

Beslissing nr. 2000 - C/C – 31 van 18 oktober 2000

INZAKE :

DE BEERS AUSTRALIA HOLDINGS Pty Ltd, vennootschap naar Australisch recht, met maatschappelijke zetel te Level 37, 101 Collins Street, Melbourne, Victoria 3000 in Australië

en :

ASHTON MINING Ltd, vennootschap naar Australisch recht, met maatschappelijke zetel te 4th Floor, 441 Sint Kilda Road, Melbourne, Victoria 3004 in Australië

Gezien de aanmelding op maandag 11 september 2000 namens De Beers Australia Holdings Pty Ltd aan het Secretariaat van de Raad voor de Mededinging van haar voornemen om een openbaar bod uit te brengen op alle aandelen van Ashton Mining Ltd.

Gezien de mededeling conform artikel 32 bis § 1 van de Wet op de Bescherming van de Economische Mededinging, zoals gecoördineerd op 1 juli 1999 (W.B.E.M.) van de aanmelding van de concentratie op 12 september 2000 door het Secretariaat van de Raad aan het korps van verslaggevers.

Gezien de stukken van het dossier en het onderzoeksverslag van de Dienst voor de Mededinging, zoals dit op 2 oktober 2000 werd overgemaakt aan de verslaggever.

Gezien het gemotiveerd verslag van de verslaggever, de heer Bert STULENS, zoals dit op 6 oktober 2000 werd opgesteld.

Gehoord de verslaggever, de heer Bert STULENS.

Gezien het verzoek dd 13 oktober 2000 geformuleerd door meester Marc PITTIE en meester Dirk ARTS van het kantoor Loeff Claey's Verbeke, met kantoor te Brussel, Tervurenlaan 268 A, optredende voor Ashton Mining Ltd, om tussen te komen en gehoord te worden.

Gezien onze beschikking dd 16 oktober 2000, waarbij het verzoek namens Ashton Mining Ltd om tussen te komen en gehoord te worden ontvankelijk werd verklaard.

Gehoord ter zitting van 18 oktober 2000 meester Dirk Arts, namens Ashton Mining Ltd.

Gehoord ter zitting van 18 oktober 2000 de aanmeldende partij vertegenwoordigd door meester Johan Ysewijn van het kantoor Linklaters & Alliance, met kantoor te Brussel, Brederodestraat 13 A.

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, van toepassing overeenkomstig artikel 54 bis W.B.E.M.

1. De aanmeldende partij Beers Australia Holdings Pty Ltd (D.B.A.H.) is als dochtervennootschap van De Beers Centenary AG (D.B.C.A.G.) op 4 mei 2000 opgericht met als enige activiteit het uitbrengen van het openbaar bod dat het voorwerp is van huidige aanmelding.

De Beers is wereldwijd actief op het gebied van exploratie, ontginning, waardering en marketing van diamant.

De andere bij de concentratie betrokken partij, de doelonderneming Ashton Mining Limited, is hoofdzakelijk actief op het vlak van de ontginning en exploratie van diamant.

Deze activiteiten oefent Ashton Mining uit via haar deelneming in de Argyle diamantmijn in West-Australië, waarin zij en Rio Tinto Ltd elk een belangrijk aandeel hebben, verder via de Merlin diamantmijn in Australië, waarvan zij de volledige eigendom heeft.

De beide ondernemingen zijn ondernemingen in de zin van artikel 1 W.B.E.M.

2. De Beers Centenary AG (D.B.C.A.G.) heeft op 31 juli 2000 haar voornemen bekendgemaakt om een openbaar bod uit te brengen op alle aandelen van Ashton Mining Ltd en dit tegen een welbepaalde prijs per aandeel.

Het bod is wel onderworpen aan een aantal voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat De Beers erin slaagt ten minste 50.1 % van de Ashton aandelen over te nemen en op voorwaarde dat er goedkeuring is van de mededingingsautoriteiten.

