

Publieke versie

Beslissing nr. 2010 – V/M – 47 van 25 november 2010

**Zaak MEDE – V/M – 09/0020: Diamanthandel A. Spira BVBA / De Beers
UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading
Company (PTY) Limited NV**

I.	Beschrijving van het procedureverloop.....	2
II.	Korte beschrijving van de feitelijke achtergrond. Voorwerp van de voorlopige maatregelen.....	7
III.	Situering van het verzoek om voorlopige maatregelen in de context van andere procedures.....	8
3.1.	Europese procedures.....	8
3.2.	Belgische procedures.....	9
IV.	Wat betreft het recht van verdediging van De Beers.....	10
4.1.	Wat betreft de beweerdte laattijdige toegang tot de afwijzingsbeschikkingen.....	10
4.2.	Wat betreft de beweerdte onvolledige samenstelling van het onderzoeksdossier en de beweerdte ontstentenis van toegang tot een zogenaamd informeel onderzoeksdossier.....	11
i.	Relevante retroacten.....	11
ii.	Beslissing van de voorzitter.....	13
a)	Draagwijdte van het verzoek om toegang.....	13
b)	Beslissing.....	14
4.3.	Wat betreft de gevorderde toegang tot de artikel 7 (1) brieven.....	17
i.	Voeging van het middel afgeleid uit de schending van het recht van verdediging en het onderzoek tot een bevel.....	17
ii.	Beslissing van de voorzitter.....	17
V.	Wat betreft de volledigheid en de onpartijdigheid van het onderzoek.....	18
5.1.	Grievens van De Beers.....	18
5.2.	Beslissing van de voorzitter.....	20
VI.	Wat betreft het dringend vermijden van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira.....	21
6.1.	Inleiding.....	21
6.2.	Beslissing.....	22
VII.	Wat betreft de restrictieve mededingingspraktijken, voorwerp van onderzoek.....	25
7.1.	Begrip.....	25
7.2.	Beslissing.....	26
i.	Wat betreft de belangenafweging.....	26
ii.	Prima facie inbreuk op grond van het verslag.....	26
iii.	Wat betreft het verweer van De Beers, afgeleid uit de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie.....	28
iv.	Wat betreft ander verweer van De Beers.....	30
v.	Besluit.....	30
VIII.	Wat betreft de voorlopige maatregelen.....	30
8.1.	Aard.....	30
8.2.	Duur.....	31
IX.	Dispositief.....	32

I. Beschrijving van het procedureverloop.

1. Op 30 oktober 2009 heeft Diamanthatel A. Spira BVBA (hierna : Spira) bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging klacht ingediend tegen De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited (hierna: De Beers) wegens schending van artikelen 2 en 3 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (WBEM), en van artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). De klacht is geregistreerd met het nummer MEDE-P/K-09/0019.

2. Diamanthatel A. Spira BVBA is een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Belgisch recht, met zetel te 2018 Antwerpen, Pelikaanstraat 78 bus 106 en ondernemingsnummer 0404 989945.

De Beers UK Limited, voorheen The Diamond Trading Company Limited, is een vennootschap naar Engels recht met zetel te London ECIN 6 RA (UK), 17 Charterhouse Street, registratienummer 2054170.

Diamdel NV is een naamloze vennootschap naar Belgisch recht, met zetel te 2010 Antwerpen, Schupstraat 21.

3. Tegelijkertijd met de klacht vermeld in randnummer 1 heeft Spira de voorzitter van de Raad voor de Mededinging verzocht om voorlopige maatregelen te nemen met toepassing van artikel 62 WBEM, in volgende bewoordingen:

Spira verzoekt de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging om De Beers bevel op te leggen om:

a. de onrechtmatig opgezegde overeenkomst ten aanzien van Spira verder in natura te blijven uitvoeren op de wijze zoals dit in het verleden onder de gedurende 68 jaar contractueel geldende voorwaarden gebeurde, met levering van diamanten in dezelfde kwantiteit, tot beloop van [...] USD ([...] Amerikaanse dollar) per zicht. Bij de vaststelling van dit bedrag is rekening gehouden met een indexering op grond van de prijsstijgingen, veroorzaakt door De Beers, van ruwe diamant sinds 2003 (toen bedroegen de gemiddelde leveringen per zicht [...] USD);

b. om dit bevel te handhaven tot een definitieve beslissing ten gronde, met uitputting van alle rechtsmiddelen, op hetzij Belgisch, hetzij Europees niveau is bekomen over de verenigbaarheid van het selectieve distributiesysteem van De Beers, genaamd Supplier of Choice, met het Europese mededingingsrecht, meer bepaald met de artikelen 2 tot en met 5 WBEM en de artikelen 81 en 82 EG;

c. dit alles onder verbeurte van een dwangsom van € 1.500.000 per vastgestelde overtreding (zoals die voorheen ook door de burgerlijke rechtbanken werd opgelegd), inclusief gevallen van gedeeltelijke levering, zij het qua volume of qua kwaliteit, te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf de datum van verbeurte;

d. om nauwkeurige toepassingsvoorwaarden van de gevraagde uitvoering in natura vast te stellen, meer bepaald: [...]

dit alles zonder enige nadelige erkenning en onder voorbehoud van vermeerdering, vermindering of aanpassing in de loop van de huidige procedure.

Dit verzoek om voorlopige maatregelen is geregistreerd met het nummer MEDE-V/M-09/0020.

4. Spira wordt bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester Ralph De Wit en Meester Arn Calewaert van de balie van Antwerpen en Meester Jacques Bourgeois van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel.

De Beers wordt bijgestaan door Meester Johan Ysewyn van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel, en Meester Joachim Marchandise en Meester Sacha Cornely van de Franse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel.

5. Het verzoek om voorlopige maatregelen is onderzocht door adjunct-auditeur Devi Wyns (hierna ook de auditeur genoemd) met de bijstand van onderzoeker attaché Katrijn De Vlieghe van de Algemene Directie Mededinging. Het onderzoek heeft geleid toe een gemotiveerd verslag van de auditeur in toepassing van artikel 62, § 5 WBEM, dat bij de voorzitter van de Raad is ingediend op 4 mei 2010.

Dezelfde dag heeft De Beers het verslag ontvangen.

Op 6 mei 2010 is Spira er door de griffier van de Raad van op de hoogte gebracht dat het verslag was ingediend.

6. In het verslag stelt de auditeur voor het verzoek om voorlopige maatregelen als volgt in te willigen:

a. het bevel aan verweerders om verder diamanten te leveren aan eiseres op de wijze zoals dit in het verleden onder de gedurende 68 jaar contractueel geldende voorwaarden gebeurde, met levering van diamanten in dezelfde kwantiteit, tot beloop van [...] USD ([...] Amerikaanse dollar) per zicht waarbij eiseres op gelijke wijze wordt behandeld als andere zichthouders;

b. om dit bevel te handhaven tot een definitieve beslissing ten gronde, met uitputting van alle rechtsmiddelen, op hetzij (...) Belgisch, hetzij Europees niveau is bekomen over de verenigbaarheid van het Supplier of Choice-systeem met het Europees mededingingsrecht, meer bepaald met de artikelen 2 tot en met 5 WBEM en de artikelen 101 en 102 VWEU;

c. dit alles onder verbeurte van een dwangsom van € 1.500.000 per vastgestelde overtreding.

7. Op 18 mei 2010 heeft voor de voorzitter van de Raad voor de Mededinging een hoorzitting plaatsgevonden waarop onder meer termijnen voor het indienen van schriftelijke opmerkingen werden bepaald en de hoorzitting werd vastgesteld op 18 juni 2010.

8. Bij brief van 20 mei 2010 heeft Spira om toegang tot het verslag verzocht.

Bij beslissing van 20 mei 2010 heeft de voorzitter van de Raad het verzoek ingewilligd. Voorafgaandelijk had De Beers op verzoek van de voorzitter van de Raad laten weten dat het verslag zoals het haar was meegedeeld, geen gegevens bevatte die vertrouwelijk zijn ten aanzien van Spira.

9. Bij brief van 28 mei 2010 heeft de voorzitter van de Raad aan Spira laten weten dat de klager krachtens artikel 48, § 2, tweede lid WBEM in principe geen toegang heeft tot het onderzoeksdossier, en dat deze regel eveneens van toepassing is op de verzoeker om voorlopige maatregelen krachtens artikel 62, § 6 WBEM, maar dat van dit principe op verzoek van Spira afgeweken kan worden, en dat Spira op eenvoudig verzoek de inventaris van het onderzoeksdossier kon bekomen om een doelgericht verzoek tot inzage van stukken te kunnen formuleren. Op deze brief heeft Spira niet gereageerd.

10. Op 2 juni 2010 heeft Spira aan de voorzitter van de Raad laten weten geen gebruik te willen maken van de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen in te dienen binnen de haar toegekende termijn die verstreek op 2 juni 2010, op grond van de overweging dat zij zich aansloot bij het verslag van de auditeur.

11. Bij dezelfde brief van 2 juni 2010 die vermeld is in het vorige randnummer (10), heeft Spira haar instemming verleend met de mededeling aan De Beers van de beschikkingen van de Europese Commissie van 26 januari 2007 en 5 juni 2008, waarbij de klacht van Spira tegen De Beers werd afgewezen, op voorwaarde dat deze beschikkingen door De Beers uitsluitend zouden worden aangewend in de voorliggende procedure.

De Beers had om mededeling van die beschikkingen verzocht in een brief aan de voorzitter van de Raad van 17 mei 2010, en had dit verzoek hernomen op de zitting van 18 mei 2010.

12. Bij brief van 7 juni 2010 heeft De Beers verzocht om een verlenging van de termijnen voor het indienen van schriftelijke opmerkingen (de termijn voor De Beers zou verstrijken op 16 juni 2010) en om een verdaging van de hoorzitting van 18 juni 2010, op grond van volgende overwegingen.

Ten eerste doet De Beers gelden dat de afwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie van 26 januari 2007 en 5 juni 2008, haar pas op 2 juni 2010 door Spira werden medegedeeld. Het is De Beers' standpunt dat toegang tot die beslissingen nodig is voor de uitoefening van haar recht van verdediging, doch dat zij ingevolge de vertraging in de mededeling onvoldoende tijd zou hebben om haar verweer voor te bereiden.

In verband met deze afwijzingsbeschikkingen doet De Beers ook gelden dat deze melding maken van de zogenaamde artikel 7 (1) brieven van respectievelijk 4 augustus 2006 en 13 november 2007, waarvan De Beers ook kennis zou willen nemen. In artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag is bepaald dat, wanneer de Commissie op grond van de gegevens waarover zij beschikt van mening is dat er onvoldoende gronden zijn om aan een klacht gevolg te geven, zij aan de klager haar redenen daarvoor meedeelt en een termijn stelt waarbinnen de klager schriftelijk zijn standpunt kenbaar kan maken.

In de brief van 7 juni 2010 vraagt De Beers dat de voorzitter Spira zou bevelen deze artikel 7 (1) brieven over te leggen zodat ook De Beers er kennis van zou kunnen nemen, en dit met toepassing van artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek (zie ook het verzoekschrift hieronder vermeld in randnummer 14).

Ten tweede verwijst De Beers naar het feit dat op 29 juni 2010 de uitspraak voorzien is van het arrest van het Hof van Justitie over de hogere voorziening van de Europese Commissie tegen het arrest van het Gerecht over het beroep van Alrosa tegen de beslissing van de Commissie waarbij toezeggingen van De Beers verbindend werden verklaard (arrest van het Hof van Justitie in de zaak C-441/07 P, Europese Commissie / Alrosa Company Ltd). De Beers had toegezegd de verkoop van ruwe diamanten van Alrosa aan De Beers eerst af te bouwen en daarna stop te zetten. Het arrest van het Gerecht had de beslissing van de Commissie echter vernietigd, zodat de toezeggingen van De Beers vervallen waren. Het belang van het arrest van het Hof van Justitie zou erin bestaan dat de toezeggingen hetzij definitief vervallen zouden zijn (bij bevestiging van het arrest van het Gerecht), hetzij zouden herleven (bij vernietiging van dat arrest).

Volgens De Beers was het nuttig om het arrest van 29 juni 2010 in de discussie over de voorlopige maatregelen te kunnen opnemen.

13. Bij brief van 8 juni 2010 heeft Spira zich verzet tegen een wijziging van de kalender, en tegen de overlegging van de artikel 7 (1) brieven.

Er zijn nog replieken over en weer gevolgd, steeds over dezelfde procedurele aangelegenheden, op 8 juni 2010.

14. Op 9 juni 2010 heeft De Beers een verzoekschrift tot maatregel alvorens recht te doen, in de zin van artikel 19, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek (afkorting: Ger.W.), gedateerd op 8 juni 2010, ingediend ter griffie van de Raad. Dit verzoekschrift dat, naast artikel 19, tweede lid Ger.W. ook verwijst naar artikel 877 Ger.W., strekt ertoe Spira op te leggen niet-

vertrouwelijke kopies van de Artikel 7 (1) brieven van 4 augustus 2006 en 13 november 2007 over te maken aan De Beers (zie ook de brief van De Beers van 7 juni 2010 hierboven vermeld in randnummer 12).

Op de hoorzitting van 18 juni 2010 (zie hieronder in randnummer 17) is een kopie van dit verzoekschrift aan Spira overhandigd.

15. Bij elektronisch bericht van 10 juni 2010 heeft de raadsman van De Beers de voorzitter van de Raad gevraagd om nog voor de hoorzitting van 18 juni 2010 uitspraak te doen over het verzoek om verdaging van de hoorzitting van 18 juni 2010, geformuleerd in de brief van 7 juni 2010 (zie randnummer 12 hierboven).

De voorzitter van de Raad is niet ingegaan op die vraag.

16. Op 16 juni 2010 heeft De Beers schriftelijke opmerkingen, Memorie van antwoord van De Beers op het Verslag van de Adjunct-Auditeur van 4 mei 2010 genaamd, met bijlagen, ingediend bij de voorzitter van de Raad. In het beschikkende gedeelte vraagt De Beers vast te stellen dat de voorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen niet vervuld zijn, en het verzoek te verwerpen.

17. Op de hoorzitting van de voorzitter van de Raad van 18 juni 2010 zijn de auditeur, verzoekster Spira en verweersters De Beers gehoord.

