griffie van de Raad worden ingediend binnen een termijn van dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing.

De kennisgeving aan UGC van de beroepen beslissing van 7 november 2008 heeft dezelfde dag plaatsgehad.

Het verzoekschrift tot beroep van UGC is tijdig ingediend ter griffie van de Raad op 5 december 2008.

31. Het beroep van UGC is ontvankelijk.

VI. Geldigheid van het verzoekschrift tot beroep

32. De vraag die volgt op deze naar de ontvankelijkheid van het beroep luidt of het verzoekschrift tot beroep de vermeldingen bevat die bij wet zijn voorgeschreven, meer bepaald in artikel 76, § 2, derde lid, 1^o tot 3^o, 5^o en 7^o WBEM, bepalingen die van toepassing worden verklaard door artikel 62, § 4 WBEM.

Deze vermeldingen zijn bij wet op straffe van nietigheid van het verzoekschrift voorgeschreven. Ontbreken zij, dan is het verzoekschrift aangetast door een nietigheidsgrond. (Een verdere vraag is dan of de nietigheidssanctie effectief moet worden toegepast, en het verzoekschrift dus nietig moet worden verklaard; vgl. de artikelen 861 e.v. Ger.W., waarin een regeling van hedendaags sanctierecht vervat is.)

33. Krachtens artikel 62, § 4 WBEM moet het verzoekschrift tot beroep op straffe van nietigheid onder meer voldoen aan de voorwaarde bedoeld in artikel 76, § 2, derde lid, 5^o WBEM. Volgens deze bepaling moet het verzoekschrift de uiteenzetting van de middelen bevatten.

Hiermee is bedoeld dat de verzoeker om voorlopige maatregelen in het aan de voorzitter van de Raad gerichte verzoekschrift tot beroep de grieven tegen (d.w.z. de kritiek op) de aangevochten beslissing moet vermelden.

34. Artikel 62, § 4 WBEM bepaalt tevens dat het verzoekschrift tot beroep met redenen omkleed moet zijn.

Die bepaling verwijst naar dezelfde verplichting om de grieven tegen (d.w.z. de kritiek op) de aangevochten beslissing te vermelden.

35. Zoals boven aangehaald voert UGC punten van kritiek aan tegen de motieven van de beslissing tot sepot krachtens dewelke UGC niet doet blijken van het rechtens vereiste belang, gekwalificeerde nadeel en schade aan het algemeen economisch belang.

UGC verschilt ongeveer op elk punt van mening met de auditeur, behalve, toch grotendeels, wat betreft de definitie van de wettelijke begrippen.

Aldus bevat het verzoekschrift middelen, d.w.z. beroeps grieven, en is het met redenen omkleed.

36. Het besluit is dat in het verzoekschrift tot beroep de middelen zijn opgenomen die worden voorgeschreven door artikel 76, § 2, derde lid, 5° WBEM, dat van toepassing wordt verklaard door artikel 62, § 4 WBEM.

Daarnaast bevat het verzoekschrift tot beroep de vermeldingen die worden voorgeschreven door artikel 76, § 2, derde lid, 1° tot 3° en 7° WBEM, bepalingen die van toepassing worden verklaard door artikel 62, § 4 WBEM.

Het verzoekschrift is dan ook niet aangetast door een nietigheidsgrond, en is dus geldig.

VII. Procedureverloop in beroep: toepasselijke regels

37. Artikel 62, § 4 WBEM bepaalt: “De voorzitter van de Raad doet uitspraak op stukken.”

Er mag worden aangenomen dat de wetgever met “stukken” zeker bedoelt: het onderzoeksdossier dat als basis van de beslissing tot sepot heeft gediend, de beslissing tot sepot, en het verzoekschrift tot beroep.

38. De wet bepaalt niet dat het verzoekschrift tot beroep ter kennis van de verweerder van het verzoek om voorlopige maatregelen wordt gebracht en schrijft niet voor dat de verweerder zich kan verweren tegen het beroep.

De wet sluit echter evenmin uit dat de verweerder van het verzoek om voorlopige maatregelen kennis krijgt van de grieven tegen de beroepen beslissing, en verweer aanvoert tegen die kritiek op de beroepen beslissing, zodat voor de voorzitter van de Raad als beroepsrechter een schriftelijk debat op tegenspraak wordt gevoerd.

In dat geval behoren geschriften van verweerder en verzoeker eveneens tot de stukken waarop de voorzitter uitspraak doet.

39. Indien de voorzitter van de Raad de verweerder de gelegenheid geeft kennis te nemen van het verzoekschrift tot beroep en schriftelijke opmerkingen in te dienen, moet aan de verzoeker de gelegenheid worden gegeven op de schriftelijke opmerkingen van de verweerder te antwoorden.

40. Nu de wetgever niet eens voorziet in een rol voor de verweerder in de beroepsprocedure, is het aangewezen dat de verzoeker in de regel als laatste schriftelijke opmerkingen mag indienen, zo de verweerder toch een rol wordt toebedeeld door hem toe te staan schriftelijke opmerkingen te nemen.

Het beroep belangt voornamelijk de verzoeker aan, meer dan de verweerder. Slaagt het, dan kan de verweerder zich verder verweren zowel in de procedure voor de auditeur als later in de procedure voor de voorzitter. Faalt het, dat is de kans van verzoeker op het bekomen van voorlopige maatregelen definitief verkeken.

Aldus wordt evenmin het algemene beginsel miskend volgens hetwelk de verweerder het laatste woord moet krijgen. Het beroep is immers een vorm van verweer.

41. Met uitspraak doen “op stukken” wordt door de wetgever kennelijk bedoeld dat verzoeker of verweerder niet mondeling moeten worden gehoord.

VIII. Procedureverloop in beroep: in deze zaak

42. Zoals vermeld werd het verzoekschrift tot beroep van UGC ingediend ter griffie van de Raad voor de Mededinging op 5 december 2008.

