

## RAAD VOOR DE MEDEDINGING

### Beslissing nr. 2012-V/M-15 van 22 mei 2012

#### ***Zaak MEDE-V/M-11/0024: Armajaro Trading Limited / Port Real Estate***

#### I. Procedure

1. Op 9 november 2011 heeft Armajaro (Trading Limited) klacht ingediend bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging tegen Port Real Estate NV (PRE). De klacht is ter griffie van de Raad geregistreerd met nummer MEDE – P/K – 11/0023.

Dezelfde dag heeft Armajaro tegen PRE een verzoek om voorlopige maatregelen door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging ingediend bij het Auditoraat (artikel 62, § 2 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, hierna WBEM). Het verzoek is ter griffie van de Raad geregistreerd met nummer MEDE-V/M-11/0024.

2. Op 21 december 2011 heeft de auditeur zijn met redenen omkleed verslag over het verzoek om voorlopige maatregelen, vergezeld van het onderzoeksdossier over dat verzoek, ingediend bij de voorzitter van de Raad (artikel 62, § 5 WBEM). Dezelfde dag is het verslag door de auditeur elektronisch meegedeeld aan de verzoekende partij, Armajaro, en aan de onderneming tegen welke het verzoek gericht is, PRE, verwerende partij.

3. Bij beschikking van 23 december 2011 heeft de voorzitter van de Raad termijnen bepaald voor het indienen van schriftelijke opmerkingen door respectievelijk PRE (uiterlijk op donderdag 12 januari 2012), Armajaro en de auditeur (uiterlijk op donderdag 19 januari 2012) en PRE (uiterlijk op woensdag 25 januari 2012), en de hoorzitting vastgesteld op vrijdag 27 januari 2012.

Op 23 december 2011 omstreeks 16u hebben de raadsleden van PRE de voorzitter van de Raad elektronisch aangeschreven met het verzoek voormelde termijnen te verlengen, met verwijzing naar een aantal omstandigheden, waaronder het feit dat PRE het verslag niet zou hebben ontvangen op 21 december 2011.

Op 23 december 2011 omstreeks 17u heeft de auditeur het verslag (nogmaals) elektronisch gezonden aan de raadsleden van PRE. Vast staat dat het verslag aldus op 23 december 2011 (de raadsleden van) PRE bereikt heeft.

Bij beschikking van 5 januari 2012 heeft de voorzitter van de Raad het verzoek om de termijnen voor het indienen van schriftelijke opmerkingen te verlengen en om de hoorzitting te verdagen, verworpen.

4. Op 12 januari 2012 zijn de schriftelijke opmerkingen met bijlagen voor PRE ingediend ter griffie van de Raad, in vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versie. Op 13 januari 2012 werd de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen met bijlagen, opgesteld door PRE, door de griffie overgemaakt aan Armajaro.

5. Op 19 december 2012 zijn de schriftelijke opmerkingen met bijlagen voor Armajaro ingediend ter griffie van de Raad, in vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versie.

Bij beschikking van 20 januari 2012 heeft de voorzitter van de Raad een ander raadslid van de Raad aangewezen om zich uit te spreken over de vertrouwelijkheid van gegevens in de schriftelijke opmerkingen die door Armajaro wordt ingeroepen. Overeenkomstig artikel 48, § 2, derde lid WBEM

## PUBLIEKE VERSIE

spreekt een raadslid dat geen deel uitmaakt van de kamer die de zaak behandelt zich uit over de vertrouwelijkheid van informatie die andere personen dan de ondernemingen die het voorwerp van het onderzoek uitmaken aan de Raad wensen mee te delen. Krachtens artikel 62, § 6 WBEM is onder meer deze bepaling van toepassing op de behandeling van een verzoek om voorlopige maatregelen door de voorzitter van de Raad na neerlegging van het verslag. De bedoelde bepaling is dan ook van toepassing op de beoordeling van de vertrouwelijkheid van gegevens waarop de verzoekende partij zich beroept.