18. Op 28 juni 2010 heeft De Beers een brief gericht aan de voorzitter van de Raad, met kopie aan de auditeur, waarin wordt ingegaan op een verklaring van de auditeur, afgelegd op de hoorzitting van 18 juni 2010, tijdens haar repliek op de memorie van antwoord en op de mondelinge uiteenzetting voor De Beers.

19. Op 30 juni 2010 heeft De Beers aan de voorzitter van de Raad en aan de auditeur een korte commentaar bezorgd op het arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 2010 in de zaak C-441/07 P, Europese Commissie / Alrosa Company Ltd. In haar brief van 7 juni 2010, hierboven vermeld in randnummer 12, had De Beers het belang dat zij aan dit arrest hechtte reeds onderstreept.

20. Op 6 juli 2010 hebben de raadsliden van Spira een brief gedateerd op 5 juli 2010 gericht aan de voorzitter van de Raad met commentaar in verband met het arrest van het Hof van Justitie van 29 juni 2010 in de zaak C-441-07 P, Europese Commissie / Alrosa Company Ltd. Op deze brief is de vermelding “vertrouwelijk” aangebracht. Dit laatste liet veronderstellen dat Spira niet voornemens was de brief in kopie te bezorgen aan De Beers.

Bij beschikking van 8 juli 2010 heeft de voorzitter van de Raad de heer Christian Huveneers, ondervoorzitter van de Raad, aangewezen om uitspraak te doen over de vertrouwelijkheid van gegevens waarop een andere persoon dan de onderneming die voorwerp van onderzoek is zich beroept, conform artikel 48, § 2, derde lid WBEM, dat krachtens art. 62, § 6 WBEM van toepassing is op de procedure inzake voorlopige maatregelen.

Op 9 juli 2010 heeft ondervoorzitter Huveneers aan de raadman van Spira laten weten dat de brief van 5 juli 2010 hem geen vertrouwelijke gegevens ten aanzien van De Beers leek te bevatten, en Spira uitgenodigd haar standpunt hierover mee te delen tegen 12 juli 2010.

Op 13 juli 2010 heeft hij dan beslist dat de brief van 5 juli geen vertrouwelijke gegevens bevatte zodat deze integraal aan De Beers zou worden meegedeeld door de griffie van de Raad. Deze beslissing werd op 13 juli 2010 meegedeeld aan de raadsman van Spira. De brief van 5 juli 2010 werd op 13 juli 2010 meegedeeld aan de raadsliden van De Beers.

Bij elektronisch bericht van 14 juli 2010 heeft de raadsman van Spira laten weten de beslissing over de vertrouwelijkheid redelijk te vinden.

21. Bij brief van 19 juli 2010, gericht aan de voorzitter van de Raad met kopie aan de raadsliden van Spira en De Beers, heeft de auditeur opmerkingen gemaakt bij het arrest van

het Hof van Justitie van 29 juni 2010 in de zaak C-441/07 P, Europese Commissie / Alrosa Company Ltd.

22. Bij elektronisch bericht van 22 juli 2010 heeft de voorzitter van de Raad aan de raadslieden van partijen en aan de auditeur laten weten dat deze zaak van het verzoek om voorlopige maatregelen voor beslissing is vastgesteld op vrijdag 20 augustus 2010.

Bij elektronisch bericht van 19 augustus 2010 heeft de voorzitter van de Raad aan de raadslieden van partijen en aan de auditeur laten weten dat de beslissing wordt verdaagd.

23. Op 5 oktober 2010 hebben de raadslieden van Spira een brief met 11 bijlagen doen toekomen bij de voorzitter van de Raad.

De brief en de bijlagen werden door de griffier overgemaakt aan de raadslieden van De Beers op 12 oktober 2010.

24. Bij beslissing van de voorzitter van 18 oktober 2010 werd op 22 oktober 2010 een zitting bepaald om het verdere verloop van de procedure te regelen.

Ter zitting van 22 oktober 2010 werd De Beers een termijn verleend om schriftelijke opmerkingen in te dienen over de brief van 5 oktober 2010 en zijn bijlagen die verstrijkt op 29 oktober 2010, en werd een hoorzitting vastgesteld op 4 november 2010.

25. In brieven van haar raadslieden van 20 en 29 oktober 2010 heeft Spira verzocht om toegang tot de schriftelijke opmerkingen over de brief van 5 oktober 2010 en zijn bijlagen die De Beers zou indienen.

26. Op 29 oktober 2010 heeft De Beers schriftelijke opmerkingen, *Antwoord van De Beers op de brief van Spira van 5 oktober 2010* getiteld, ingediend bij de voorzitter van de Raad.

27. Bij beslissing van 3 november 2010 heeft de voorzitter van de Raad het verzoek van Spira om toegang tot het Antwoord van De Beers op de brief van 5 oktober 2010 verworpen.

De overwegingen van deze beslissing, die in onderhavige beslissing hernomen worden en aldus integraal deelvormen van onderhavige beslissing, kunnen als volgt samengevat worden.

Wat betreft toegang tot het dossier in de ruime zin van het woord, toegang dus tot het verslag, het onderzoeksdossier, en schriftelijke opmerkingen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen toegang door de betrokken onderneming (verweerder van het verzoek om voorlopige maatregelen), enerzijds, en klager (of verzoeker om voorlopige maatregelen) en derde, anderzijds.

Waar de betrokken onderneming onbeperkte toegang heeft (onder voorbehoud van bescherming van vertrouwelijke gegevens), heeft de verzoeker om voorlopige maatregelen toegang tot het verslag indien de voorzitter van de Raad het nodig acht, en geen toegang tot het dossier (met inbegrip van de schriftelijke opmerkingen van de betrokken onderneming, verweerder in voorlopige maatregelen) tenzij de voorzitter van de Raad een andersluidende beslissing neemt (zie artikel 48, § 1, tweede lid en § 2, tweede lid WBEM, die in voorlopige maatregelen van toepassing zijn krachtens artikel 62, § 6 WBEM).

Naar analogie met de rechtspraak van het Hof van Cassatie over de toegang door derden inzake concentratiecontrole, kan toegang worden verleend indien deze echt nodig is opdat Spira aan de voorzitter haar standpunt over de onderzochte mededingingspraktijk en zijn weerslag op de mededinging zou kunnen uiteenzetten. Dit is niet het geval, aangezien Spira in de brief van 5 oktober 2010 zelf haar standpunt over de nieuw ingebrachte gegevens reeds heeft kunnen uiteenzetten. Bovendien heeft Spira tevoren slechts een beperkte rol gespeeld door geen toegang te vragen tot stukken van het onderzoeksdossier en tot de eerste schriftelijke opmerkingen voor De Beers (ingediend op 16 juni 2010), en door zelf geen schriftelijke opmerkingen in te dienen doch zich zonder meer aan te sluiten bij het verslag van de auditeur. Toegang tot het Antwoord van De Beers van 29 oktober 2010 zou Spira geen rol van grotere betekenis meer kunnen geven.

28. Op de hoorzitting van de voorzitter van de Raad van 4 november 2010 zijn de auditeur, verzoekster Spira en verweersters De Beers gehoord.

De voorzitter heeft er beslist dat na die hoorzitting geen nieuwe stukken of gegevens meer ingediend kunnen worden.

De uitspraak werd in het vooruitzicht gesteld op of omtrent vrijdag 19 november 2010.

II. Korte beschrijving van de feitelijke achtergrond. Voorwerp van de voorlopige maatregelen.

29. De voorlopige maatregelen die door Spira worden gevorderd en door de auditeur worden voorgesteld hebben volgende feitelijke en juridische grondslag.

30. De Beers UK Limited, voorheen The Diamond Trading Company Limited, en Diamdel NV behoren tot de De Beers Group, die actief is in de ontginning en verdeling van diamant. Diamond Trading Company is een divisie van De Beers UK Limited, en staat in voor de verkoop en distributie van ruwe diamant van de De Beers Group. Diamdel is de vereffenaar van de vennootschap Diamond Trading Company Limited.

Voor de distributie van haar ruwe diamant werkt De Beers met zichhouders, dit zijn ondernemingen die ruwe diamant afnemen van De Beers. De Beers verkoopt de diamanten in loten die door haar zijn samengesteld, tijdens periodieke verkoopsessies die zichten worden genoemd.

In 2003 heeft De Beers de “Supplier of Choice” regeling (afgekort: “SoC”) ingevoerd waardoor nieuwe selectiecriteria voor zichhouders gelden.

31. Spira is tientallen jaren lang, sinds 1935, zichhouder, afnemer van ruwe diamant van De Beers, geweest, tot de invoering van Supplier of Choice. Sinds 2003 heeft Spira zich nog slechts éénmaal als zichhouder kunnen kwalificeren, namelijk in 2005 (al is zij toen niet ingegaan op het aanbod van De Beers, om niet vooruit te lopen op een verwachte uitspraak in kort geding van de gewone rechter).

32. De door Spira gevorderde voorlopige maatregelen strekken er in wezen toe De Beers te horen bevelen Spira als volwaardige zichhouder te doen erkennen. Het verzoek om voorlopige maatregelen is gegrond op de overweging dat Supplier of Choice prima facie in strijd is met artikelen 101 en 102 VWEU en artikelen 2 en 3 WBEM, en Spira een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel veroorzaakt.

33. In haar verslag beoordeelt de auditeur het bestaan van een prima facie inbreuk op het verbod van mededingingsbeperkende afspraken en op het verbod van misbruik van machtspositie als volgt.

34. Volgens Spira is het mededingingsrechtelijke probleem met Supplier of Choice het volgende. De Beers zou voornamelijk zichhouders aanwijzen die zelf de ruwe diamant bewerken, en die dus geen voortverkopers zijn van ruwe diamant. Aldus zou De Beers de voortverkoop van ruwe diamant aan banden willen leggen, en stroomafwaarts het gebruik van haar diamant willen controleren. Spira schrijft het daaraan toe dat zijzelf, als voortverkoper van ruwe diamant, geen zichhouder van De Beers meer is.

35. Volgens de auditeur kan in het raam van het onderzoek naar de gegrondheid van het verzoek om voorlopige maatregelen niet tot het besluit worden gekomen dat er een overeenkomst zou bestaan tussen De Beers en haar zichhouders volgens dewelke de zichhouders geen ruwe diamant mogen voortverkopen (al voegt zij eraan toe dat het bestaan van de overeenkomst niet uitgesloten kan worden). Een prima facie inbreuk op artikel 101 VWEU en artikel 2 WBEM kon de auditeur om die reden niet aanhouden.

36. Prima facie zouden er volgens de auditeur wel voldoende aanwijzingen zijn dat De Beers zich met Supplier of Choice schuldig maakt aan misbruik van machtspositie. Zij komt tot dit besluit op grond van de volgende overwegingen.

De relevante productmarkt is deze van de levering van ruwe diamant. De auditeur maakt een onderscheid tussen de primaire en de secundaire markt. De aanbodzijde van de primaire markt bestaat uit de producenten van ruwe diamant, zoals De Beers. Ruwe diamant wordt daarnaast ook aangeboden op de secundaire markt, door de afnemers op de primaire markt. De relevante geografische markt is wereldwijd. De Beers bekleedt een machtspositie op de primaire markt.

Supplier of Choice zou op het eerste gezicht misbruik van machtspositie vormen omdat het een uitsluitingseffect zou hebben. De voorwaarden voor het voorhanden zijn van uitsluiting als geval van misbruik van machtspositie lijken volgens de auditeur verenigd: constructieve weigering tot levering, onbeschikbare en onmisbare input en negatieve effecten op de concurrentie.

Volgens de auditeur bestaat de constructieve weigering tot leveren er prima facie in dat voornamelijk zichhouders worden aangesteld die de ruwe diamant zelf bewerken (die dus geen voortverkopers van ruwe diamant zijn), en die door De Beers worden gedwongen hun goederen stroomafwaarts te verkopen op de markt voor geslepen diamant en naar de markten voor de consument. Doel van de afscherming van de secundaire markt zou erin bestaan de machtspositie van De Beers met betrekking tot productie en aanbod van ruwe diamant door te trekken naar de stroomafwaartse markten voor geslepen diamant en verder tot bij de consument.

Andere leveranciers van ruwe diamant zouden geen alternatief kunnen bieden op de secundaire markt.

De bedoeling en het waarschijnlijke gevolg van Supplier of Choice is de prijs van ruwe diamant en de vraag naar geslepen diamant op te drijven.

37. Naast het uitsluitingseffect voert de auditeur nog twee afzonderlijke ogenschijnlijke vormen van misbruik van machtspositie aan.

Door Supplier of Choice zou de markt in anti-concurrentiële zin structureel gewijzigd zijn.

De Beers zou ook van haar machtspositie misbruik maken door het verzamelen en gebruiken van confidentiële informatie van haar afnemers in het raam van Supplier of Choice.

III. Situering van het verzoek om voorlopige maatregelen in de context van andere procedures.

3.1. Europese procedures

38. In 2001 heeft De Beers een verzoek tot de Europese Commissie gericht om met betrekking tot Supplier of Choice een verklaring te bekomen luidens dewelke artikel 81, lid 3 EG toepasselijk was. Na een mededeling van punten van bezwaar werd Supplier of Choice aangepast, onder meer op het vlak van de informatie die De Beers mag opvragen bij kandidaat zichhouders, en door het invoeren van de functie van een ombudsman. Vervolgens heeft de Commissie aan De Beers op 16 januari 2003 een troostbrief gegeven.

39. In 2003 werd bij de Commissie klacht ingediend tegen Supplier of Choice, onder meer door Spira.

Deze klacht werd afgewezen bij beschikking van 27 januari 2007, aangevuld door een tweede afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008 (zie hierboven in randnummers 11 en 12).

40. In 2003 heeft de Commissie een onderzoek geopend naar een overeenkomst tussen De Beers en Alrosa, de Russische producent van ruwe diamant. Na het uitbrengen van punten

van bezwaar werden er toezeggingen aangeboden die er onder meer in bestaan dat de afname van ruwe diamant van Alrosa door De Beers wordt afgebouwd. Bij beslissing van de Commissie van 22 februari 2006 werden deze toezeggingen verbindend verklaard.

Bij arrest van 11 juli 2007 heeft het Gerecht van eerste aanleg (nu: het Gerecht) de beslissing van 22 februari 2006 tenietgedaan.

Bij arrest van 29 juni 2010 heeft het Hof van Justitie op zijn beurt het arrest van 11 juli 2007 tenietgedaan.