43. Bij beschikking van 25 februari 2009 heeft de voorzitter van de Raad volgende beslissingen genomen:

- van een niet-vertrouwelijke versie van het verzoekschrift tot beroep en zijn bijlagen wordt kennis gegeven aan de onderneming tegen dewelke het verzoek om voorlopige maatregelen gericht is, Kinopolis;
- Kinopolis wordt een termijn verleend om schriftelijke opmerkingen in te dienen;
- aansluitend krijgt UGC een termijn om schriftelijke opmerkingen in te dienen als repliek.

44. Op 12 maart 2009 werden ter griffie van de Raad schriftelijke opmerkingen ingediend voor Kinopolis.

45. Op 25 maart 2009 werden ter griffie van de Raad schriftelijke opmerkingen ingediend voor UGC.

46. In haar schriftelijke opmerkingen van 12 maart 2009 vraagt Kinopolis om een repliekmogelijkheid op de eventuele op haar schriftelijke opmerkingen volgende schriftelijke opmerkingen voor UGC. Zij meent dat dit aangewezen is, “aangezien UGC appellante is, en het beroep gericht is tegen een beslissing waarvan Kinopolis de begunstigde is” (randnummer 70 van de schriftelijke opmerkingen voor Kinopolis).

In de brief van haar raadsman van 25 maart 2009, waarbij haar schriftelijke opmerkingen werden ingediend ter griffie van de Raad, stelt UGC er geen bezwaar tegen te hebben dat Kinopolis de mogelijkheid krijgt om een repliek in te dienen op deze schriftelijke opmerkingen van UGC.

47. Maar zoals hierboven werd overwogen verdient de verzoeker als laatste schriftelijke opmerkingen in te dienen omdat hij het is die door middel van het beroep de laatste kans krijgt om zijn verzoek tot voorlopige maatregelen alsnog, aan het einde van de rit, te horen inwilligen, terwijl de verweerder zich nog kan verweren in het eventuele verdere verloop van de procedure (zie in randnummer 40).

De inhoud van de laatste schriftelijke opmerkingen voor UGC is niet van die aard om in onderhavige zaak van die regel af te wijken.

De voorzitter van de Raad, uitspraak doende in beroep, bepaalt het procedureverloop, al blijkt een (andersluidende) gelijkkluidende opvatting van verzoeker en verweerder over een bepaalde procedurestap.

48. Reeds in een brief aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 25 februari 2009, waarin UGC geantwoord heeft op de brief van de voorzitter van 23 februari 2009 waarin hij zijn voornemen aankondigde om verzoekschrift tot beroep en bijlagen ter inzage mede te delen aan Kinopolis (voornemen dat wordt uitgevoerd in de Beschikking van 25 februari 2009 – zie boven randnummer 43), heeft UGC het verzoek geformuleerd “om (het) beroep mondeling te mogen toelichten en hiervoor een zitting of een informele vergadering te willen organiseren na afloop van de termijn voor eventuele schriftelijke opmerkingen voor repliek van (UGC)”.

In de voormelde brief van de raadsman van UGC van 25 maart 2009 (zie randnummer 46 hierboven) luidt het: “Hoewel de Mededingingswet daar niet uitdrukkelijk in voorziet, zou het in het kader van deze procedure eveneens nuttig kunnen zijn voor Uw Voorzitter om een informele zitting te organiseren, teneinde de partijen toe te laten hun schriftelijke opmerkingen mondeling toe te lichten”.

Kinopolis heeft geen verzoek gedaan om een hoorzitting te houden of om mondelinge toelichting te mogen verstrekken.

49. Zoals boven overwogen stelt de wetgever, met de regel dat uitspraak wordt gedaan op stukken, dat een hoorzitting niet verplicht is (zie in randnummer 41).

UGC maakt niet concreet duidelijk dat een hoorzitting een toegevoegde waarde zou hebben ten aanzien van de geschriften.

Zoals hierna zal worden overwogen is de rechtsmacht van de voorzitter van de Raad als beroepsrechter beperkt. Naarmate de beoordeling meer de toepassing van de rechtsregel dan de

beoordeling van de feiten betreft, is er minder behoefte aan de overtuigingskracht van het gesproken woord.

UGC stelt ten andere zelf als norm voor de vernietiging door de voorzitter voorop, dat de beoordeling van de auditeur “kennelijk onjuist” was, of dat hij niet “redelijk” tot zijn beslissing kon komen, en geeft aldus blijkt van een beperkende opvatting over de rechtsmacht in beroep (zie boven in randnummers 18, 22, 26, 27), waarvan de uitoefening des te minder mondelinge toelichting behoeft.

IX. Rechtsmacht van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging als beroepsrechter

50. Indien het beroep tijdig is ingesteld en dus ontvankelijk is (zie boven in randnummers 30 en 31), en er geen reden is om het verzoekschrift nietig te verklaren wegens schending van bij wet op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen (zie boven in randnummers 32 t.e.m. 36), beoordeelt de voorzitter van de Raad voor de Mededinging het beroep zelf.

Hij onderzoekt dan de middelen (d.w.z. de beroeps grieven) die verzoeker om voorlopige maatregelen tegen de beslissing tot sepot aanvoert.

51. De voorzitter van de Raad gaat na of de auditeur op grond van de stukken van het dossier tot het besluit kon komen dat het verzoek om voorlopige maatregelen onontvankelijk of ongegrond is, naar gelang zijn beslissing luidt.

52. In onderhavige zaak heeft de auditeur beslist dat het verzoek om voorlopige maatregelen niet kon worden ingewilligd, en het dus afgewezen, op grond van de overweging dat twee voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen ontbraken. Verzoeker zou geen belang hebben gehad, en het zou niet dringend zijn een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de onderneming waarvan de belangen aangetast worden door de gewraakte praktijk of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

De taak van de voorzitter als beroepsrechter bestaat erin te beoordelen of de auditeur op grond van de stukken van het dossier tot deze beslissingen kon komen.