Op 20 januari 2012 heeft het aldus aangewezen raadslid uitspraak gedaan over de vertrouwelijkheid van de gegevens waarop Armajaro zich beriep. De griffie heeft vervolgens de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen voor Armajaro meegedeeld aan PRE, op 20 januari 2012.

6. Bij brief van 19 januari 2012 heeft de auditeur laten weten geen schriftelijke opmerkingen in te dienen als antwoord op de schriftelijke opmerkingen voor PRE.

7. Op 25 januari 2012 zijn bijkomende schriftelijke opmerkingen met bijlagen voor PRE ingediend ter griffie van de Raad, in vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versie. Op 25 januari 2012 werd de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen met bijlagen, opgesteld door PRE, door de griffie overgemaakt aan Armajaro.

8. Tijdens de hoorzitting van vrijdag 27 januari 2012 werden de auditeur en zijn medewerker van de Algemene Directie Mededinging, de vertegenwoordigers van Armajaro en de vertegenwoordigers van PRE gehoord door de voorzitter van de Raad.

9. [...]

10. [...]

11. Op 2 februari 2012 heeft PRE aan de griffie gegevens bezorgd in verband met haar omzetcijfer, zoals door de voorzitter was gevraagd ter hoorzitting van 27 januari 2012, met het oog op de berekening van de dwangsom, zo deze opgelegd zou worden.

## II. Het verzoek om voorlopige maatregelen

12. Het verzoek, zoals ingesteld op 9 november 2011, strekt ertoe om, in afwachting van een eindbeslissing over de klacht, de volgende voorlopige maatregelen op te leggen:

- PRE te bevelen (eerste onderdeel) om met onmiddellijke ingang na de kennisgeving van de beslissing van de voorzitter (...) de beperking van het uitslagtempo voor uitslag uit de PRE Genomineerde Opslagplaatsen van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie tot 200 ton per werkdag, op te schorten;
- PRE te bevelen (tweede onderdeel) om met onmiddellijke ingang na de kennisgeving van de beslissing van de voorzitter (...) ten minste een onafgebroken uitslagtempo van 800 ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per werkdag te verzekeren voor uitslag uit de PRE Genomineerde Opslagplaatsen;
- PRE te bevelen (derde onderdeel) om met onmiddellijke ingang na de kennisgeving van de beslissing van de voorzitter (...) alle verzoeken tot uitslag door klanten van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie te behandelen en uit te voeren op basis van een objectieve, eerlijke en niet-discriminatoire behandeling van alle klanten, rekening houdend met de hoeveelheid door Liffe gecertificeerde Robusta koffie van de betrokken klanten die in de PRE Genomineerde Opslagplaatsen opgeslagen is op het ogenblik van het verzoek en de omvang van hun verzoeken tot uitslag van deze koffie, en in overeenstemming met de door Liffe geverifieerde procedures, zoals voorzien in secties C en D van de Procedures;

## PUBLIEKE VERSIE

- PRE te bevelen (vierde onderdeel) om met onmiddellijke ingang van de kennisgeving van de beslissing van de voorzitter (...) het Auditoraat wekelijks alle mogelijke nuttige gegevens te verschaffen voor het toezicht op de naleving van het eerste, het tweede en het derde onderdeel met inbegrip van het overzicht van de ontvangen en behandelde verzoeken tot uitslag van voormelde koffie door klanten, de dagelijkse gerealiseerde uitslag van deze koffie, in totaal en uitgesplitst per klant, evenals het toegepaste allocatiesysteem om de totale uitslagcapaciteit over de betrokken klanten te verdelen, met dien verstande dat het Auditoraat zich bij het uitoefenen van het toezicht op de naleving van het eerste, tweede en derde onderdeel op kosten van PRE kan laten bijstaan door een onafhankelijke expert van zijn keuze, en het Auditoraat toegang te verlenen tot de lokalen, opslagplaatsen en bedrijfsterreinen van PRE om de nodige verificaties ter plaatse te kunnen uitvoeren; en
- PRE te bevelen een dwangsom van 5% van haar gemiddelde dagelijkse omzet berekend volgens artikel 86 WBEM, te betalen per dag waarin PRE de beslissing niet volledig naleeft en voor ieder onderdeel van de beslissing dat PRE niet volledig naleeft.