41. De aanvullende afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008 is teweeggebracht door het arrest van het Gerecht van 11 juli 2007 vermeld in het vorige randnummer (40). De eerste afwijzingsbeschikking was immers ten dele hierop gegrond, dat de afname van ruwe diamant door De Beers van Alrosa afgebouwd zou worden. De Commissie heeft de afwijzing van de klacht bevestigd na het wegvallen van één van de redenen voor de afwijzing.

42. Spira heeft beroep ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg tegen de afwijzingsbeslissingen van 27 januari 2007 en 5 juni 2008. Het Gerecht heeft zich nog niet uitgesproken over deze beroepen.

3.2. Belgische procedures

43. In 2003 heeft Spira De Beers ten gronde gedagvaard voor de Rechtbank van koophandel te Antwerpen. Die zaak is nog hangende voor die Rechtbank.

44. Daarnaast heeft Spira De Beers ook in kort geding gedagvaard voor de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen. Bij beschikking van deze voorzitter van 17 november 2003 werd De Beers bevel opgelegd Spira te blijven bevoorraden zoals voorheen gedurende negen maanden vanaf 1 januari 2004 (tot 30 september 2004).

Bij arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 21 september 2004 werd die beschikking bevestigd, met dien verstande dat een termijn van achttien maanden te rekenen vanaf 1 januari 2004 werd bepaald (tot 30 juni 2005).

45. Op dagvaarding van Spira heeft de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen, zitting houdende in kort geding, op 29 juni 2005 De Beers bevel gegeven Spira te blijven bevoorraden zoals voorheen gedurende achttien maanden vanaf 1 juli 2005 (tot 31 december 2006).

46. Op dagvaarding van Spira heeft dezelfde voorzitter bij beschikking van 22 december 2006 de termijn verlengd met achttien maanden vanaf 1 januari 2007 (tot 31 december 2008).

47. Bij arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 20 oktober 2008 werd het hoger beroep van De Beers tegen de beschikkingen in kort geding van 29 juni 2005 en 22 december 2006 gegrond verklaard, op grond van de overweging dat geen verlenging na het verstrijken van de bij arrest van 21 september 2004 bepaalde termijn kon worden toegekend zonder nieuwe of gewijzigde feitelijke omstandigheden vast te stellen.

48. Op dagvaarding van Spira van 5 december 2008 heeft de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen, zitting houdende in kort geding, bij beschikking van 6 april 2009 geen nieuwe verlenging toegekend, op grond van dezelfde overwegingen als het Hof van beroep te Antwerpen in zijn arrest van 20 oktober 2008, namelijk dat geen nieuwe of gewijzigde feitelijke omstandigheden vastgesteld konden worden.

49. Bij arrest van het Hof van Cassatie van 9 maart 2010 werd het arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 20 oktober 2008 vernietigd op grond van de overweging dat het bestreden arrest niet vermocht te oordelen dat het gezag van gewijsde van de beslissing van de kortgedingrechter uitsluit dat op grond van het verstrijken van de termijn, de opgelegde

voorlopige maatregelen kunnen worden verlengd voor een periode volgend op het verstrijken van de geldigheidsduur van de bij de eerdere beschikking bevolen maatregelen.

Het Hof van Cassatie heeft de zaak verwezen naar het Hof van beroep te Gent, waar zij dient op een zitting van 29 november 2010.

IV. Wat betreft het recht van verdediging van De Beers

50. In haar Memorie van antwoord van De Beers op het verslag van de adjunct-auditeur van 4 mei 2010 (hierna: Memorie) werpt De Beers op dat haar recht van verdediging in meerdere opzichten zou zijn geschonden:

- de afwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie van 26 januari 2007 en 5 juni 2008 werden aan De Beers slechts medegedeeld op 2 juni 2010, zodat zij slechts beperkt tijd zou hebben gehad om deze te analyseren in het licht van het verslag van de auditeur (zie 4.1. hieronder);
- het onderzoeksdossier samengesteld door de auditeur en de Algemene Directie Mededinging zou onvolledig zijn (zie 4.2. hieronder);
- er zou een informeel dossier bestaan, daterend van voor de opening van de formele procedure, waartoe De Beers geen toegang heeft gehad (zie 4.2. hieronder);
- De Beers heeft geen toegang gekregen tot de artikel 7 (1) brieven van respectievelijk 4 augustus 2006 (gevolgd door de afwijzingsbeschikking van 26 januari 2007) en 13 november 2007 (gevolgd door de afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008) (zie 4.3. hieronder).

De Beers doet gelden dat deze tekortkomingen verholpen moeten worden vooraleer het verslag van de auditeur, gebaseerd op het onderzoek, de grondslag kan vormen van welkdanige beslissing tegen De Beers.

Deze middelen afgeleid uit de schending van het recht van verdediging worden hierna achtereenvolgens onderzocht.

4.1. Wat betreft de beweerde laattijdige toegang tot de afwijzingsbeschikkingen

51. De Beers heeft toegang tot de afwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie van 26 januari 2007 en 5 juni 2008 bekomen op 2 juni 2010, zodat zij veertien dagen de tijd heeft gehad om kritiek op het verslag die uit de afwijzingsbeschikkingen zou kunnen worden afgeleid te verwerken in haar Memorie van 16 juni 2010, voor het indienen van welke de termijn die dag verstreek.

De Beers heeft toegang gekregen tot het verslag op 4 mei 2010. Spira heeft geen schriftelijke opmerkingen gemaakt waarop De Beers nog zou hebben dienen te antwoorden. Op 16 juni 2010 had De Beers bijna zes weken de tijd gehad om over het verslag schriftelijke opmerkingen te maken. Dat De Beers van die ganse periode slechts de laatste veertien dagen heeft gehad om de afwijzingsbeschikkingen te onderzoeken en in haar voordeel te commentariëren, alsmede om de gegevens van het verslag en het onderzoeksdossier te bespreken in het licht van de afwijzingsbeschikkingen, is niet onoverkomelijk, zeker niet in een procedure van voorlopige maatregelen.

De Beers wist dat de kans bestond dat zij slechts korte tijd voor het verstrijken van de termijn voor haar schriftelijke opmerkingen op 16 juni 2010 en voor de hoorzitting van 18 juni 2010 de afwijzingsbeschikkingen zou ontvangen, en kon zich daarop voorzien door het gedeelte van haar verweer waarvoor zij de afwijzingsbeslissingen niet vandoen had eerst voor te bereiden.

Overigens wist De Beers vanaf 4 mei 2010, toen zij kennis kreeg van de inventaris van het onderzoeksdossier en de beslissing van de auditeur over toegang tot het dossier, dat zij niet automatisch inzage kreeg in de afwijzingsbeschikkingen. Niettemin heeft zij tot 17 mei 2010 gewacht alvorens inzage in de afwijzingsbeschikkingen te vragen. Aldus heeft zij zelf haar

termijn voor het voeren van verweer, waarvan zij wist dat hij in een procedure van voorlopige maatregelen kort zou zijn, ingekort.

52. De Beers heeft in haar Memorie de afwijzingsbeschikkingen wel degelijk in haar voordeel aangehaald en besproken. Zij doet niet gelden in welk opzicht zij dit uitvoeriger, indringender of pertinenter had kunnen doen indien zij over langer dan veertien dagen tijd had beschikt.

53. De Beers wijst er in haar Memorie op dat zij na de kalenderzitting van 18 mei 2010 herhaaldelijk om een verlenging van de termijn voor haar schriftelijke opmerkingen en om een daaruit volgende verdaging van de hoorzitting van 18 juni 2010 heeft verzocht. Zij deed dit in haar voormelde brief van 7 juni 2010 (zie hierboven in randnummer 12). Dat verzoek is hernomen in een elektronisch bericht van de raadsman van De Beers aan de voorzitter van de Raad van 10 juni 2010, waarin aan de voorzitter gevraagd werd om er nog voor het verstrijken van de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen op 16 juni 2010, en dus zeker voor de hoorzitting van 18 juni 2010 uitspraak over te doen (zie hierboven in randnummer 15).

In haar Memorie, ingediend op 16 juni 2010, heeft De Beers niet verzocht om een verlenging van de termijn voor schriftelijke opmerkingen of om een nieuwe termijn voor schriftelijke opmerkingen, evenmin als om een verdaging van de hoorzitting van 18 juni 2010. De Beers heeft in die Memorie alleen vastgesteld dat geen verlenging van termijn of verdaging van hoorzitting toegekend was.

Hoewel de voorzitter over het verzoek om verlenging van de termijn en uitstel van de hoorzitting geen uitspraak had gedaan voor de aanvang van hoorzitting van 18 juni 2010 zelf, heeft De Beers bij de aanvang van die hoorzitting niet om een verdaging, gepaard gaande met de toekenning van een nieuwe termijn om uitvoeriger te kunnen ingaan op de afwijzingsbeschikkingen, verzocht. Evenmin heeft De Beers op die hoorzitting een nieuwe termijn voor schriftelijke opmerkingen met een eventuele tweede hoorzitting, specifiek over de afwijzingsbeschikkingen, gevraagd.

Uit de inhoud van haar Memorie van 16 juni 2010 en uit de proceshouding van De Beers ter hoorzitting van 18 juni 2010 valt aldus af te leiden dat zij zich voldoende heeft kunnen verweren, ook door gebruik te maken van de afwijzingsbeschikkingen die zij als ontlastende gegevens beschouwt. Ten minste valt uit die proceshouding af te leiden dat zij zich niet meer kan beroepen op een schending van haar recht van verdediging. De voorzitter was niet verplicht, op straffe van definitieve schending van het recht van verdediging van De Beers, om nog voor de aanvang van de hoorzitting een verdaging toe te staan. Nu over het verzoek tot verdaging (en bijhorende mogelijkheid nieuwe schriftelijke opmerkingen in te dienen) geen uitspraak was gedaan voor de hoorzitting van 18 juni 2010, diende dit verzoek in schriftelijke opmerkingen of ter hoorzitting te worden hernomen opdat het geacht kon worden gestand te zijn gedaan.

54. Besluit. Het recht van verdediging van De Beers is niet geschonden op grond van de overweging dat zij zich onvoldoende heeft kunnen verweren tegen het verzoek om voorlopige maatregelen door niet tijdig kennis te hebben kunnen nemen van de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie van 26 januari 2007 en 5 juni 2008. Het is dan ook niet nodig om De Beers een langere termijn dan zij heeft gehad toe te kennen alvorens een beslissing te nemen op grond van het verslag van de auditeur.

4.2. Wat betreft de beweerde onvolledige samenstelling van het onderzoeksdossier en de beweerde ontstentenis van toegang tot een zogenaamd informeel onderzoeksdossier

i. Relevante retroacten

55. Na kennisneming van het onderzoeksdossier en zijn inventaris, die vanaf 4 mei 2010 ter beschikking van De Beers lagen ter griffie van de Raad voor de Mededinging, heeft De Beers

bij brief van 17 mei 2010 aan de voorzitter van de Raad volgende voorbeelden gegeven ter illustratie van haar stelling dat inventaris en onderzoeksdossier onvolledig zouden zijn:

- In de brief van de raadslieden van Spira van 20 juli 2009 (die zich in het onderzoeksdossier bevindt en toegankelijk is voor De Beers) wordt gewag gemaakt van een verzoek van de auditeur-generaal van 10 juli 2009, dat niet vermeld is in de inventaris van het onderzoeksdossier en dat zich niet in het onderzoeksdossier bevindt. Aan die brief is een brief gehecht van de Commissie aan de Europese Ombudsman, die zich evenmin in het onderzoeksdossier bevindt.
- Uit de inhoud van het elektronische bericht van de adjunct-auditeur aan de raadsman van Spira van 25 maart 2010 (die zich in het onderzoeksdossier bevindt en toegankelijk is voor De Beers) blijkt dat dit bericht een antwoord is aan de raadsman van Spira. Voorgaande correspondentie bevindt zich echter niet in het onderzoeksdossier.

56. In dezelfde brief van 17 mei 2010 beroept De Beers zich ook op haar recht op toegang tot de integraliteit van het onderzoeksdossier, met verwijzing naar het feit dat de auditeur haar bij beslissing van 4 mei 2010 toegang heeft geweigerd tot een brief van de raadslieden van Spira van 27 juli 2009 en zijn bijlagen. (Twee van deze bijlagen zijn de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie van 26 januari 2007 en 5 juni 2008). Volgens De Beers dient zij hoe dan ook toegang te krijgen tot een niet-vertrouwelijke versie van die brief en zijn bijlagen.

57. Tijdens de hoorzitting tot regeling van de procedure van 18 mei 2010 heeft de auditeur aan De Beers kopie van het elektronische bericht van de auditeur-generaal (verzonden door toedoen van mevrouw Katrijn De Vlieghe van de Algemene Directie Mededinging) aan de raadsman van Spira van 10 juli 2009 overhandigd.

In verband met het verzoek tot toegang tot andere stukken heeft de auditeur ter hoorzitting van 18 mei 2010 mondeling de redenen gegeven waarom zij geen toegang kon verlenen (zie het proces-verbaal van de zitting van 18 mei 2010). In verband met bepaalde bijlagen bij de brief van 27 juli 2009 (zie vorige randnummer, 56) die publiek toegankelijke stukken zijn, heeft zij de toegangscodes in de inventaris van het onderzoeksdossier gewijzigd van de kwalificatie “alleen toegankelijk voor Spira en de voorzitter van de Raad” in de kwalificatie “toegankelijk voor allen”. Zij heeft De Beers ter zitting een aldus aangepaste versie van de inventaris overhandigd.

58. Bij brief van 28 mei 2010 heeft de raadsman van De Beers aan de auditeur gevraagd toegang te mogen krijgen tot de voorafgaande correspondentie tussen de auditeur-generaal en de raadsman van Spira, waarvan het bestaan kan worden afgeleid uit het elektronische bericht van 10 juli 2009 (waarvan sprake hierboven in randnummers 55 en 57), evenals tot de notulen van bijeenkomsten of besprekingen tussen adjunct-auditeur Devi Wyns, de auditeur-generaal en medewerkers van de Algemene Directie Mededinging (hierna: “de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen), enerzijds, en Spira en haar raadslieden, anderzijds, en tot eventuele correspondentie tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen, enerzijds, en de Europese Commissie, anderzijds.

59. Bij elektronisch bericht van 31 mei 2010 heeft de auditeur de raadslieden van De Beers geantwoord dat geen verdere toegang verleend zou worden, op grond van de volgende overwegingen:

- Het onderzoeksdossier zou afgerond en volledig zijn, en het verslag is gebaseerd op stukken die zich in het dossier bevinden.
- Inzake vertrouwelijkheid werd het voorstel van de indiener van de gegevens gevolgd.
- *Zaken die zich afspelen in het informele kader van een dossier dienen niet te worden opgenomen in het onderzoeksdossier.* De mededeling van het elektronische bericht van 10 juli 2009 (zie hierboven in randnummer 57) doet hieraan geen afbreuk.