X. Beoordeling van de beroeps grieven

A. Het belang

(i) Inleiding

53. Hierna wordt eerst het begrip belang omschreven (in randnummers 54 t.e.m. 72).

Vervolgens wordt onderzocht of de auditeur in de aangevochten beslissing op goede gronden tot afwezigheid van het belang heeft beslist (zie randnummers 73 t.e.m. 77).

(ii) Belang bij verzoek om voorlopige maatregelen

54. Het belang bij een verzoek om voorlopige maatregelen bestaat erin dat de gevorderde maatregel(en) van die aard zijn dat zij ertoe strekken de beweerde restrictieve mededingingspraktijk voorlopig te schorsen.

Ontbreekt dit verband tussen het verzoek om voorlopige maatregelen en de beweerde restrictieve mededingingspraktijk, dan kan het verzoek niet worden toegelaten bij gemis van belang.

55. Het vereiste verband tussen het verzoek om voorlopige maatregelen en de beweerde restrictieve mededingingspraktijk, i.e. het belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen, kan geïllustreerd worden aan de hand van de onderhavige zaak (zie randnummers 56 t.e.m. 59).

(iii) Belang bij verzoek om voorlopige maatregelen in onderhavige zaak

56. De klacht van UGC strekt ertoe:

- te doen vaststellen dat Kinopolis inbreuk heeft gepleegd op het verbod van misbruik van machtspositie, vervat in artikel 3 WBEM en in artikel 82 EG, en
- haar diensgevolge verbod te doen opleggen om een bioscoopcomplex op te richten en uit te baten op de site van Médiacité.

Volgens UGC blijkt het misbruik van machtspositie uit volgende feiten:

- Kinopolis heeft rechtsmiddelen aangewend tegen de bouwvergunning verleend op 17 mei 2005, op grond waarvan UGC het bioscoopcomplex op de site van Médiacité had kunnen oprichten en uitbaten, en
- Kinopolis heeft zelf gecontracteerd met CPL (de promotor) met betrekking tot het oprichten van een bioscoopcomplex op die site.

57. De klager van een klacht die berust op een beweerd misbruik van machtspositie, kan een verzoek om voorlopige maatregelen indienen (art. 62, § 2 WBEM), ten einde de praktijk (het beweerde misbruik van machtspositie dus) die het voorwerp van het onderzoek uitmaakt, te doen schorsen (art. 62, § 1 WBEM).

58. Het verzoek om voorlopige maatregelen van UGC strekt ertoe de bouwwerkzaamheden aan het bioscoopcomplex op de site van Médiacité, die verricht worden in uitvoering van de overeenkomst tussen Kinopolis en CPL voorlopig te doen opschorten.

Het beweerde misbruik van machtspositie bestaat zoals vermeld in de oprichting en de uitbating door Kinopolis van een bioscoopcomplex op de site van Médiacité.

Bijgevolg strekt het verzoek om voorlopige maatregelen van UGC ertoe de praktijk die het voorwerp van onderzoek uitmaakt te doen schorsen.

59. Besluit: UGC doet in onderhavige zaak blijken van belang bij haar verzoek om voorlopige maatregelen.

(iv) Belang bij verzoek om voorlopige maatregelen: beperkte draagwijdte

60. Het belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen betreft de toelaatbaarheid van het verzoek, en wordt beoordeeld voorafgaandelijk aan de grond van het verzoek.

Bij de beoordeling van het belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen wordt dan ook niet in de beoordeling getreden van de klacht ten gronde en van de beweerde restrictieve mededingingspraktijk die de betrokken onderneming wordt verweten. Klacht ten gronde en beweerde restrictieve mededingingspraktijk worden in deze fase als gegevens beschouwd.

Het enige wat in de fase van het onderzoek naar het belang als grond van de ontvankelijkheid of toelaatbaarheid van het verzoek om voorlopige maatregelen aan de orde is, is het bovenbeschreven verband tussen hetgeen wordt gevorderd als voorlopige maatregelen en de beweerde restrictieve mededingingspraktijk (waarop de klacht ten gronde slaat of die anderszins voorwerp is van onderzoek ten gronde).

Het volstaat dat dit verband daadwerkelijk blijkt uit hetgeen door de verzoeker om voorlopige maatregelen wordt gesteld, dit is aangevoerd.

(v) Belang bij de klacht

61. Artikel 44, § 1, 2° WBEM bepaalt dat het onderzoek van een zaak door het Auditoraat gebeurt o.m. na een klacht van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die aantoonbaar daarbij een rechtstreeks en dadelijk belang te hebben.

62. De wetgever van de wetten tot bescherming economische mededinging is geïnspireerd tot het vereiste dat de klager moet aantonen een dadelijk en rechtstreeks belang te hebben bij zijn klacht (art. 44, § 1, 2° WBEM) door het vereiste van het belang bij de rechtsvordering in het gerechtelijk recht.

In het gerechtelijk recht bestaat het belang, in de zin van artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, in het materieel of moreel voordeel dat de eiser kan halen uit de vordering die hij instelt (Ch. Van Reepinghen, Verslag over de gerechtelijke hervorming, Parl. St. Senaat 1963-64, p. 23, verslag dat als basis voor het Gerechtelijk Wetboek heeft gediend).

Het belang moet reeds verkregen en dadelijk zijn (artikel 18, eerste lid Ger.W.). Het belang moet ook persoonlijk en rechtstreeks zijn (jurisprudentiële regel). In art. 44, § 1, 2° WBEM worden die twee regels samengebracht tot “dadelijk en rechtstreeks” belang.

Algemeen wordt aangenomen dat het geringste belang volstaat.