De aangemelde operatie is een concentratie in de zin van artikel 9 van de W.B.E.M.

3. De vraag of de voorgenomen transactie al dan niet tijdig is aangemeld is ondergeschikt aan de vraag of de voorgenomen transactie wel moest aangemeld worden, met andere woorden of de voorgenomen transactie wel onder het toepassingsgebied van de W.B.E.M. valt rekening houdende met de omzetzdrempels zoals voorzien in artikel 11 § 1 en artikel 46 van de W.B.E.M.

Gezien de omzet van De Beers in België bestaat er blijkbaar geen betwisting over de vraag of de eerste omzeldrempel van de wet overschreden wordt : alle betrokken ondernemingen halen immers "samen" een omzet in België die 40 miljoen euro overtreft.

Omtrent de tweede omzeldrempel, namelijk dat minstens twee van de betrokken ondernemingen "elk" in België een omzet realiseren van minstens 15 miljoen euro, bestaat er wel betwisting vermits de aanmeldende partij van oordeel is dat de omzet van Ashton op de Antwerpse diamantbeurs immers moet toegerekend worden aan Indië, alwaar de meeste klanten zijn gevestigd, terwijl de verslaggever van oordeel is dat de omzet van Ashton wel degelijk als een Belgische omzet kan beschouwd worden.

Uit de ons verstrekte gegevens blijkt onder meer :

- dat het merendeel van de ruwe diamanten van de Argyle en Merlin mijnen verkocht worden via Argyle's European Selling Organisation (AESO) in Antwerpen, die opereert als een diamant ruilbeurs.
- dat 95 % of zelfs meer van de ruwe diamanten verkocht door de AESO in Antwerpen bestemd zijn voor klanten in Indië en worden geslepen in Indië.
- dat de verkopen in Antwerpen door de AESO met bestemming Indië over het algemeen gebeuren door fysieke levering aan vertegenwoordigers van deze Indische klanten.

Uit de ons verstrekte gegevens moet dan ook onthouden worden dat de verkopen in Antwerpen worden gesloten, wat uitdrukkelijk door de raadsman van de tussenkomende partij ter zitting is bevestigd.

Omzet is het bedrag van de verkoop van goederen en de leveringen van diensten aan derden.

Uit de feitelijke gegevens blijkt immers onder meer :

- dat het verkoopkantoor is gevestigd in Antwerpen.
- dat de overeenkomst tot stand komt in de diamantbeurs in Antwerpen.
- dat de fysieke overdracht plaats vindt in Antwerpen.
- dat de "juridische" aankoopbeslissing gebeurt in Antwerpen.

De hierboven ontwikkelde visie is geenszins in strijd met paragraaf 46 van de Mededeling van de Commissie betreffende de berekening van de omzet (PB C, 2 maart 1998, 66/25), alwaar bepaald wordt : "omzet moet toegerekend worden aan de plaats waar de afnemer is gevestigd, omdat dat in de meeste gevallen de plaats is waar de overeenkomst tot stand komt, waar de omzet door de betrokken leverancier wordt behaald en waar concurrentie met andere aanbieders plaatsvindt".

Dit sluit aan bij de stelling van de Hoge Raad voor de Diamant, die stelt : "Wel is het zo dat het commercialiseren van diamanten via de Antwerpse markt een toegevoegde waarde creëert doordat een goede prijs wordt bekomen in een concurrentiële omgeving" en verder stelt: "Elke Antwerpse koper heeft zijn klanten waarmee hij hoofdzakelijk zaken doet. Hij zal zijn aankoopbeleid afstemmen op de vraag van zijn klanten. Grote Antwerpse bedrijven hebben verbonden ondernemingen in India die voor hen slijpen. Grote Indische fabrieken zullen dan weer beroep doen op een koper die voor hen aankoopt op de Antwerpse markt. De eigenlijke beslissingsbevoegdheid is dispaaraat en weinig relevant."