– Correspondentie met andere autoriteiten maken deel uit van het intern onderzoek en worden niet gevoegd bij het onderzoeksdossier.

60. In haar Memorie doet De Beers gelden dat zij onterecht geen toegang heeft gekregen tot volgende stukken (in niet-vertrouwelijke versie, dat wil zeggen ontdaan van eventuele zakengeheimen van Spira en derden):

– de correspondentie tussen de raadsman van Spira en de auditeur(-generaal) waarvan gewag wordt gemaakt in het ter hoorzitting van 18 mei 2010 overhandigde elektronische bericht van 10 juli 2009;

– notulen van gesprekken en vergaderingen tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en de raadslieden van Spira;

– het zogenaamde informele onderzoeksdossier, waarvan de auditeur het bestaan zou hebben erkend in haar elektronisch bericht van 31 mei 2010.

Zonder deze toegang, zo luidt het middel van De Beers, kunnen verslag en onderzoek geen grondslag zijn voor de beslissing.

ii. Beslissing van de voorzitter

a) Draagwijdte van het verzoek om toegang

61. De stukken tot welke De Beers in haar Memorie om toegang vraagt (zie hierboven in randnummer 60) betreffen de inhoud van contacten die hebben plaatsgevonden tussen de onderzoeks- en vervolgingsorganen van de Belgische mededingingsautoriteit, enerzijds, en (de raadslieden) van Spira, anderzijds. Waar geen geschreven stuk over dergelijke contacten bestaat, doet De Beers gelden dat er een geschreven stuk opgesteld had moeten worden.

62. Meer bepaald blijkt dat De Beers ingelicht zou willen worden over contacten van de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen met Spira in verband met de klacht en de procedure bij de Europese Commissie die geleid hebben tot de afwijzingsbeschikkingen van 26 januari 2007 en 5 juni 2008. Dat De Beers toegang tot gegevens in verband met de procedure voor de Commissie beoogt met haar verzoek tot toegang, blijkt niet alleen uit de relevante passages van haar Memorie (randnummers 8.2 en 8.3, op blz. 24 tot 26), maar ook uit het volgende.

In het elektronische bericht van de auditeur-generaal aan de raadsman van Spira van 10 juli 2009 wordt verwezen naar informatie die Spira verstrekt heeft en die volgens de auditeur-generaal geleid heeft tot een beter inzicht in de beslissingen van de Europese Commissie. Vervolgens stelt de auditeur-generaal in hetzelfde elektronische bericht de vraag welke ruimte de Belgische mededingingsautoriteit nog heeft na deze beslissingen. Tevens vraagt hij dat Spira haar standpunt over deze problematiek kenbaar zou maken. Waar De Beers verzoekt om toegang tot de informatie bedoeld in het elektronische bericht van de auditeur-generaal van 10 juli 2009, gaat het dus om een verzoek tot toegang tot informatie betreffende de procedure voor de Commissie.

Ook de gesprekken en vergaderingen waarvan De Beers de notulen zou willen inzien zijn volgens De Beers gesprekken en vergaderingen over de procedure voor de Commissie. Dit blijkt uit de context waarin het verzoek tot toegang geformuleerd wordt in de brief van de raadsman van De Beers van 28 mei 2010.

Ten slotte stelt De Beers de vraag naar toegang tot een *informeel* onderzoeksdossier omdat de auditeur in haar elektronische bericht van 31 mei 2010 naar een *informeel kader* verwijst. Uit het elektronische bericht van de auditeur van 31 mei 2010 kan eveneens afgeleid worden dat de *informele* contacten van de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen met Spira de procedure voor de Commissie betreffen. Met betrekking tot het informele dossier verwijst zij immers naar het elektronische bericht van de auditeur-generaal aan de raadsman van Spira

van 10 juli 2009, waarin de auditeur-generaal ingaat op het belang van de procedure voor de Commissie.

63. Tevens blijkt dat De Beers de contacten van de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen met Spira beschouwt als zijnde ontlastend, ten minste mogelijkwijze. De procedure voor de Commissie heeft tot afwijzingsbeschikkingen geleid. Waar De Beers toegang beoogt tot informatie die betrekking heeft op het standpunt van de Commissie kan zij er redelijkerwijze van uitgaan bij de Commissie steun voor haar verweer te vinden.

De Beers lijkt de voorzitter in overweging te willen geven dat het is omdat uit die contacten ontlastende elementen zouden blijken, dat van die contacten geen schriftelijke neerslag in het onderzoeksdossier werd opgenomen.

Dat De Beers zich er met haar verzoek om toegang van wil vergewissen of het onderzoek geen ontlastende elementen heeft opgeleverd blijkt ook uit het volgende.

De Beers beroept zich op rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel, luidens dewelke het recht van verdediging en het beginsel van de tegenspraak de toegang tot het volledige onderzoeksdossier, met uitzondering van vertrouwelijke gegevens, verantwoord (Brussel, 6 mei 2010, Belgacom Mobile e.a., 2009/MR/03 tem 2009/MR/08, randnummer 36). In een andere zaak, waar De Beers eveneens aan refereert, heeft het Hof van beroep overwogen dat het recht op toegang tot alle belastende en ontlastende stukken die in de loop van het onderzoek werden verzameld alleen een uitzondering kent voor die gegevens waarvan de vertrouwelijkheid volgens de geëigende procedure erkend is (Brussel, 24 september 2007, Portima e.a., 2007/MR/1 (schorsingsarrest), randnummer 36, derde alinea).

De Beers verwijst ook naar de parlementaire voorbereiding van de WBEM, waarin wordt vermeld dat het recht van verdediging van de betrokken ondernemingen vereist dat zij *in principe (...) toegang krijgen tot alle informatie die nodig is voor hun verweer, te weten de totaliteit van de documenten ten laste en ten onlaste die ingezameld werden door de Dienst voor de Mededinging in de loop van het onderzoek of die in de loop van het onderzoek werden overgemaakt aan deze Dienst, aan het Auditoraat of aan de Raad* (Parl. St. Kamer 2005-2006, nr. 51-2180/001, 26).

De Beers beroept zich eveneens op een beslissing van de Europese Ombudsman van 18 november 2009, waar het de ontstentenis van notulering van ontlastende gegevens betrof (zie hieronder in randnummer 67).

b) Beslissing

64. De vraag luidt of aan De Beers toegang verleend moet worden tot een schriftelijke neerslag van vergaderingen en gesprekken tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en Spira met betrekking tot de procedure tegen De Beers die door de Europese Commissie is gevoerd.

Eventuele dergelijke contacten tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en Spira dateren van voor het formele indienen van klacht en verzoek om voorlopige maatregelen, op 30 oktober 2009.

Aangezien het onderzoek pas aanvangt nadat een klacht is ingediend (of een ambtshalve onderzoek wordt geopend), in de zin van artikel 44, § 1 WBEM, bestaat er geen verplichting om in het onderzoeksdossier een stuk op te nemen waarin de inhoud vervat is van enig contact tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en Spira dat dateert van een tijdstip dat het indienen van de klacht voorafgaat. In die zin bestaat er een onderscheid tussen het formele onderzoek, en informele contacten die al dan niet gevolgd worden door een formeel onderzoek na indiening van een klacht of na het openen van een ambtshalve onderzoek. In haar elektronisch bericht van 31 mei 2010 alludeert de auditeur op dit onderscheid (zie hierboven in randnummer 62).

65. De vaststelling dat geen stukken in het onderzoeksdossier opgenomen moeten worden met betrekking tot de periode die het instellen van het onderzoek, na formele klacht of

ambtshalve, voorafgaan, wordt niet tegengesproken door de rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel of de parlementaire voorbereiding van de wet tot bescherming van de economische mededinging, weergegeven in randnummer 63 hierboven. Zowel het Hof van beroep als de parlementaire voorbereiding verwijzen naar de toegang door de betrokken onderneming tot het dossier dat wordt samengesteld tijdens het formele onderzoek.

66. Tot staving van haar stelling dat notulen dienden te worden opgesteld van gesprekken en vergaderingen tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en Spira, verwijst De Beers naar een beslissing van de Europese Ombudsman van 18 november 2009 en naar de DG Competition Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU.

67. De Ombudsman diende zich uit te spreken over een geval waarin, na het openen van het onderzoek, een derde werd gehoord door de Commissie zonder dat notulen van de vergadering werden opgesteld. De onderneming die voorwerp was van een onderzoek door de Commissie betreffende restrictieve mededingingspraktijken, en die klacht had ingediend bij de Ombudsman, ging ervan uit dat de derde aan de Commissie gegevens had bezorgd die voor haar ontlastend waren.

Artikel 19, lid 1 Verordening 1/2003 bepaalt dat de Commissie alle natuurlijke personen of rechtspersonen kan horen die daarin toestemmen, ten einde inlichtingen te verzamelen over het onderwerp van het onderzoek. De procedure wordt verder geregeld in artikel 3 van Verordening nr. 773/2004 Com. 7 april 2004 betreffende procedures voor de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. De Ombudsman overweegt dat deze reglementaire bepalingen zo kunnen worden uitgelegd dat zij het opstellen van notulen niet verplicht stellen (randnummer 95 van de beslissing van 18 november 2009). Niettemin is de Ombudsman van oordeel dat beginselen van behoorlijk bestuur geschonden kunnen worden indien geen notulen opgesteld en bij het dossier gevoegd worden van alle verzamelde inlichtingen over het onderwerp van het onderzoek (randnummer 96 van de beslissing van de 18 november 2009).

68. Afgezien van de vraag of de regels waarvan de Ombudsman een interpretatie geeft (bepalingen van Europese Verordeningen en beginselen van behoorlijk bestuur) geacht mogen worden om als algemene rechtsbeginselen ook regels van Belgisch recht te zijn die door de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen toegepast moeten worden, is de beslissing van de Ombudsman volgens dewelke in bepaalde gevallen notulen opgesteld moeten worden, niet pertinent voor onderhavige zaak. De beslissing van de Ombudsman handelt namelijk over de inlichtingen die DG Competition verzamelt over het onderwerp van het onderzoek (zoals bedoeld in art. 19 Verordening 1/2003). In de voorliggende zaak beroept De Beers zich op het ontbreken van schriftelijke neerslag over contacten die het indienen van de klacht en het verzoek om voorlopige maatregelen chronologisch voorafgaan, en die dus, zoals boven ook reeds benadrukt (zie hierboven in randnummer 64) geen betrekking hebben op het onderwerp van het onderzoek in de formele zin van het woord.

69. In artikel 40 van de DG Competition Best Practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (vrij vertaald: DG Concurrenties beste praktijken betreffende het verloop van procedures in verband met artikelen 101 en 102 VWEU) staat te lezen dat een niet-vertrouwelijke versie van schriftelijke documentatie ter beschikking gesteld door ondernemingen die een vergadering met DG Competition hebben bijgewoond, tezamen met een korte notitie opgesteld door DG Competition zelf, aan de betrokken onderneming ter inzage zal worden gegeven.

70. Evenmin als de beslissing van de Ombudsman is artikel 40 Best Practices pertinent (afgezien van de vraag of een gelijkkluidende regel als algemeen rechtsbeginsel geacht moet worden te gelden naar Belgisch recht). Artikel 40 Best Practices handelt immers over vergaderingen en andere contacten met partijen en derden in de onderzoeksfase (art. 38

during the investigative phase), nadat de procedure geopend is (De periode voor het openen van het onderzoek wordt *the initial assessment phase* genoemd, zie art. 16).

71. Uit de vorige vier randnummers blijkt dat De Beers zich onterecht beroept op de beslissing van de Europese Ombudsman van 18 november 2009 en op de DG Competition Best Practices om aanspraak te maken op toegang tot contacten van de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen die het indienen van klacht en verzoek om voorlopige maatregelen door Spira voorafgaan.

72. Ook indien het niet ter zake dienend zou zijn op welk ogenblik de vergaderingen of gesprekken tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en Spira, waarvan De Beers de inhoud zou willen kennen, hebben plaatsgevonden, kan niet worden besloten tot een schending van het recht van verdediging van De Beers, zo zij geen toegang krijgt of kan krijgen tot de inhoud van deze contacten.

De Beers heeft elk verweermiddel kunnen aanvoeren afgeleid uit de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008. De Beers heeft bovendien kennis kunnen nemen van het standpunt van de auditeur respectievelijk Spira met betrekking tot de incidentie van de procedure voor de Commissie op klacht en verzoek om voorlopige maatregelen bij de Belgische mededingingsautoriteit, door kennis te nemen van het verslag en van de schriftelijke (in het onderzoekdossier) en mondelinge (ter hoorzitting) uiteenzettingen van Spira. De Beers heeft zowel schriftelijk als mondeling kunnen repliceren op één en ander.

De vraag is dan of de mogelijkheid om kennis te nemen van de inhoud van de besprekingen tussen de Belgische onderzoeks- en vervolgingsorganen en Spira over de procedure voor de Commissie voor De Beers nog een toegevoegde waarde zou betekenen in functie van de uitoefening van haar recht van verdediging.

De Beers heeft op dit punt een aanvoeringsplicht. Zij moet met name aannemelijk maken dat kennis van de inhoud van die besprekingen het haar mogelijk zou maken met grotere kans op welslagen de verwerping van het verzoek om voorlopige maatregelen te bepleiten. De Beers voert geen gegevens aan die dit aannemelijk maken, en faalt aldus in haar aanvoeringslast op dit punt.

73. Dat toegang door de betrokken onderneming tot de schriftelijke neerslag van de contacten die de onderzoeks- en vervolgingsorganen hebben gehad met de klager en die gerelateerd zijn aan het voorwerp van het onderzoek niet noodzakelijk onontbeerlijk is opdat zij haar recht van verdediging integraal zou kunnen uitoefenen, blijkt ten andere uit de beslissing van de Europese Ombudsman van 18 november 2009 waarop De Beers zich beroept.