In wezen betekent het belang dat de eiser zich moet kunnen beroepen op een subjectief recht, dit is een voordeel dat wordt toegekend door een regel van objectief recht. Belangrijke voorbeelden zijn de vorderingen tot betaling van schadevergoeding, tot ontbinding of uitvoering van een overeenkomst.

63. Omgezet in het kader van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door de mededingingsautoriteit, betekent het vereiste van het rechtstreeks en dadelijk belang bij de klacht die het onderzoek van een beweerd restrictieve mededingingspraktijk teweegbrengt, dat de klager ervan moet doen blijken dat die praktijk hem nadeel berokkent of zal berokkenen.

64. De klager doet van het rechtens vereiste rechtstreeks en dadelijk belang bij zijn klacht blijken wanneer hij aanvoert dat de beweerd restrictieve mededingingspraktijk hem nadeel berokkent of zal berokkenen.

Blijkt uit de door de klager aangevoerde feiten dat dit oorzakelijk verband tussen de praktijk en zijn nadeel bestaat of kan bestaan, dan heeft hij het rechtens vereiste belang bij zijn klacht.

De klacht kan alleen onontvankelijk worden verklaard bij gemis van belang indien de aangevoerde feiten het niet mogelijk maken tot het besluit te komen dat het oorzakelijk verband bestaat of kan bestaan.

(vi) Belang bij de klacht in het kader van een verzoek om voorlopige maatregelen

65. In meerdere beslissingen inzake voorlopige maatregelen, zowel recente beslissingen tot sepot van de auditeur, als beslissingen van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging en arresten van het Hof van beroep te Brussel, wordt overwogen, zoals in de aangevochten beslissing, dat geen voorlopige maatregelen genomen kunnen worden zonder “het bestaan van een klacht ten gronde en daaraan verbonden het bestaan van een rechtstreeks en dadelijk belang van de klager” (aldus in randnummer 13 van de aangevochten beslissing).

66. De organen die uitspraak doen over een verzoek om voorlopige maatregelen hebben echter geen rechtsmacht om te beslissen of er een klacht bestaat en of de klager doet blijken van een rechtstreeks en dadelijk belang bij de klacht.

Dit geldt voor de auditeur in zijn beslissing tot sepot, voor de voorzitter van de Raad uitspraak doende als beroepsrechter van de auditeur of uitspraak doende over een verzoek om voorlopige maatregelen op verslag van de auditeur, en voor het Hof van beroep te Brussel, uitspraak doende als beroepsrechter van de voorzitter van de Raad.

De rechtsmacht om te beslissen of er een klacht bestaat en of de klager aantoont een rechtstreeks en dadelijk belang bij zijn klacht te hebben, berust uitsluitend bij het orgaan dat over de klacht zelf te oordelen heeft, dus het Auditoraat in geval van beslissing tot sepot van de klacht (zie art. 45, § 2 WBEM), de kamer van de Raad na verslag van het Auditoraat (zie artt. 51, 52 WBEM), respectievelijk het Hof van beroep te Brussel.

67. Het onderzoek naar het bestaan van een klacht ten gronde en naar het rechtstreeks en dadelijk belang van de klager bij zijn klacht, door de auditeur, de voorzitter van de Raad of het Hof van beroep te Brussel in het kader van een verzoek om voorlopige maatregelen, is onvermijdelijk het onderzoek dat eigen is aan het contentieux van de voorlopige maatregelen, d.w.z. een onderzoek of het bestaan van de klacht en van het rechtstreeks en dadelijk belang bij de klacht *prima facie* (dat is: ogenschijnlijk) vaststaan (over de aard van dat onderzoek, zie hieronder in randnummers 103 t.e.m. 106).

(vii) Belang bij de klacht in het kader van het verzoek om voorlopige maatregelen in onderhavige zaak

68. De klacht van UGC strekt tot vaststelling van een beweerd misbruik van machtspositie door Kinopolis, door de oprichting en uitbating van een bioscoopcomplex op de site van Médiacité.

UGC houdt voor dat dat beweerde misbruik van machtspositie haar nadeel berokkent of zal berokkenen, doordat zij niet zal kunnen toetreden tot de relevante markt ingevolge het beweerde uitsluitingsgedrag van Kinopolis.

In zoverre UGC feiten in die zin aanvoert, doet zij blijken van een rechtstreeks en dadelijk belang bij haar klacht.

69. Weliswaar moet in onderhavige beslissing niet worden beslist of UGC een rechtstreeks en dadelijk belang bij haar klacht heeft. Zoals in randnummer 66 is overwogen komt de beslissing of het rechtstreeks en dadelijk belang bij de klacht bestaat niet toe aan o.m. de voorzitter van de Raad die uitspraak doet over het beroep tegen een beslissing tot sepot.

Met de overwegingen van het vorige randnummer wordt hier alleen aangegeven in welk stadium over het bestaan van het rechtens vereiste belang bij de klacht beslist moet worden, ook bij de beslissing over de klacht zelf. Voorwerp van die beslissing is hetgeen door de klager wordt gesteld, dit is aangevoerd. De beslissing over het belang moet worden genomen zonder onderzoek van de grond van de zaak.

(viii) Draagwijdte van het belang in het contentieux van de voorlopige maatregelen

70. Indien wordt beslist dat voorlopige maatregelen moeten worden genomen omdat het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door de beweerde restrictieve mededingingspraktijken, en de verzoeker om voorlopige maatregelen tot die ondernemingen behoort, dan staat eveneens vast dat de verzoeker belang heeft bij het verzoek om voorlopige maatregelen en, *prima facie*, bij zijn klacht ten gronde.

71. Indien wordt beslist dat geen voorlopige maatregelen worden genomen omdat geen ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan worden veroorzaakt aan de verzoeker om voorlopige maatregelen, dan is het niet ter zake dienend of de verzoeker belang had.

72. Uit de vorige twee randnummers blijkt dat het belang van de verzoeker niet eens een afzonderlijk onderzoek behoeft alvorens uitspraak te doen over een verzoek om voorlopige maatregelen.