Het feit dat de omzet van Ashton wordt opgenomen in de Belgische invoerstatistieken bevestigt nog maar eens dat de omzet moet toegeschreven worden aan Antwerpen.

De aanmeldende partij verwijst ten onrechte naar een uitspraak van de Raad voor de Mededinging dd 2 juli 1993 nu enerzijds sinds de wetwijziging zoals gecoördineerd bij K.B. van 1 juli 1999 andere omzeldrempels van toepassing zijn, terwijl anderzijds ook in de geciteerde beslissing sprake is van de plaats waar vraag en aanbod zich treffen, hetzij in casu Antwerpen.

Uit het dossier, alhier gekend onder ref.2000 - C/C - 00/0042, nl. aanmelding bod op alle aandelen van Ashton door Rio Tinto, blijkt dat de omzet gerealiseerd door Ashton komt van haar participatie in Argyl, een gemeenschappelijke onderneming waarvan de andere aandeelhouder Rio Tinto is, die stelt dat de omzet van Ashton wel degelijk in België wordt gerealiseerd, terwijl de omvang ervan van die aard is dat de drempel voorzien in artikel 11 van de W.B.E.M. overschreden is.

De omzet dient derhalve geografisch toegerekend te worden aan België.

4. Uit de voorgebrachte stukken blijkt dat de aanmelding van de concentratie niet tijdig in de zin van artikel 12 § 1 van de W.B.E.M. gebeurde.

Het openbaar bod werd geformuleerd op 31 juli 2000, en aangemeld op 11 september 2000, hetzij meer dan één maand later.

Het past onze beslissing over een gebeurlijke geldboete aan te houden.

5. De relevante productenmarkt in casu is de markt voor de verkoop van natuurlijke ruwe diamant.

De diamantmarkt is een wereldmarkt, waarin Antwerpen kan beschouwd worden als één der belangrijkste handelscentra in de wereld.

Uit de brief van de Hoge Raad voor de Diamant vzw, dd 29/09/2000 blijkt dat de invoer van ruwe diamant in Antwerpen in 1999 in handen was van De Beers voor 46,1% en van Ashton voor 4,3%.

Vooraleer definitief over de al dan niet toelaatbaarheid te beslissen zijn wij verplicht aan de verslaggever een bijkomend verslag te vragen (artikel 33 §2.1.b en artikel 34 §1 alinea 1).

Alhoewel al de ondervraagde derden geen problemen zien, moeten wij vaststellen dat concurrent Rio Tinto zulks formeel tegenspreekt, zodat er ernstige twijfels blijven bestaan, temeer daar De Beers reeds over een groot marktaandeel beschikt.

Aan de verslaggever moet dan ook een economische analyse van de vermoedelijke invloed van de concentratie gevraagd worden. Dit aanvullend verslag moet binnen een korte tijd worden neergelegd, rekening houdend met de aan de gang zijnde overnamestrijd.

OM DEZE REDENEN,

De Raad voor de Mededinging,

Stelt vast dat de betrokken concentratie onder het toepassingsgebied valt van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging zoals gecoördineerd door het Koninklijk Besluit van 1 juli 1999.

Vooraleer over de al dan niet toelaatbaarheid van de concentratie te oordelen, verzoekt aan de verslaggever een verslag te maken betreffende de vermoedelijke invloed van de concentratie en stelt dat het verslag uiterlijk op 08/11/2000 moet worden neergelegd.

Stellen de huidige zaak in voortzetting op onze zitting van 22/11/2000 te 14.30 uur.

Houden onze beslissing over de geldboete aan.

Aldus uitgesproken bij beslissing van 18 oktober 2000 door de Kamer van de Raad voor de Mededinging samengesteld uit :

de heer Peter Poma, kamervoorzitter,

Mevrouw Beatrice Ponet, Voorzitter a.i. Raad voor de Mededinging,

de heren Frank Deschoolmeester en Robert Vanosselaer, leden.