Zoals vermeld hierboven in randnummer 67 heeft de Ombudsman beslist dat het opstellen van notulen van een vergadering tussen de onderzoekers van de Europese Commissie en een derde in bepaalde omstandigheden een regel van behoorlijk bestuur kan zijn. De Ombudsman benadrukt evenwel dat het recht van verdediging pas dan geschonden is, wanneer de rechtmatigheid van de procedure dermate is aangetast dat met het onderzoek geen rekening gehouden mag worden. Een procedurele onregelmatigheid heeft niet automatisch dat gevolg. Zo verwijst de Ombudsman naar het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht luidens hetwelk de partij die zich op een procedurele onregelmatigheid beroept ten minste moet aantonen dat de beslissing anders zou luiden zonder de onregelmatigheid (randnummer 116 van de beslissing van de Ombudsman van 18 november 2009). Ook verwijst de Ombudsman naar de geldende regel luidens dewelke een partij concrete aanwijzingen moeten kunnen geven van het feit dat de Commissie ontlastende gegevens heeft ontvangen waartoe zij geen toegang heeft verleend (randnummer 124 van de beslissing van de Ombudsman van 18 november 2009).

74. In gans ondergeschikte orde wordt het volgende overwogen. Zowel de beslissing van de Ombudsman als de DG Competition Best Practices dateren van na de periode waarin volgens De Beers notulen hadden moeten worden opgesteld, namelijk in de periode voorafgaand aan 30 oktober 2009, datum waarop klacht en verzoek om voorlopige maatregelen werden

ingediend, meer in het bijzonder voorafgaand aan 10 juli 2009, datum van de brief van de auditeur-generaal aan Spira. Voor de Best Practices blijkt dit uit het feit dat zij verwijzen naar artikelen 101 en 102 het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dat pas op 1 december 2009 in werking is getreden. In zoverre de regels die in deze Europeesrechtelijke bronnen vervat zijn ook toepassing moeten vinden in een Belgische procedure (als algemeen rechtsbeginsel), geldt dit hoe dan ook slechts vanaf het ogenblik waarop deze regels kenbaar werden gemaakt, en dus niet in onderhavige zaak.

75. Besluit. De Beers hoeft geen toegang te bekomen tot de stukken die zij in haar Memorie vermeldt en die hierboven in randnummer 60 weergegeven zijn, om zich met eerbiediging van haar recht van verdediging te kunnen verweren tegen voorliggend verzoek om voorlopige maatregelen.

4.3. Wat betreft de gevorderde toegang tot de artikel 7 (1) brieven

i. Voeging van het middel afgeleid uit de schending van het recht van verdediging en het onderzoek tot een bevel

76. De Beers voert in haar Memorie aan dat haar recht van verdediging geschonden is op grond van de overweging dat zij geen toegang heeft gekregen tot de artikel 7 (1) brieven van respectievelijk 4 augustus 2006 (gevolgd door de afwijzingsbeschikking van 26 januari 2007) en 13 november 2007 (gevolgd door de afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008). Zij heeft eveneens een verzoekschrift ingediend bij de voorzitter van de Raad, op 9 juni 2010, om Spira bevel te horen opleggen niet-vertrouwelijke kopies van de Artikel 7 (1) brieven van 4 augustus 2006 en 13 november 2007 over te maken aan De Beers (zie hierboven in randnummer 14). Dat verzoekschrift sluit aan bij het gelijkkluidende verzoek in de brief van De Beers van 7 juni 2010 volgens hetwelk de voorzitter Spira zou bevelen de artikel 7 (1) brieven in niet-vertrouwelijke versie over te leggen zodat ook De Beers er kennis van zou kunnen nemen, en dit met toepassing van artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek (zie hierboven in randnummer 12).

Hierna wordt het middel afgeleid uit de schending van het recht van verdediging onderzocht, en wordt tevens uitspraak gedaan over het verzoekschrift.

ii. Beslissing van de voorzitter

77. In artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag is bepaald dat, wanneer de Commissie op grond van de gegevens waarover zij beschikt van mening is dat er onvoldoende gronden zijn om aan een klacht gevolg te geven, zij aan de klager haar redenen daarvoor meedeelt en een termijn stelt waarbinnen de klager schriftelijk zijn standpunt kenbaar kan maken.

78. Uit de inhoud van de afwijzingsbeschikkingen leidt De Beers af dat de artikel 7 (1) brieven een meer gedetailleerde analyse bevatten van de redenen waarom de Commissie de klacht heeft verworpen. Bijgevolg zouden de afwijzingsbeschikkingen niet gelezen kunnen worden zonder kennis te nemen van de artikel 7 (1) brieven naar dewelke zij verwijzen. De artikel 7 (1) brieven zouden integraal deeluitmaken van de afwijzingsbeschikkingen.

Volgens De Beers moeten zijzelf en de voorzitter van de Raad kennis kunnen nemen van de afwijzingsbeschikkingen en van de artikel 7 (1) brieven. Deze stukken zouden immers het bewijs bevatten van feiten die relevant zijn voor de beoordeling van het verzoek om voorlopige maatregelen [...].

79. Lectuur van de afwijzingsbeschikkingen wijst uit dat kennisname van deze beslissingen volstaat om voldoende inzicht te krijgen in de motieven van afwijzing.

Het lijkt weliswaar waarschijnlijk, zoals De Beers doet gelden, dat de artikel 7 (1) brieven een meer gedetailleerde analyse bevatten van de redenen waarom de Commissie de klacht heeft verworpen. De Beers maakt echter niet aannemelijk dat kennisname van de inhoud van die brieven tot een dieper inzicht in de motieven van afwijzing zou leiden. De Beers faalt aldus in haar minimale aanvoeringslast op dit punt.

80. Bovendien past het om, in verband met toegang tot de stukken van de procedure voor de Commissie, rekening te houden met het feit dat deze stukken in de procedure voor de Commissie en deze voor het Gerecht die erop gevolgd is, in beginsel niet toegankelijk zijn voor De Beers.

In de afweging tussen het geringe bijkomende voordeel dat De Beers zou kunnen putten uit kennisname van de artikel 7 (1) brieven en het – voor de auditeur en de voorzitter van de Raad onoverzienbare - nadeel dat kan voortkomen uit het prijsgeven van vertrouwelijke stukken uit een andere rechtspleging, komt groter belang toe aan het vermijden van laatstgemeld nadeel.

81. Uit objectieve gegevens in verband met de wijze waarop de procedure is verlopen kan ten andere worden afgeleid dat De Beers zelf minder belang hecht aan toegang tot de artikel 7 (1) brieven dan aan toegang tot de afwijzingsbeschikkingen zelf.

De Beers heeft geen toegang tot de artikel 7 (1) brieven gevraagd vooraleer zij toegang gekregen heeft tot de afwijzingsbeschikkingen, al wist zij dat de artikel 7 (1) brieven bestonden. Het is pas vijf dagen (op 7 juni 2010) na ontvangst van de afwijzingsbeschikkingen (op 2 juni 2010) dat de raadslieden van De Beers voor het eerst om inzage in de artikel 7 (1) brieven hebben verzocht. Nochtans was De Beers op de hoogte van de nakende hoorzitting (op 18 juni 2010), zodat zij wist dat een eventueel verzoek om toegang tot de artikel 7 (1) brieven dringend was.

Voortbouwend op de redenering van De Beers zou de redengeving van de afwijzingsbeschikkingen pas helemaal volledig zijn, indien zij niet alleen kennis kon nemen van de artikel 7 (1) brieven, maar ook van het schriftelijke antwoord van Spira op de artikel 7 (1) brieven. De Beers heeft echter geen toegang tot die schriftelijke antwoorden gevraagd.

82. Besluit. De Beers hoeft geen toegang te bekomen tot de artikel 7 (1) brieven van 4 augustus 2006 en van 13 november 2007 om zich met eerbiediging van haar recht van verdediging te kunnen verweren tegen voorliggend verzoek om voorlopige maatregelen. Het verzoek tot een bevel tot overlegging wordt verworpen.

V. Wat betreft de volledigheid en de onpartijdigheid van het onderzoek

5.1. Grieven van De Beers

83. In haar Memorie voert De Beers motieven aan waaruit zij afleidt dat het verslag gegrond zou zijn op een onvolledig en zelfs partijdig onderzoek. Samengevat doet zij het volgende gelden.

84. Het onderzoek zou onvolledig en onrepresentatief zijn:

– Verzoeken om inlichtingen werden alleen verzonden aan Rio Tinto en BHP Billiton, twee concurrenten van De Beers, en aan twee handelsorganisaties, namelijk de Belgische vereniging van handelaars, in- en uitvoerders van geslepen diamant (BVG D) en de Federatie der Belgische Diamantbeurzen (FDBD), doch niet aan andere rechtstreekse concurrenten zoals Alrosa, de belangrijkste concurrent van De Beers, aan zichhouders van De Beers, aan ondernemingen die zich onder Supplier of Choice niet als zichhouder hebben kunnen kwalificeren (en die inlichtingen zouden kunnen verschaffen over het al dan niet bestaan van alternatieve bevoorradingsbronnen van ruwe diamant), aan De Beers zelf (die feitelijke rechtzettingen had kunnen verstrekken), aan de SoC Ombudsman.

– De andere referenties in het verslag zijn persmededelingen van de heer Michael Rapaport, en antwoorden door derden die de Commissie in overweging heeft genomen in het raam van haar onderzoek en die alleszins gedateerd zouden zijn en bijvoorbeeld dateren van een periode toen het marktaandeel van De Beers substantieel hoger was dan vandaag.

– De auditeur vermeldt in haar verslag herhaaldelijk dat een aantal punten niet of niet grondiger onderzocht werden.

85. De conclusies van het verslag zouden gebaseerd zijn op puur hypothetische en ongefundeerde of feitelijk incorrecte stellingen:

– Uit het woordgebruik in het verslag zou blijken dat bepaalde conclusies puur hypothetisch zouden zijn: “het kan in elk geval onder geen beding worden uitgesloten”; “er wordt aangenomen”; “er zijn aanwijzingen”.

– Vele feitelijke beweringen zouden worden tegengesproken door de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie of door de marktrealiteit.

86. In het verslag zouden conclusies worden getrokken uit persverslagen, met name van de heer Michael Rapaport, die geen betrouwbare bron van informatie zouden bieden waaraan juridische conclusies verbonden zouden kunnen worden.

87. Het onderzoek zou partijdig zijn:

– [...].

– In een passage van haar verslag betreffende de onmisbaarheid van de levering van ruwe diamant door De Beers zou de auditeur als enige bron voor het marktaandeel van De Beers en voor de beschrijving van de concurrentiële structuur van de markt het verzoek om voorlopige maatregelen van De Beers in aanmerking nemen.

– In het verslag zou ten onrechte vermeld worden dat een vertegenwoordiger van De Beers publiek zou hebben verklaard dat De Beers via door haar volledig gecontroleerde zichthouders ongeveer 75% van de wereldwijde handel in diamant zou beheersen, terwijl de persoon in kwestie niet zou hebben gezegd dat de zichthouders onder Supplier of Choice volledig door De Beers gecontroleerd worden.

– In het verslag zou vermeld worden dat er weinig tot geen alternatieve bevoorradingsbronnen bestaan, terwijl BHP Billiton zou hebben geantwoord op het verzoek om inlichtingen dat er talrijke andere ondernemingen in de bevoorradingsketting, waaronder meer dan 1000 in Antwerpen, aan Spira ruwe en geslepen diamant moeten kunnen leveren, waaronder ondernemingen die ruwe diamant van BHP Billiton hebben gekocht.

– De auditeur zou de partijdigheid van bepaalde respondenten niet in aanmerking hebben genomen. Ze heeft slechts twee verzoeken om informatie gezonden aan partijen die geen concurrenten van De Beers zijn. BGVD is samen met Spira de enige klager geweest voor de Commissie en vecht samen met Spira de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie aan voor het Gerecht. Klacht en verzoek om voorlopige maatregelen verwijzen veelvuldig naar FDBD. De heer Michael Rapaport zou door familiebanden verbonden zijn met de eigenaars van Spira. Alleen aan door Spira aangebrachte bronnen zou informatie zijn gevraagd.

– De auditeur zou zich ongepast gebaseerd hebben op de De Beers/LVMH beslissing van 2001 van de Commissie wat betreft machtspositie en toegangsdrempels. Sinds 2001 zijn de markten, de positie van De Beers erop, de structuur en werking van Supplier of Choice, en het begrip dat de Commissie ervan heeft, erg geëvolueerd. Bovendien ging het in die beslissing om een concentratie die onvoorwaardelijk werd goedgekeurd, zonder dat De Beers de gelegenheid heeft gehad te antwoorden op de bezwaren die tot een tweede fase hadden geleid, zodat deze bezwaren thans niet ten laste van De Beers gehouden mogen worden.

5.2. Beslissing van de voorzitter

88. Het onderzoek door de auditeur van een verzoek om voorlopige maatregelen strekt ertoe na te gaan of de voorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen vervuld zijn. In essentie gaat het om een prima facie of ogenschijnlijke inbreuk, in dit geval op het verbod van misbruik van machtspositie, en om het dringende vermijden van een toestand die ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken aan een onderneming, of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

Zo het vereiste van nadeel of schade vervuld is, volstaat een ogenschijnlijke inbreuk. Het is dus niet nodig dat het onderzoek uitwijst dat de klacht gegrond is en dat een inbreuk werd begaan (zie hierover meer hieronder in randnummers 112 e.v.)

Het onderzoek naar de prima facie inbreuk wordt per definitie sneller en minder grondig verricht dan het onderzoek van de klacht of naar de inbreuk zelf.

89. In het raam van het onderzoek naar de gegrondheid van een verzoek om voorlopige maatregelen is het niet ongevoel, laat staan afkeurenswaardig, om een beperkter aantal ondernemingen of ondernemingsverenigingen aan te schrijven dan in een onderzoek van de grond van de zaak (wat betreft de grief vermeld hierboven in randnummer 84, eerste gedachtestreep, en in randnummer 87, vijfde gedachtestreep).

Er bestaat evenmin een bezwaar tegen dat de auditeur in het verslag vermeldt dat het onderzoek beperkter was dan een onderzoek ten gronde. Wat woordgebruik betreft mag het verslag ook aansluiting zoeken bij de terminologie die eigen is aan het contentieux van de voorlopige maatregelen, door uitdrukkingen te gebruiken die ervan doen blijken dat in de ogen van de auditeur niet het bewijs geleverd is zoals vereist zou zijn in een zaak ten gronde (wat betreft de grief vermeld hierboven in randnummer 84, derde gedachtestreep, en in randnummer 85, eerste gedachtestreep).