(ix) Onderzoek van de aangevochten beslissing met betrekking tot het belang

73. De verzoeker doet blijken van belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen indien hij voorlopige maatregelen vordert die van die aard zijn dat zij strekken tot schorsing van een beweerd misbruik van machtspositie. Het vorderen van maatregelen die dat verband met het beweerd misbruik vertonen, volstaat om het vereiste belang te verantwoorden.

74. In de aangevochten beslissing stelt de auditeur uit het onderzoeksdossier af te leiden dat de opschorting van Kinopolis' bouwwerkzaamheden UGC geen enkele baat biedt, op grond van de overweging dat UGC niet zelf een bioscoopcomplex op de site van Médiacité zou kunnen oprichten en uitbaten. Op die grond besluit hij tot de afwezigheid van belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen.

75. Het belang bevindt zich echter in de sfeer van hetgeen door de verzoeker wordt gevorderd en wordt aangevoerd als grondslag van die vordering.

Om van zijn belang te doen blijken volstaat het dat verzoeker feiten aanvoert die van die aard zijn dat zij de gevorderde voorlopige maatregel(en) kunnen verantwoorden.

Of het bestaan van die feiten moet of kan worden aangenomen, en of zij tot gevolg kunnen hebben dat hetgeen gevorderd wordt moet of kan worden ingewilligd, behoort tot de beoordeling van de grond van de zaak (hier: de grond van de voorlopige maatregelen), en is vreemd aan het belang bij het verzoek om voorlopige maatregelen. Op die grondslag kan dan ook niet tot afwezigheid van belang worden besloten.

76. Kenschetsend voor de beslissing van de auditeur in verband met het belang is zijn overweging: "uit het onderzoeksdossier blijkt een andersluidend verhaal dan dat geschetst door verzoeker" (randnummer 15 van de aangevochten beslissing).

Of de feiten die als grondslag van het verzoek om voorlopige maatregelen aangevoerd worden met de werkelijkheid overeenstemmen, is echter een vraag die niet aan de orde is bij de beoordeling van het belang.

Het volstaat vast te stellen dat de feiten zoals zij werden aangevoerd de gevorderde voorlopige maatregel(en) kunnen schragen, mede gelet op het beweerd misbruik van machtspositie waarvan de schorsing moet worden gevraagd (zie ook boven in randnummers 56 t.e.m. 59).

77. De redengeving op grond waarvan de aangevochten beslissing besluit tot het ontbreken van belang, en de redengeving op grond waarvan zij besluit tot het ontbreken van het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, zijn gelijklopend (zie ook hieronder vanaf randnummer 83).

Daaruit blijkt dat het begrip belang in de aangevochten beslissing wordt miskend. Twee onderscheiden voorwaarden kunnen niet op dezelfde manier worden ingevuld.

(x) Besluit i.v.m. het belang

78. In de aangevochten beslissing kon de auditeur niet tot het besluit komen dat UGC geen belang heeft bij haar verzoek om voorlopige maatregelen, en evenmin, indien dat de draagwijdte van zijn beslissing is, dat zij geen rechtstreeks en dadelijk belang bij haar klacht ten gronde heeft.

B. Ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor de onderneming waarvan de belangen aangetast worden en schade voor het algemeen economisch belang

(i) Inleiding

79. Volgens artikel 62, § 1 WBEM kunnen voorlopige maatregelen worden genomen:

- indien het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen worden aangetast worden door deze praktijken, of
- indien het dringend is een toestand te vermijden die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

80. De auditeur heeft beslist dat er geen rechtens vereist gekwalificeerd nadeel kan zijn (eerste hypothese), dat er geen schade voor het algemeen economisch belang kan zijn (tweede hypothese), en dat er geen dringendheid is (in beide hypothesen).

(ii) Wat betreft dringendheid

81. Uit de enkele omstandigheid dat er een tijdsverloop is tussen de feiten die de klager als misbruik van machtspositie aanmerkt, enerzijds, en het inleiden van het verzoek om voorlopige maatregelen, anderzijds, valt niet af te leiden dat het niet (meer) dringend zou zijn de toestand te vermijden die artikel 62, § 1 WBEM toestaat te beteugelen met het nemen van voorlopige maatregelen.

Het blijft dringend voorlopige maatregelen te nemen zolang dit nuttig kan gebeuren om de bedoelde toestand te vermijden.

De dringendheid is een objectief gegeven, waarop de houding van de verzoeker geen invloed heeft, tenzij het verzoek wordt ingediend op een ogenblik dat het nemen van voorlopige maatregelen voorbijgestreefd is. Het eventuele talmen van een verzoeker op zichzelf, mag niet betekenen dat zijn verzoek niet meer kan slagen.

82. De auditeur stelt niet vast dat de schorsing van de bouwwerken niet meer nuttig bevolen zou kunnen worden. Uit het dossier kan het tegendeel afgeleid worden.

Uit de enkele omstandigheid dat de gebeurtenissen die constitutief zouden zijn voor het misbruik van machtspositie al voltooid waren meer dan een jaar voor het indienen van het verzoek om voorlopige maatregelen (zie randnummer 21 van de aangevochten beslissing, en hierboven in randnummer 16) kon de auditeur in de aangevochten beslissing niet afleiden dat er geen dringendheid was in de zin van artikel 62, § 1 WBEM.

(iii) Wat betreft het gekwalificeerde nadeel

83. De auditeur gaat uit van drie basisgegevens:

- ten eerste: UGC wil in Luik een bioscoopcomplex van 16 zalen en 4000 zetels uitbaten;
- ten tweede: UGC kan geen bioscoopcomplex meer oprichten op de site van Médiacité, en zeker geen complex van de door haar gewenste omvang;
- ten derde: UGC kan in Luik een andere locatie vinden voor haar project.