90. De Beers noemt de ondervraagde ondernemingen/ondernemingsverenigingen niet alleen te beperkt in aantal, maar ook niet representatief (zie eveneens hierboven in randnummer 84, eerste gedachtestreep, en in randnummer 87, vijfde gedachtestreep), voornamelijk omdat ondernemingen die geen zichthouders gebleven zijn onder Supplier of Choice niet naar hun nieuwe bevoorradingsbronnen van ruwe diamant is gevraagd, en omdat De Beers zelf, indien ondervraagd, feitelijke gegevens had kunnen rechtzetten.

Het is echter gissen naar hetgeen ondernemingen verklaard zouden hebben indien zij ondervraagd waren. Er kan alleen vastgesteld worden dat de auditeur het niet nodig heeft geacht om andere voormalige zichthouders te ondervragen om tot haar prima facie besluit te komen.

Het feit dat De Beers zelf niet is ondervraagd in het raam van het onderzoek heeft niet belet dat zij in de fase van de procedure voor de voorzitter van de Raad alle door haar gewenste rechtzettingen heeft kunnen doen.

91. De aanwezigheid in het dossier van persmededelingen en persverslagen, en antwoorden van derden tijdens het onderzoek van de Commissie, betekent noch op zichzelf noch in de context die door de andere dossierstukken wordt gevormd dat het onderzoek niet representatief, te oppervlakkig, of tendentiek zou zijn verlopen (wat betreft de grief vermeld hierboven in randnummer 84, tweede gedachtestreep, en in randnummer 87).

Overigens houdt de grief de verwarring tussen prima facie onderzoek en onderzoek ten gronde in stand, waar De Beers stelt dat geen “juridische conclusies” verbonden kunnen worden aan bijv. persverslagen (zie hierboven in randnummer 86). Voor ogenschijnlijke juridische gevolgtrekkingen geldt immers een andere norm dan voor definitieve (zie hierboven in randnummer 88).

92. Volgens De Beers zou de auditeur feitelijke beweringen in aanmerking nemen die worden tegengesproken door de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie (hierboven in randnummer 85, tweede gedachtestreep). [...].

De auditeur is in het verslag op gemotiveerde wijze van oordeel dat zij niet gebonden is door de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie, en leidt daaruit af dat zij een eigen onderzoek mag voeren. In zoverre de grief luidt dat zij onvoldoende rekening houdt met de afwijzingsbeschikkingen, mist hij dan ook feitelijke grondslag. Of het standpunt van de auditeur met betrekking tot de bindende kracht van de afwijzingsbeschikkingen naar recht verantwoord is, wordt verder onderzocht (zie hieronder in randnummers 124 e.v.).

93. De Beers verwijt de auditeur een verkeerde lezing van het antwoord van BHP Billiton op een verzoek om inlichtingen (zie grief vermeld hierboven in randnummer 87, vierde gedachtestreepje).

Een meningsverschil in de interpretatie van dit antwoord tussen de auditeur en De Beers geeft echter nog geen blijk van partijdigheid van de auditeur.

94. Volgens De Beers heeft de auditeur zich ongepast gebaseerd op een concentratiebeslissing De Beers/LVMH van 2001 (zie grief vermeld hierboven in randnummer 87, zesde gedachtestreepje).

Deze concentratiebeslissing is echter slechts één bron naast andere, en blijkt zonder determinerende invloed op het voorstel van beslissing van de auditeur te zijn geweest.

95. Volgens De Beers zou de auditeur een verklaring van een vertegenwoordiger van De Beers verkeerd hebben weergegeven (zie grief hierboven vermeld in randnummer 87, derde gedachtestreepje).

In het verslag wordt evenwel geen interpretatie van de bewoordingen van documenten of verklaringen gegeven, maar worden uit een geheel van gegevens gevolgtrekkingen gemaakt met betrekking tot het bestaan van een prima facie inbreuk.

96. Het prima facie onderzoek strekt ertoe na te gaan of de gegevens vermeld in het verzoek tot voorlopige maatregelen wettigen dat maatregelen worden bevolen die door een prima facie inbreuk gedragen kunnen worden. Het is dan ook niet abnormaal dat de auditeur gegevens uit het verzoek tot voorlopige maatregelen in aanmerking neemt (wat betreft de grief hierboven vermeld in randnummer 87, tweede gedachtestreep).

97. Overigens blijkt niet uit het geheel van de punctuele gegevens die De Beers aanhaalt om de partijdigheid van het onderzoek aan te klagen (samengevat hierboven in randnummer 87), noch uit het geheel van onderzoek en verslag, dat de ingesteldheid van de auditeur blijk zou geven van een gebrek aan onpartijdigheid ten aanzien van De Beers. Het is niet omdat de overwegingen van het verslag van de auditeur naar het eindresultaat leiden dat een ogenschijnlijke inbreuk bestaat, dat de onpartijdigheid van haar onderzoek in het gedrang is.

98. Besluit. A priori kan niet gesteld worden dat het verslag geen basis kan vormen voor de veroordeling van De Beers tot voorlopige maatregelen, op grond van de overweging dat het onderzoek onvolledig en partijdig zou zijn.

VI. Wat betreft het dringend vermijden van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira

6.1. Inleiding

99. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging kan voorlopige maatregelen nemen teneinde de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek

uitmaken te schorsen, indien 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 deze praktijken, of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang (art. 62, § 1 WBEM).

100. Spira doet gelden, en wordt daarin gevolgd door de auditeur, dat het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor haarzelf, Spira, waarvan de belangen aangetast worden door een prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie.

De prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie zou de invoering van het “Supplier of Choice” distributiesysteem zijn en de uitsluiting van onder meer Spira als afnemer van ruwe diamant die daarmee gepaard zou gaan.

Onder deze titel VI wordt nagegaan of deze gedraging van De Beers teweegbrengt dat het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira. De vraag of de gedraging van De Beers als een prima facie inbreuk kan worden gekwalificeerd wordt daarbij in het midden gelaten, en zal pas aan de orde komen indien het antwoord op de vraag of de bedoelde toestand wordt teweeggebracht, bevestigend is.

6.2. Beslissing

101. Spira heeft leveringen van ruwe diamant ontvangen als zichthouder van De Beers van 1935 tot 2003. Na de invoering van het nieuwe distributiesysteem van De Beers, Supplier of Choice, in 2003, is Spira niet meer verzekerd van doorlopende leveringen, omdat zij zich niet meer als zichthouder kan kwalificeren, tenzij uitzonderlijk. Zie de randnummers 30 en 31 hierboven.

Volgens de auditeur kocht Spira tot [...]% van haar ruwe diamanten aan bij De Beers. Volgens De Beers ging het om [...]%.

Door de invoering van Supplier of Choice, en de effectieve beëindiging van de doorlopende langdurige contractuele relatie tussen De Beers en Spira die van die invoering het gevolg was, werd de belangrijkste bron van levering van diamant van Spira drooggelegd (zelfs indien het cijfer van [...]% in aanmerking genomen wordt).

Dit bracht voor Spira een ernstig en onmiddellijk nadeel teweeg.

102. Het moet voor Spira onmogelijk zijn geweest om een of meerdere alternatieve bevoorradingsbronnen aan te spreken die een gelijkwaardige hoeveelheid en keuzemogelijkheid aan soorten diamanten konden bieden als De Beers.

Het nadeel was bijgevolg eveneens onherstelbaar.

103. Daarmee is gezegd dat het nadeel voor Spira dat rechtens vereist is om voorlopige maatregelen te kunnen bevelen bestond in 2003. De volgende vraag, die hierna wordt beantwoord, luidt of dit nadeel vandaag nog bestaat, dat wil zeggen of het nog dringend is een toestand te vermijden die dit nadeel veroorzaakt (zie hierna vanaf randnummer 104).

104. De Beers legt de nadruk op het tijdsverloop sinds de feiten die de klager als misbruik van machtspositie aanmerkt.

Echter, uit de enkele omstandigheid van het tijdsverloop tussen het nadeelverwekkende feit en het inleiden van een verzoek om voorlopige maatregelen valt, als algemene regel, 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. (Zie in dezelfde zin: Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, 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, randnummer 81)

105. Na de beëindiging van haar contractueel statuut als permanente zichthouder van De Beers, heeft Spira zich gericht tot de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen, zitting houdende in kort geding, die bij beschikking van 17 november 2003 De Beers bevel heeft opgelegd Spira voorlopig te blijven bevoorraden tot 30 september 2004. Die termijn is opeenvolgend verlengd tot 30 juni 2005 (bij arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 21 september 2004), tot 31 december 2006 (bij beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen van 29 juni 2005), en tot 31 december 2008 (bij beschikking van dezelfde voorzitter van 22 december 2006). Ingevolge het arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 20 oktober 2008 werd die laatste termijn niet meer verlengd, en werd er zelfs vervroegd een einde aan gesteld, per 20 oktober 2008.

Aldus werd het statuut van Spira als zichthouder, dat midden 2003 tot een einde was gekomen, bij rechterlijk bevel verlengd tot 20 oktober 2008 (zie ook hierboven in randnummers 44 tem 48). Ingevolge deze opeenvolgende rechterlijke beslissingen werd het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel, waarvan het bestaan in randnummers 101 en 102 werd vastgesteld, afgewend.

106. De Beers doet gelden dat Spira er in al die jaren na 2003 niet in geslaagd is gelijkwaardige alternatieve bevoorradingsbronnen te vinden, omdat zij onvoldoende gezocht heeft, of zelfs omdat zij niet is ingegaan op voorstellen die zich aandienen. Aldus voert De Beers aan dat Spira in staat moet worden geacht aan de dreiging met het nadeel dat door haar uitsluiting als zichthouder is veroorzaakt zelf een einde te stellen.

Dit verweer van De Beers gaat ervan uit dat de termijnverlengingen bij rechterlijk bevel in kort geding Spira de gelegenheid hebben gegeven gelijkwaardige alternatieve bevoorradingsbronnen te zoeken. Dat was echter niet hun finaliteit. Integendeel, zij werden toegekend in afwachting van het mogelijke herstel van de contractuele relatie tussen Spira en De Beers, dat het gevolg zou zijn van de beslissing van de bodemrechter of van een mededingingsautoriteit waarbij het distributiesysteem Supplier of Choice, dat Spira als afnemer uitsluit, als een inbreuk op het mededingingsrecht veroordeeld zou worden.

Het is mede omdat Spira naar het oordeel van de gewone rechters in kort geding geen gelijkwaardige alternatieve bevoorradingsbronnen zou kunnen vinden, dat de verplichting om de leveringen te doen voortduren aan De Beers opgelegd werd.

De dreiging met een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor Spira bestond dan ook nog steeds op het einde van de termijn opgelegd bij rechterlijk bevel in kort geding, op 20 oktober 2008, afgezien van de vraag of Spira iets had kunnen ondernemen om er zelf een einde aan te stellen.

107. Het is weliswaar juist dat Spira na de beschikkingen waarbij de Commissie haar klacht heeft afgewezen minder geloof had kunnen hechten aan de kansen op welslagen van het optreden van de mededingingsautoriteiten of de nationale rechter tegen Supplier of Choice. Met een geringere kans op welslagen van de klacht ten gronde gaat onvermijdelijk een verminderd nut gepaard van het nastreven van het status quo (voortzetting van de leveringen) dat bij wijze van voorlopige maatregel georganiseerd zou worden in afwachting dat de klacht alsnog zou worden ingewilligd, door de Commissie zelf na vernietiging van haar afwijzingsbeschikkingen, door een andere mededingingsautoriteit, of door de nationale rechter.

Mocht uit de houding van Spira na 20 oktober 2008 afgeleid kunnen worden dat zij had berust in haar lot om niet meer ononderbroken zichthouder van De Beers te kunnen zijn, dan zou in vraag kunnen worden gesteld of het vandaag nog steeds dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor Spira kan veroorzaken. Uit de houding van Spira na 20 oktober 2008 blijkt echter dat zij onverminderd rechtsherstel heeft nagestreefd, zowel voorlopig als ten gronde. Dit wordt toegelicht in het volgende randnummer (108).

Het gaat hierbij niet over de vraag hoe groot de kansen op welslagen van Spira zijn om ten gronde de vaststelling van een inbreuk te bekomen. Bedoeld is in welke mate uit objectieve gegevens afgeleid kan worden of Spira zelf nog blijk gaf van de behoefte aan het voortduren van de voorlopige maatregel.

108. Spira heeft volgende houding aangenomen.

Zij heeft een beroep tot vernietiging ingesteld bij het Gerecht tegen de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie (zie hierboven in randnummer 41).

Zij heeft cassatieberoep aangetekend tegen het arrest van het Hof van beroep te Antwerpen van 20 oktober 2008. Na het arrest van het Hof van Cassatie van 9 maart 2010 waarbij het bestreden arrest vernietigd werd, heeft zij de vordering in kort geding gebracht voor de verwijzingsrechter, het Hof van beroep te Gent (zie hierboven in randnummer 49).

Zij heeft zich eveneens tot de Belgische mededingingsautoriteit gewend. De formele klacht en het verzoek om voorlopige maatregelen werden ingediend op 30 oktober 2010, doch informele contacten hebben reeds vele maanden vroeger plaatsgevonden, zoals onder meer blijkt uit elektronische bericht van de auditeur-generaal aan Spira van 10 juli 2009 (dat hierboven uitvoerig aan bod is gekomen, vooral vanaf randnummer 55).

Uit deze objectieve gegevens blijkt dat Spira steeds consequent en zonder aarzelen de veroordeling van De Beers heeft nagestreefd, niet alleen ten gronde, maar ook tot het naleven van voorlopige maatregelen in afwachting van een veroordeling ten gronde. Deze houding past in de logica die deze was van de beslissingen van de gewone rechter in kort geding, volgens dewelke de dreiging verwezenlijkt zou worden zonder de voorlopige maatregelen. Spira wil die toestand voorlopig verlengd zien.

Om die reden kan Spira zich blijven beroepen op de voortzetting van de wachttoestand, in afwachting van een beslissing ten gronde, die de dreiging met een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voortvloeiend uit het ophouden van de leveringen door De Beers, afwendt.

Daarmee wordt andermaal alleen aangegeven dat Spira blijk gaf van de behoefte aan het voortduren van de voorlopige maatregelen (zie ook de laatste alinea van het vorige randnummer, 107). Uit de houding van Spira blijkt inderdaad dat haar niet kan worden verweten geen andere oplossing voor het afwenden van het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel te hebben gezocht (zo deze al bestaat: zie hierna in randnummer 110), zodat niet aan Spira toegeschreven kan worden dat voorlopige maatregelen niet meer dringend zijn.