Door die gegevens voor waar aan te nemen, komt de auditeur tot het besluit dat UGC geen nadeel lijdt of kan lijden (in randnummer 19 van de aangevochten beslissing, en hierboven in randnummer 14).

84. Het tweede gegeven, namelijk dat UGC geen bioscoopcomplex meer kan oprichten op de site van Médiacité, en zeker geen met 16 zalen en 4000 zetels, wat voor haar fundamenteel zou zijn, was in de aangevochten beslissing al vermeld bij de beoordeling van het belang (in randnummer 16 van de aangevochten beslissing; zie ook hierboven in randnummer 11).

UGC zou geen bioscoopcomplex meer kunnen oprichten op de site van Médiacité: “Er is geen overeenkomst meer met CPL en deze laatste wenst ook niet meer met UGC te onderhandelen gelet op de door rechtszaken verzuurde relatie en voorgeschiedenis” (randnummer 16 van de aangevochten beslissing; zie ook hierboven in randnummer 11).

“Bovendien was voor verzoeker een bioscoopcomplex met 16 zalen en 4000 zetels essentieel” (randnummer 16 van de aangevochten beslissing; zie ook hierboven in randnummer 11).

85. Volgens de auditeur zal er dus geen overeenkomst meer tot stand komen waarbij promotor CPL de oprichting van een bioscoopcomplex op de site van Médiacité zou toevertrouwen aan UGC, en, mocht de bereidheid daartoe bij CPL toch nog bestaan, dan zou het feitelijk onmogelijk zijn geworden om alsnog, op de site van Médiacité, een bioscoopcomplex met 16 zalen en 4000 zetels op te richten.

86. Het eerste element bedoeld in randnummer 85 (geen overeenkomst tussen CPL en UGC (meer mogelijk)), leidt de auditeur volgens de motivering van de aangevochten beslissing (zie voetnoten 9 en 12 in de aangevochten beslissing) uitsluitend af uit een notitie die de raadsman van CPL op 5 september 2008 heeft bezorgd aan de medewerkers van de Dienst voor de Mededinging die onder leiding van de auditeur het onderzoek i.v.m. het verzoek om voorlopige maatregelen hebben gevoerd (blz. 001120 t.e.m. 001125 van het onderzoeksdossier, bij beslissing van de auditeur toegankelijk voor UGC en Kinopolis).

Deze notitie is een te wankelende basis om de conclusie te wettigen die door de auditeur wordt getrokken.

De auteur van de notitie, CPL, is met UGC in verschillende rechtsgedingen verwickeld met betrekking tot de overeenkomst(en) tussen beiden voor het bioscoopcomplex op de site van Médiacité. CPL is in de notitie niet geneigd een standpunt in te nemen dat toegankelijk is ten aanzien van UGC en dat zo haar kansen in die gedingen in het gedrang zou kunnen brengen.

In het algemeen volgt uit de stukken van het dossier niet dat CPL en UGC niet alsnog tot een overeenkomst zouden kunnen komen (of met wederzijdse toestemming de geldigheid van vroegere overeenkomsten zouden erkennen) op grond waarvan UGC een bioscoopcomplex op de site van Médiacité zou kunnen oprichten en uitbaten.

87. Met betrekking tot het tweede element bedoeld in randnummer 85 (geen bioscoopcomplex met 16 zalen en 4000 zetels) wordt in de aangevochten beslissing niet aangegeven op grond van welke stukken of feiten het in aanmerking genomen wordt.

88. De aangevochten beslissing over het gekwalificeerde nadeel kan evenmin weerstaan aan de volgende analyse.

Om de kansen te beoordelen van een (nieuwe) toewijzing van het bioscoopcomplex op de site van Médiacité aan UGC, aanvaardt de auditeur de huidige toestand, namelijk de toewijzing van dat bioscoopcomplex aan Kinopolis, als een vaststaand gegeven.

Als Kinopolis het bioscoopcomplex mag oprichten en uitbaten, met de door Kinopolis gewenste omvang, spreekt het vanzelf dat UGC op dezelfde site geen complex zal kunnen oprichten met de door haar gewenste omvang, of eventueel zelfs met een kleinere omvang, wat a priori door UGC niet lijkt te worden uitgesloten.

Maar het verzoek om voorlopige maatregelen en onderliggende klacht berusten nu juist hierop dat Kinopolis misbruik van machtspositie begaat door het bioscoopcomplex op de site van Médiacité op te richten en uit te baten. De klacht van UGC strekt ertoe dat misbruik te doen vaststellen, en lastens Kinopolis een verbod te horen uitspreken om een bioscoopcomplex op de site van Médiacité op te richten en uit te baten.

De auditeur gaat er met andere woorden vanuit dat Kinopolis geen misbruik van machtspositie verweten kan worden, ook niet prima facie, zonder nochtans deze toepassingsvoorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen expliciet te onderzoeken.

De auditeur kon niet tot de afwezigheid van het gekwalificeerde nadeel beslissen op grond van de motieven die hij in aanmerking heeft genomen, zonder tevens te beslissen dat er geen prima facie misbruik van machtspositie voorhanden was, hetgeen hij uitdrukkelijk niet gedaan heeft.

89. In het begin van randnummer 19 van de aangevochten beslissing overweegt de auditeur dat moet worden nagegaan of “verzoeker door de realisatie van het Kinopolis-project te Longdoz in een minder gunstige toestand terechtkomt”. Hij stelt dat UGC doet gelden dat haar omzet en haar ontwikkeling worden aangetast, doch dat UGC momenteel niet aanwezig is op de Luikse bioscoopmarkt en dus niet van de markt kan verdwijnen.

In zoverre het gaat om een zelfstandig motief voor de beslissing dat het gekwalificeerde nadeel ontbreekt, schendt de aangevochten beslissing het begrip nadeel.

Het nadeel moet immers omschreven worden als het verschil tussen, enerzijds, de toestand met de beweerde inbreuk door Kinopolis, en, anderzijds, de toestand waarin UGC zonder de inbreuk zou zijn gebleven of zou zijn gekomen.

UGC doet gelden dat zij zonder de aanwezigheid van Kinopolis op de site van Médiacité tot de Luikse markt had kunnen toetreden, en dus zonder de inbreuk in een gunstigere toestand zou zijn gekomen.

90. Besluit wat betreft het gekwalificeerde nadeel. De auditeur heeft op de door hem aangegeven gronden niet kunnen beslissen dat het niet dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor UGC, in de zin van artikel 62, § 1 WBEM.

(iv) Wat betreft de schade aan het algemeen economisch belang

91. De auditeur overweegt dat het algemeen economisch belang niet wordt geschaad aangezien er geen sprake is van een verschraling van het filmaanbod (zie randnummer 20 van de aangevochten beslissing en ook hierboven in randnummer 15).

Deze beslissing vloeit voort uit de beslissing, in verband met de afwezigheid van het gekwalificeerde nadeel, luidens dewelke UGC hoe dan ook een andere locatie zal kunnen vinden op de Luikse markt.

Nu de beslissing in verband met het gekwalificeerde nadeel in beroep wordt vernietigd, vloeit daaruit de vernietiging voort van de beslissing in verband met de schade aan het algemeen economisch belang, die er onlosmakelijk mee verbonden is.

92. Meer algemeen bestaat er een zodanig verband tussen het gekwalificeerde nadeel en de schade aan het algemeen economisch belang, in de zin van artikel 62, § 1 WBEM, dat het niet aangewezen is dat de auditeur na verwijzing en daarna de voorzitter na ontvangst van het verslag, vrij zouden zijn om tot het bedoelde nadeel te besluiten, doch niet meer zouden kunnen aannemen dat er schade is aan het algemeen economisch belang. Om deze reden moet de vernietiging zich tot beide gevallen uitstrekken.

93. Ten overvloede geldt het volgende.

In de akte van 11 juli 2008, waarbij UGC het verzoek om voorlopige maatregelen heeft ingesteld, doet zij omstandig gelden dat Kinopolis de toegang tot de markt zou afsluiten door het bioscoopcomplex op de site van Médiacité op te richten en uit te baten, ten nadele van de consument.

Met de enkele, niet verder gesubstantieerde, overweging dat het filmaanbod in Luik niet zou versralen (zie randnummer 20 van de aangevochten beslissing en ook hierboven in randnummer 15) kon de aangevochten beslissing niet verantwoord worden dat het niet dringend was een toestand te vermijden die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang, in de zin van artikel 62, § 1 WBEM.

XI. Gegrondheid van het beroep

94. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de auditeur niet heeft kunnen beslissen dat UGC geen belang heeft bij haar verzoek om voorlopige maatregelen en bij haar klacht, en dat het niet dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de

ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door de aangeklaagde restrictieve mededingingspraktijk of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

95. Aangezien de aangevochten beslissing, volgens dewelke het verzoek om voorlopige maatregelen niet kan worden ingewilligd, door geen andere reden alleen wordt gedragen, is het beroep gegrond, en moet de aangevochten beslissing tenietgedaan worden.

96. In de aangevochten beslissing wordt het bestaan van een klacht ten gronde als vereiste voor het nemen van voorlopige maatregelen vastgesteld (in randnummer 14; zie hierboven in randnummer 7).

Tegen die vaststelling is geen beroep ingesteld, noch door UGC, die er geen belang bij heeft de beslissing op dat punt aan te vechten, noch door Kinapolis.

De aangevochten beslissing wordt dan ook niet tenietgedaan, in zoverre zij het bestaan van de klacht ten gronde vaststelt.

97. In haar schriftelijke opmerkingen (zie hierboven in randnummer 44) doet Kinapolis gelden dat, indien het beroep gegrond in zoverre het gericht is tegen de beslissing over het belang en tegen de beslissing over het gekwalificeerde nadeel en over de schade aan het algemeen economisch belang, het beroep niettemin moet worden verworpen op grond van de overweging dat “uit het dossier voldoende blijkt dat er hoe dan ook geen prima facie inbreuk is” (randnummer 68 van de schriftelijke opmerkingen voor Kinapolis van 12 maart 2009).

98. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging, uitspraak doende in beroep tegen een beslissing tot sepot van de auditeur, kan echter niet zelf beslissen of een toepassingsvoorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen waarover de auditeur niet geoordeeld heeft, al dan niet vervuld is.

Hij kan slechts oordelen of het verzoek om voorlopige maatregelen al dan niet moet worden ingewilligd na ontvangst van het verslag van de auditeur na verwijzing door de voorzitter naar de auditeur als het beroep gegrond is (art. 62, § 4 WBEM) of na ontvangst van het verslag van de auditeur die het verzoek ontvankelijk en gegrond acht (art. 62, § 5 WBEM).

In het kader van het beroep kan hij wel, door redenen aan te vullen, tot het besluit komen dat de beslissing van de auditeur op een bepaald punt verantwoord is.

99. In het volgende randnummer van haar schriftelijke opmerkingen doet Kinapolis ten andere – terecht - gelden dat uit de regel dat de voorzitter, zo het beroep gegrond is, de zaak naar het Auditoraat verwijst voor bijkomend onderzoek en verslag, volgt dat de voorzitter zich in zijn beslissing in beroep niet uitspreekt over de vraag of de toepassingsvoorwaarden waarvan de auditeur heeft geoordeeld dat zij niet voorhanden waren, al dan niet voorhanden zijn. De beslissing waarbij de voorzitter het beroep gegrond verklaard is beperkt tot het oordeel dat de auditeur niet tot de beroepen beslissing kon komen. Pas uitspraak doende na ontvangst van het verslag van de auditeur komt het aan de voorzitter toe om te beslissen of de toepassingsvoorwaarden al dan niet vervuld zijn (aldus in randnummer 69 van de schriftelijke opmerkingen voor Kinapolis van 12 maart 2009).