109. Hierbij kan nog opgemerkt worden dat de onderbreking van de toestand van het voortduren van de leveringen, zoals deze als voorlopige maatregel georganiseerd was, niet te wijten was aan de overtuiging van de gewone rechter in kort geding dat het niet meer dringend zou zijn geweest Spira voorlopige rechtsbescherming te bieden, maar wel aan een uitlegging van het gezag van gewijsde die verkeerd bleek te zijn, zoals het Hof van Cassatie diende te beslissen. Zonder die juridische vergissing had de voorlopige maatregel door de gewone rechter in kort geding verlengd kunnen worden, en zou de aangelegenheid die in de vorige twee randnummers (107 en 108) aan de orde is gesteld, niet eens zijn gerezen.

110. Ten overvloede kan het volgende overwogen worden.

Het blijft de vraag of Spira vandaag één of meerdere alternatieve bevoorradingsbronnen zou kunnen vinden die haar een gelijkwaardige hoeveelheid en keuzemogelijkheid aan soorten diamanten zouden kunnen bieden als De Beers. Op dit ogenblik liggen geen overtuigende gegevens voor waaruit afgeleid zou kunnen worden dat dit het geval zou kunnen zijn.

Dit betekent dat, ook zonder rekening te houden met hetgeen er sedert 2003 gebeurd is (zoals hierboven in de randnummers 105 tem 107 is gedaan), en hoewel er reeds meer dan zeven jaren verlopen zijn, tot het besluit moet worden gekomen dat Spira ook vandaag onverminderd met een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel bedreigd wordt.

111. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de voorwaarde voor het inwilligen van de gevorderde voorlopige maatregelen, volgens dewelke het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira, voorhanden is.

VII. Wat betreft de restrictieve mededingingspraktijken, voorwerp van onderzoek

7.1. Begrip

112. De voorzitter van de Raad voor de Mededinging kan voorlopige maatregelen nemen teneinde de restrictieve mededingingspraktijken, die het voorwerp van het onderzoek uitmaken, te schorsen (art. 62, § 1 WBEM).

Voorlopige maatregelen kunnen worden bevolen op grond van de vaststelling van een zogenaamde prima facie inbreuk. Met de vaststelling van een prima facie inbreuk, dit is 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. (Zie in dezelfde zin: Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, Beslissing nr. 2009-V/M-05 van 2 april 2009, Zaak MEDE-V/M-07/0038 – Beroep van Bofar NV bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging tegen Beslissing nr. 2008-V/M-12-AUD van 26 maart 2008, randnummer 82)

113. De vorm van misbruik van machtspositie door uitsluiting die Spira aan De Beers verwijt, en die door de auditeur als prima facie inbreuk in aanmerking is genomen als grondslag voor voorlopige maatregelen, is hierboven beschreven in randnummers 34 en 36.

114. Bij deze behandeling van het verzoek om voorlopige maatregelen moet de vraag gesteld worden of de kwalificatie als misbruik van machtspositie mogelijk is, dat wil zeggen niet kennelijk onredelijk is. De vraag is of op grond van de feiten die door Spira werden aangevoerd en door de auditeur voor het onderzoek in het raam van de voorlopige maatregelen in aanmerking werden genomen (en die het voorwerp zijn van de klacht ten gronde) tot een misbruik van machtspositie besloten kan worden, indien zij na onderzoek ten gronde gegrond bevonden worden, en niet worden tegengesproken door andere feiten die uit het onderzoek ten gronde zouden blijken.

De vraag of onderzoek daadwerkelijk zal uitwijzen dat het om misbruik van machtspositie gaat, is in het raam van deze procedure voorlopige maatregelen niet aan de orde.

Evenmin is het nodig om uitspraak te doen over de vraag hoever het onderzoek dat tot het verslag van de auditeur heeft geleid al dan niet gevorderd was in het leveren van het bewijs dat De Beers zich effectief schuldig heeft gemaakt aan de bedoelde vorm van misbruik van machtspositie. Dat bewijs is immers niet nodig om voorlopige maatregelen te kunnen bevelen.

115. De vaststelling van een prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie gebeurt in de context van een beslissing waarbij uitspraak wordt gedaan over een verzoek om voorlopige maatregelen, en heeft geen ruimere draagwijdte. Waar de

verzoeker om voorlopige maatregelen zich terecht kan beroepen op het dringende vermijden van een toestand die voor hem een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken, kan het, in een afweging van de belangen van de verzoeker om voorlopige maatregelen en van deze van de verweerder van dit verzoek, aangewezen zijn om, in afwachting van de beslissing ten gronde, een wachttoestand in het leven te houden of te roepen die dat nadeel afwendt. Dat is immers de bedoeling van de mogelijkheid om voorlopige maatregelen te nemen. De drempel om een prima facie inbreuk in aanmerking te nemen kan dan, naargelang de omstandigheden, lager gelegd worden.

7.2. Beslissing

i. Wat betreft de belangenafweging

116. In het vorige randnummer (115) is gewezen op de invloed van een afweging tussen de belangen van verzoeker en de belangen van verweerder op het al dan niet nemen van voorlopige maatregelen.

Het nadeel dat De Beers ondervindt door het nemen van de gevraagde voorlopige maatregelen, lijkt beperkt, om volgende verschillende redenen.

Het gaat om slechts één voormalige zichthouder.

De waarde van de leveringen waarop Spira aanspraak maakt is berekend op de geïndexeerde waarde van de leveringen die zij voor de beëindiging van de doorlopende contractuele relatie mocht ontvangen. Gelet op de vermindering van het aantal zichthouders onder Supplier of Choice ligt deze waarde wellicht beneden de huidige gemiddelde waarde van de zichten.

Het nemen van de door Spira gevraagde voorlopige maatregelen zet Supplier of Choice niet op de helling.

De afweging van belangen weegt dan ook door in het voordeel van Spira.

Dit gegeven beïnvloedt de prima facie beoordeling, zoals in vorig randnummer (115) is aangegeven. Daarmee is echter niet gezegd dat de prima facie inbreuk zonder meer vaststaat.

ii. Prima facie inbreuk op grond van het verslag

117. In haar verslag besluit de auditeur tot een prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie op grond van volgende overwegingen.

118. De machtspositie van De Beers op de wereldwijde markt voor de verkoop van ruwe diamant blijkt prima facie uit:

- een marktaandeel geraamd op ten minste 40%,
- een groot aantal andere producenten met beperkte tot zeer beperkte marktaandelen,
- de feitelijke marktmacht voor De Beers die nog groter is dan haar marktaandeel doet vermoeden, en
- hoge toetredingsdrempels.

119. Misbruik van machtspositie zou kunnen afgeleid worden uit de mogelijke uitsluitingseffecten (“forclosure”) van het Supplier of Choice distributiesysteem.

Ten eerste zou het gedrag gekarakteriseerd kunnen worden als een constructieve weigering tot levering, om volgende redenen:

- het aantal zichthouders werd beperkt en hetzelfde geldt in nog meerdere mate voor het aantal zichthouders die ruwe diamant doorverkopen op de secundaire markt;
- er bestaan aanwijzingen dat het aanbod van ruwe diamant op de secundaire markt sterk verminderd is.

Ten tweede zou de input van ruwe diamant geproduceerd door De Beers onmisbaar zijn, omdat andere diamantproducenten geen volwaardig alternatief zouden kunnen bieden.

Ten derde zou de leveringsweigering waarschijnlijk negatieve effecten op de concurrentie hebben. Het Supplier of Choice distributiesysteem, waarin zichhouders geprivilegieerd zouden worden die diamanten bewerken (in tegenstelling tot zichhouders die ruwe diamant voortverkopen) zou ertoe strekken de vraag naar geslepen diamant en de prijs van ruwe diamant op te drijven. Het zou aantoonbaar zijn dat deze strategie kans op welslagen heeft.

120. Wat de kwalificeerbaarheid als misbruik van machtspositie betreft kan nog aangestipt worden dat het besluit van de auditeur steun vindt in de Mededeling van de Commissie met de *Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie* (Pb. 24 februari 2009, C 45/7, hierna: Richtsnoeren), waarvan de relevante bepalingen als volgt luiden:

- In het algemeen rijzen mededingingsproblemen wanneer de onderneming met een machtspositie op de stroomafwaartse markt concurreert met de afnemer aan wie hij weigert te leveren. Het begrip “stroomafwaartse markt” wordt gebruikt voor de markt waarvoor de geweigerde input nodig is om een product te vervaardigen of een dienst te leveren (randnummer 76 van de Richtsnoeren).
- Het is niet noodzakelijk dat er een daadwerkelijke weigering is van een onderneming met een machtspositie; een “constructieve weigering” is voldoende (randnummer 79 van de Richtsnoeren).
- De Commissie beschouwt dergelijke praktijken als een handhavingsprioriteit indien alle volgende omstandigheden aanwezig zijn:
 - de weigering betreft een product of een dienst die objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op een stroomafwaartse markt te kunnen concurreren;
 - de weigering resulteert waarschijnlijk in de uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt; en
 - de weigering leidt waarschijnlijk tot schade voor de gebruikers (randnummer 81 van de Richtsnoeren).

121. Uit de vaststellingen van de auditeur resulteert dat de voorwaarden volgens dewelke de weigering een product betreft dat objectief onmisbaar is om daadwerkelijk stroomafwaarts te kunnen concurreren, en volgens dewelke de weigering waarschijnlijk resulteert in de uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt, vervuld zouden kunnen zijn. Deze twee voorwaarden zijn inhoudelijk immers gelijk aan de voorwaarden die de auditeur heeft gesteld en prima facie gegrond bevonden.

Objectief onmisbaar om op de markt te kunnen concurreren, betekent niet dat zonder de geweigerde input geen concurrent de markt zou kunnen betreden of daarop zou kunnen overleven. Een input is onmisbaar wanneer er geen daadwerkelijk of potentieel substitutieproduct is waarvan de concurrenten op de stroomafwaartse markt gebruik zouden kunnen maken om, althans op de lange termijn, de negatieve gevolgen van de weigering tegen te gaan (aldus randnummer 82 van de Richtsnoeren). Wanneer aan dit vereiste is voldaan is de Commissie van oordeel dat een weigering van een onderneming met een machtspositie om onmisbare input te leveren, doorgaans de daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt, onmiddellijk of na verloop van tijd, dreigt uit te schakelen (aldus in randnummer 85 van de Richtsnoeren).

Uit de vaststellingen van het verslag blijkt dat de auditeur uit de haar voorliggende gegevens afleidt dat de weigering tot levering van ruwe diamant door De Beers niet kan worden opgevangen door andere handelaars in ruwe diamant als leveranciers aan bewerkers van diamant op de stroomafwaartse markten.

122. De Beers doet in haar Memorie gelden dat de auditeur twee bijkomende voorwaarden die door de Richtsnoeren worden gesteld niet onderzocht heeft, met name dat de weigering waarschijnlijk leidt tot schade voor de gebruikers, en dat er geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor de weigering.

Wat schade voor de gebruikers betreft stelt De Beers zelf dat het gaat om een bijkomend beleids criterium van de Commissie. De Richtsnoeren strekken er inderdaad toe handhavingsprioriteiten te stellen. Bij de beoordeling van het verzoek om voorlopige maatregelen van Spira gaat het erom te weten of een prima facie inbreuk begaan werd, niet om te beoordelen of een praktijk in aanmerking komt om te worden vervolgd. Overigens heeft de auditeur gewag gemaakt van mogelijke prijsverhogingen, die voor de consument nadelig zouden kunnen zijn.

Wat een eventuele objectieve rechtvaardiging afgeleid uit efficiëntieverbeteringen betreft, doet De Beers gelden dat uit de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie zou blijken dat haar zichthoudercriteria, waarop de weigeringslevering ten aanzien van Spira gesteund is, objectief, niet-discriminerend, proportioneel en gerechtvaardigd zijn. Deze lezing van de afwijzingsbeschikkingen stemt niet overeen met hetgeen hierna zal worden beslist (zie hieronder in randnummer 130). Overigens gaan de prima facie vaststellingen van de auditeur in tegen het bestaan van rechtvaardigingsgronden.

123. Het besluit in verband met de prima facie beoordeling op grond van de gegevens aangereikt in het verslag luidt als volgt. Het is niet kennelijk onredelijk om de feitelijke gegevens die de auditeur in aanmerking neemt op het eerste gezicht als geloofwaardig te beschouwen, en om op grond van deze gegevens uit te gaan van een prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie als grondslag voor het nemen van voorlopige maatregelen.

iii. Wat betreft het verweer van De Beers, afgeleid uit de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie

124. In verband met beschikkingen van 26 januari 2007 en van 5 juni 2008 waarbij de Commissie de klacht van Spira heeft afgewezen, doet De Beers in haar Memorie gelden:

- dat de auditeur weliswaar niet gebonden is door de afwijzing van de klacht als dusdanig, maar wel door de feitelijke vaststellingen en conclusies van de Commissie, tenzij zij kan aantonen dat er marktontwikkelingen zijn die een verschillende prima facie conclusie rechtvaardigen, en
- dat het verslag misleidend is waar het stelt dat de Commissie in haar afwijzingsbeschikkingen niet zou hebben voorgehouden dat er geen inbreuk op artikelen 101 of 102 VWEU is [...].

Volgens De Beers is de auditeur met haar verslag ingegaan tegen de feitelijke en de juridische beoordeling van de Commissie.

125. De afwijzingsbeschikkingen staan evenwel geen voorlopige maatregelen door de voorzitter van de Raad in de weg.

Het gaat om beschikkingen op grond van artikel 7, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. In dergelijke beschikking tot afwijzing van een klacht wordt niet definitief uitspraak gedaan over het al dan niet bestaan van een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU (oude artikelen 81 en 82 EG), zelfs al heeft de Commissie de feiten op grond van die artikelen beoordeeld. Het oordeel van de Commissie in een beschikking waarbij een klacht wordt afgewezen mag de nationale rechter of de nationale mededingingsautoriteit niet beletten om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen op de praktijken die hen worden voorgelegd (art. 79 van de Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag).

Aangezien de nationale mededingingsautoriteit een onderzoek ten gronde kan voeren, moet zij ook voorlopige maatregelen kunnen nemen. Dat blijkt voor België alleszins uit artikel 62, § 1 WBEM, dat bepaalt dat de voorzitter van de Raad voor de Mededinging een restrictieve mededingingspraktijk die voorwerp van onderzoek is, kan schorsen.

126. Bovendien wijst de Commissie in de Mededeling betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van artikel 81 en 82 van het Verdrag zelf de weg naar het nemen van voorlopige maatregelen door een nationale instantie. In die Mededeling wordt verwezen naar artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003, dat bepaalt dat de Commissie ambtshalve voorlopige maatregelen kan bevelen wanneer de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad, en wordt erop gewezen dat een persoon die een klacht heeft ingediend de Commissie niet om voorlopige maatregelen kan verzoeken. De Mededeling stelt dan dat verzoeken van ondernemingen om voorlopige maatregelen bij de rechterlijke instanties van de Lid-Staten ingesteld kunnen worden (art. 80 van de Mededeling). Hetzelfde moet dan gelden voor de nationale mededingingsautoriteit die bevoegd is om voorlopige maatregelen te nemen, zeker wanneer, zoals in het geval van artikel 62 WBEM, de procedure voorlopige maatregelen een alternatief is voor het kort geding voor de Belgische justitiële rechter.

Weliswaar is de klacht in deze zaak reeds door de Commissie afgewezen (en gaat het hier bijgevolg om een geval dat de Commissie in artikel 80 van de Mededeling wellicht niet onmiddellijk voor ogen had), doch die afwijzing is niet definitief, aangezien zij is aangevochten voor het Gerecht, zodat de mogelijkheid bestaat dat de Commissie zich opnieuw over de klacht zal moeten uitspreken (indien haar afwijzingsbeschikkingen door het Gerecht vernietigd worden).

127. Zo met De Beers zou worden aangenomen dat een nationale mededingingsautoriteit de feitelijke bevindingen van de Commissie niet zonder onderzoek naar recentere marktontwikkelingen mag afvallen, zou dit alleen kunnen gelden voor de beslissing over de klacht ten gronde, en niet voor het nemen van voorlopige maatregelen, waarvoor een prima facie inbreuk in de hierboven beschreven zin volstaat.

128. Afgezien van het feit dat het nemen van voorlopige maatregelen mogelijk blijft, ook na een beschikking van de Commissie waarbij een klacht wordt afgewezen, hebben de afwijzingsbeschikkingen niet de draagwijdte die De Beers eraan toekent in haar verweer dat is weergegeven in randnummer 124 hierboven.

129. In de afwijzingsbeschikking [...] van 5 juni 2008 luidt het dat de Commissie geen reden ziet om terug te komen op haar conclusie in de brief van 26 januari 2007, namelijk dat er geen communautair belang is om de klacht verder te onderzoeken [..].

[...]. De Commissie [...] heeft beslist dat zij geen complex onderzoek wilde uitvoeren.

130. De redenering van De Beers, volgens dewelke niet tot een prima facie inbreuk kan worden besloten na afwijzingsbeschikkingen [...] kan dan ook niet worden gevolgd, om twee redenen.

Ten eerste is het prima facie onderzoek dat in onderhavige procedure verwacht wordt van een andere orde dan het onderzoek dat tot de afwijzingsbeschikkingen heeft geleid (zie hierboven in randnummers 125 tem 127).

Ten tweede heeft de Commissie in de afwijzingsbeschikkingen niet beslist dat een inbreuk weinig waarschijnlijk is (zie hierboven in randnummers 128 en 129).

131. Besluit. Het verweer afgeleid uit het bestaan, de draagwijdte en de inhoud van de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie kan niet leiden tot het verwerpen van het verzoek om voorlopige maatregelen.

iv. Wat betreft ander verweer van De Beers

132. De Beers voert in haar Memories feitelijke en juridische middelen aan tot grondslag van haar verweer dat zij geen machtspositie bekleedt en dat zij zich niet heeft schuldig gemaakt aan een abusieve leveringsweigering.

133. In zoverre deze middelen ertoe strekken te verhinderen dat lastens De Beers misbruik van machtspositie vastgesteld wordt, horen zij thuis in een procedure ten gronde, en niet in een procedure voorlopige maatregelen die er niet toe strekt misbruik van machtspositie vast te stellen.

In een procedure voorlopige maatregelen hebben deze middelen tot doel te verhinderen dat prima facie tot misbruik van machtspositie besloten wordt.

Prima facie kan echter voldoende geloofwaardigheid worden toegekend aan de bevindingen in het verslag van de auditeur die op de hier aan de orde zijnde vorm van misbruik van machtspositie betrekking hebben, en dit als een grondslag voor het nemen van voorlopige maatregelen in deze zaak, mede gelet op het voorhanden zijn van de andere toepassingsvoorwaarden die bij wet worden gesteld.

Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat De Beers' verweer in een zaak ten gronde, na onderzoek, gegrond bevonden zou kunnen worden. Dat onderzoek wordt immers niet gevoerd in een procedure voorlopige maatregelen.

v. Besluit

134. Met het oog op het nemen van voorlopige maatregelen ten voordele van Spira, kan worden uitgegaan van het bestaan van een prima facie inbreuk door De Beers op het verbod van misbruik van machtspositie.

VIII. Wat betreft de voorlopige maatregelen

8.1. Aard

135. De Beers werpt verschillende bezwaren op tegen het bevel tot leveren zoals het door Spira wordt gevorderd. Deze worden hierna achtereenvolgens behandeld.

136. Spira vordert een bevel tot leveren van diamanten met een waarde van [...] US dollar per zicht (zie hierboven in randnummer 3). De auditeur heeft zich hierbij aangesloten in haar voorstel van beslissing (zie hierboven in randnummer 6). De Beers doet gelden dat de auditeur deze waarde per zicht niet verantwoordt, onder meer in het licht van de noodzaak om het door Spira aangevoerde nadeel te voorkomen.

137. Spira verantwoordt de waarde per zicht als volgt. In 2003 was de gemiddelde waarde van de leveringen per zicht [...] US dollar, bedrag dat geïndexeerd moet worden wegens de inflatie. Deze verantwoording lijkt redelijk, en wordt overigens door De Beers niet concreet betwist.

Voorlopig behoud van de toestand waarin Spira zich bevond voor de beëindiging van haar statuut als doorlopende zichthouder is de gepaste manier om de toestand te vermijden die het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel veroorzaakt.

138. De Beers doet gelden dat ook bij de handhaving van het mededingingsrecht contractsvrijheid de regel moet blijven, terwijl het verzoek om voorlopige maatregelen strekt tot het opleggen van de verplichting om verkoopsovereenkomsten te sluiten. Er zouden alternatieve, minder ingrijpende maatregelen bestaan, zoals opheffing of aanpassing van het distributiesysteem.

Waar ten gronde dergelijk bevel tot contracteren niet opgelegd kan worden, aldus De Beers, geldt hetzelfde bij het opleggen van een bevel bij wijze van voorlopige maatregel, aangezien

de verzoeker om voorlopige maatregelen niet in een gunstigere toestand mag komen dan deze waarin hij na de uitspraak ten gronde zou verkeren.

De Beers doet aansluitend gelden dat, in het onmogelijke geval Supplier of Choice onverenigbaar met het mededingingsrecht bevonden zou worden, niet aangetoond is dat Spira zich als zichthouder zou kwalificeren in een distributiesysteem dat wel in overeenstemming met het mededingingsrecht zou zijn.

139. Het is mogelijk dat ten gronde, na vaststelling van inbreuk op het mededingingsrecht, de voorkeur kan of moet worden gegeven aan een andere verplichting dan het hernemen van het distributiesysteem dat bestond voor invoering van Supplier of Choice, zoals de aanpassing van dit laatste, of de opheffing van een distributiesysteem. Andermaal moet overwogen worden dat het niet staat aan de voorzitter van de Raad, uitspraak doende inzake voorlopige maatregelen, om hierover uitspraak te doen.

Wel staat vast dat deze alternatieve maatregelen niet van die aard zijn dat zij Spira de rechtsbescherming kunnen bieden waarop zij aanspraak kan maken waar de voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen vervuld zijn. Het evenredigheidsbeginsel zou worden geschonden indien de voorzitter van de Raad voor de Mededinging De Beers bevel zou opleggen om Supplier of Choice te wijzigen of op te heffen, als voorlopige maatregel ten voordele van Spira, terwijl er tientallen zichthouders door geraakt zouden kunnen worden. Behoud van de status quo ante ten aanzien van Spira is als voorlopige maatregel het minst belastend voor De Beers.

Overigens strekken de te bevelen maatregelen niet tot het blijven uitvoeren in natura van een opgezegde overeenkomst, de door Spira in haar verzoek aangewende bewoordingen ten spijt, maar tot het verrichten van leveringen van ruwe diamant die aan bepaalde voorwaarden beantwoorden. Dit blijkt uit het beschikkende gedeelte hieronder.

140. Ten slotte doet De Beers gelden dat zij al aan Spira geleverd heeft gedurende een opzeggingstermijn van 67 maanden, termijn die voldoende zou zijn opdat Spira haar handelwijze zou hebben kunnen reorganiseren. Kennelijk voegt De Beers aldus een periode die zij beschouwt als een contractuele opzeggingstermijn bij de termijn van bijna 58 maanden (van 1 januari 2004 tot 22 oktober 2008) die is opgelegd bij bevel in kort geding van de gewone rechter.

141. Aldus herneemt De Beers echter een verweer dat verworpen is bij de beoordeling van de noodzaak om dringend een toestand te vermijden die ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira. Beslist is dat het voortduren van de leveringen als voorlopige maatregel de toestand van Spira beoogt te regelen in afwachting van de uitspraak over het al dan niet bestaan van de inbreuk, maar niet tot doel heeft Spira de kans te geven elders gelijkwaardige leveringen te vinden (zie hierboven in randnummer 106).

8.2. Duur

142. Spira vordert dat het bevel tot leveren blijft gelden tot een definitieve eindbeslissing is genomen waartegen geen rechtsmiddelen meer open staan, op Belgisch vlak en op Europees vlak, over de bestaanbaarheid van het Supplier of Choice distributiesysteem met artikelen 101 en 102 VWEU en met artikelen 2 tot en met 5 WBEM (zie hierboven in randnummer 3). De auditeur heeft zich hierbij aangesloten in haar voorstel van beslissing (zie hierboven in randnummer 6).

143. Het ogenblik waarop de bedoelde definitieve eindbeslissing zal worden genomen zou nog vele jaren verwijderd kunnen zijn. Het voorlopige bevel tot leveren zou voor een vrijwel onbepaalbare termijn voortduren. Er zijn tal van redenen om dit te vermijden.

Zo spreekt het vanzelf dat er intussen wisselvalligheden kunnen plaatsgrijpen die maken dat het bevel niet meer aangepast is.

Er moet ook rekening mee worden gehouden dat de bedoelde definitieve eindbeslissing er een zou kunnen zijn waardoor de klacht van Spira definitief wordt afgewezen, en dat er eerder een ogenblik komt waarop dit eindresultaat zich laat voorspellen, zodat het behoud van de voorlopige maatregel nog moeilijk verantwoord kan worden.

Vandaag is onzeker of de klacht van Spira bij de Belgische mededingingsautoriteit tot een onderzoek zal leiden dat afgerond wordt in een verslag aan de Raad voor de Mededinging met punten van bezwaar ten laste van Spira.

Het is dan ook gepast om op het bevel tot leveren een termijn te stellen die binnen afzienbare tijd verstrijkt.

144. Het verstrijken van de termijn wordt best bepaald op een ogenblik waarop er zich een procedurele ontwikkeling voordoet, die als een evaluatiemoment kan gelden.

Het bevel tot leveren zal aflopen een maand na de dag waarop het arrest van het Gerecht van de Europese Unie wordt uitgesproken waarbij het beroep van Spira tegen de beschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 tot afwijzing van haar klacht (zie hierboven in randnummer 42) zou worden verworpen.

Alternatief zal het bevel tot leveren eveneens aflopen een maand na de dag van de beslissing van het Auditoraat waarbij de klacht van Spira nummer MEDE-P/K-09/0019 (zie hierboven in randnummer 1) zou worden geseponeerd.

De eventuele sepotbeslissing zou genomen kunnen worden vooraleer het Gerecht een arrest over het beroep van Spira uitspreekt. Zij zou ook kunnen genomen worden nadat het arrest van het Gerecht het beroep van Spira zou hebben ingewilligd. Zowel in het ene als in het andere geval zal de sepotbeslissing tot gevolg hebben dat het voorlopige bevel tot leveren dat bij deze beslissing wordt opgelegd, ophoudt te gelden.

Spira kan de voorzitter van de Raad om verlenging van het bevel tot leveren vragen, verzoek dat beoordeeld zal worden op het ogenblik waarop het ingesteld wordt.

IX. Dispositief

Om deze redenen, de voorzitter van de Raad voor de Mededinging:

- Alvorens recht te doen, verwerpt het verzoekschrift van De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited om toegang tot de Artikel 7 (1) brieven van 4 augustus 2006 en 13 november 2007,
- Verklaart het verzoek om voorlopige maatregelen van Diamanhandel A. Spira BVBA ontvankelijk en als volgt gegrond,
- Veroordeelt De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited tot het verrichten van leveringen van diamant aan Diamanhandel A. Spira tot beloop van [...] US dollar [...] per zicht,
- Beveelt dat de leveringen gebeuren tegen de voorwaarden die van toepassing waren op de leveringen die De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited (en hun eventuele rechtsvoorgangers, allen in de opsomming van voorwaarden die volgt aangeduid als “De Beers”) aan Diamanhandel A. Spira BVBA (en haar eventuele rechtsvoorgangers, allen in de opsomming van voorwaarden die volgt aangeduid als “Spira”) heeft verricht, en die gelden voor alle zichhouders, en onder meer tegen de volgende voorwaarden: [...]
- Zegt voor recht dat het bevel tot leveren geldt vanaf 1 januari 2011 en afloopt, hetzij een maand na de dag waarop het arrest van het Gerecht van de Europese Unie wordt uitgesproken waarbij het beroep van Diamanhandel A. Spira BVBA tegen de beschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 tot afwijzing van haar klacht wordt

verworpen, hetzij een maand na de dag van de beslissing van het Auditoraat waarbij de klacht van Diamanthandel A. Spira BVBA nummer MEDE-P/K-09/0019 wordt geseponeerd,

– Zegt voor recht dat per overtreding van dit bevel een dwangsom verschuldigd is van 1.500.000 euro (één miljoen vijfhonderdduizend).

Aldus beslist en uitgesproken door Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op donderdag 25 november 2010.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt aan De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited, Diamanthandel A. Spira BVBA en de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.

Stefaan Raes