Dit standpunt van Kinapolis stemt geheel overeen met hetgeen in het vorige randnummer 98 wordt overwogen, en spreekt dus het hierboven in randnummer 97 verwoorde eigen argument van Kinapolis tegen.

XII. Verwijzing naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag

(i) Algemeen

100. Aangezien het beroep gegrond is, moet de zaak worden verwezen naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de voorzitter (art. 62, § 4 WBEM).

Na ontvangst van dat verslag, zal de voorzitter het verzoek tot voorlopige maatregelen inwilligen of verwerpen.

101. Het verslag slaat op de onderscheiden toepassingsvoorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen (met uitzondering van het bestaan van een klacht ten gronde: zie hierboven in randnummer 96).

De vernietiging die bij deze beslissing wordt uitgesproken sluit niet noodzakelijk in dat de auditeur die verslag uitbrengt na verwijzing, niet andermaal doch op andere gronden tot het besluit kan komen dat de ene of de andere toepassingsvoorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen ontbreekt.

Wat betreft het begrip belang lijkt het in onderhavige zaak alleen mogelijk te zijn tot de afwezigheid ervan te besluiten, zo de auditeur zich niet kan vinden in de uitlegging van het wettelijke begrip belang die in deze beslissing gegeven is.

102. Het is aangewezen dat het verslag zo snel mogelijk wordt ingediend, opdat de gevorderde voorlopige maatregelen in voorkomend geval nog nuttig genomen zouden kunnen worden.

De vraag welk het tijdsverloop is van de werken door Kinopolis op de site van Mediacité, kan voorwerp van onderzoek zijn.

(ii) Wat betreft de prima facie inbreuk

103. Hoewel de auditeur in de aangevochten beslissing niet onderzocht heeft of Kinopolis een prima inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie kan worden verweten, heeft hij toch overwegingen gewijd aan de aard van een prima facie inbreuk als grondslag voor het nemen van voorlopige maatregelen (in randnummer 23 van de aangevochten beslissing; zie ook hierboven in randnummer 17).

Gelet op deze overwegingen, en met het oog op het verdere onderzoek en verslag, past het om het volgende in overweging te geven in verband met de rechtsmacht van de voorzitter in voorlopige maatregelen.

104. Voorlopige maatregelen kunnen worden bevolen op grond van de vaststelling van een zogenaamde prima facie inbreuk.

Met de vaststelling van een prima facie inbreuk, dat is de vaststelling van een inbreuk op het eerste (ge)zicht – een synoniem is dat de inbreuk ogenschijnlijk is, of nog dat een schijn van inbreuk vastgesteld kan worden – wordt bedoeld dat het niet kennelijk onredelijk zou zijn de feiten als een inbreuk te beschouwen. Zou dat het geval zijn, dan zou de beslissing tot het nemen van voorlopige maatregelen onrechtmatig zijn.

105. Het zou misleidend kunnen zijn om te stellen dat de inbreuk voldoende waarschijnlijk moet zijn (zie in randnummer 23 van de aangevochten beslissing; zie ook hierboven in randnummers 17 en 103).

Zelfs indien het naar het oordeel van de rechter in voorlopige maatregelen niet (vrijwel) zeker is dat ten gronde een inbreuk zal worden vastgesteld, kan het nog steeds niet kennelijk onredelijk zijn de inbreuk in aanmerking te nemen als grondslag voor het nemen van voorlopige maatregelen.

De drempel van de prima facie of ogenschijnlijke inbreuk ligt met andere woorden minder hoog dan deze van een (voldoende) waarschijnlijke inbreuk, indien met dit laatste wordt bedoeld dat de graad van waarschijnlijkheid dat de inbreuk bestaat zo groot mogelijk moet zijn.

Al is het wenselijk dat in voorlopige maatregelen dezelfde beslissing wordt genomen over de inbreuk als later ten gronde, toch strekken voorlopige maatregelen per definitie tot bewaring van recht in afwachting van de beslissing ten gronde.

Het wordt meer voor de hand liggend om, voorlopig en in afwachting van een beslissing ten gronde, het bestaan van een prima facie misbruik van machtspositie in aanmerking te nemen, en de belangenafweging in het voordeel van de verzoeker te doen doorwegen, naargelang blijkt dat er een grotere behoefte bestaat om dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

Een andersluidende beslissing over het bestaan van de inbreuk ten gronde blijft altijd een mogelijkheid.

106. Het gaat echter niet zo ver dat onduidelijkheid of onenigheid over de interpretatie van de rechtsregel er vanzelf toe leidt dat een ogenschijnlijke inbreuk bestaat. De vaststelling van een ogenschijnlijke inbreuk betekent niet dat een inbreuk als grondslag voor voorlopige maatregelen in aanmerking genomen moet worden als ten gronde mogelijks een inbreuk vastgesteld zou kunnen worden.

Indien voor de vaststelling van een prima facie inbreuk niet vereist is dat het bestaan van de inbreuk zeker of vrijwel zeker is, moet evenmin elke inbreuk waarvan het bestaan minder zeker is als een prima facie inbreuk worden beschouwd.

Om deze redenen,

De voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

Uitspraak doende overeenkomstig artikel 62, § 4 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006,

- Verklaart het beroep van UGC Belgium NV ontvankelijk, en zegt voor recht dat het verzoekschrift tot beroep geldig is,
- Verklaart het beroep gegrond,
- Doet de aangevochten beslissing nr. 2008-V/M-58-AUD tot sepot van de auditeur van 7 november 2008 teniet, behalve in zoverre zij het bestaan van een klacht ten gronde als vereiste voor het nemen van voorlopige maatregelen vaststelt,
- Verwijst de zaak naar het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

Aldus beslist en uitgesproken door Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op 14 april 2009.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt aan UGC Belgium NV, Kinopolis Group NV, en de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.