13. In het gemotiveerd verslag van de auditeur van 21 december 2011 wordt het volgende voorstel tot beslissing gedaan:

- vast te stellen dat PRE minstens prima facie misbruik maakt van haar machtspositie op de prima facie omschreven markt voor de uitslagdiensten van Liffe gecertificeerde Robusta koffie in haar opslagplaatsen door het hanteren van een onredelijk laag uitslagtempo;
- te oordelen dat Armajaro doet blijken van voldoende belang bij haar verzoek om voorlopige maatregelen; en vervolgens
- de voorlopige maatregelen op te leggen zoals gevorderd in het verzoek om voorlopige maatregelen, met volgende afwijking, in het tweede onderdeel: de auditeur vraagt de voorzitter om aan PRE het bevel op te leggen ten minste een redelijk en marktconform uitslagtempo te bepalen op basis van het gevoerde onderzoek, uitslagtempo dat volgens de verzoekende partij bepaald moet worden op 800 ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per werkdag te verzekeren voor uitslag uit de PRE Genomineerde Opslagplaatsen.

14. In de schriftelijke opmerkingen voor Armajaro van 19 januari 2012 wordt volgende korte samenvatting gegeven van de gevorderde voorlopige maatregelen:

- de minimale beschikbare uitslagcapaciteit van PRE van Liffe gecertificeerde Robusta koffie van 800 ton per werkdag moet worden gegarandeerd;
- deze beschikbare uitslagcapaciteit moet op een objectieve, eerlijke en niet-discriminatoire manier tussen PRE-klanten worden verdeeld;
- de naleving van de maatregel moet gepast afgedwongen en gecontroleerd kunnen worden.

### III. Samenvatting van de relevante feitelijke context

15. Uit het verzoek om voorlopige maatregelen van Armajaro, uit het onderzoek dat onder leiding van de auditeur is gevoerd en uit zijn gemotiveerd verslag, alsmede uit de schriftelijke opmerkingen voor PRE en voor Armajaro, blijkt dat volgende feiten relevant zijn voor een goed begrip van het feitelijke kader waarin het verzoek om voorlopige maatregelen beoordeeld moet worden.

16. Armajaro is actief in het verhandelen van agrarische grondstoffen, zoals koffie, cacao en suiker. Eén van haar activiteiten is het verhandelen van Robusta koffie op de NYSE Liffe Exchange in London (afgekort Liffe). Robusta koffiebonen die op Liffe verhandeld worden is door Liffe gecertificeerde

## **PUBLIEKE VERSIE**

Robusta Koffie (waar hierna niet uitdrukkelijk vermeld wordt dat de Robusta koffie(bonen) door Liffe gecertificeerd zijn, is dat behoudens andere vermelding toch wel het geval).

17. De Robusta koffiebonen (er zijn ook Arabica koffiebonen, de betere soort) groeien voornamelijk in West-Afrika en Zuidoost-Azië. De koffiebonen worden groen (d.i. niet gebrand) uitgevoerd naar de gebieden waar koffie wordt gedronken, voornamelijk de USA en de EU, waar zij aangekocht worden door koffiebranders zoals Kraft, Nestlé en Sarah Lee.

18. PRE baat door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen van Robusta koffiebonen uit in de haven van Antwerpen.

19. Contracteren op Liffe werkt als volgt. De Robusta koffiebonen zijn opgeslagen in door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen, van PRE en andere opslagondernemingen.

De verkoper en de koper van een lot Robusta koffiebonen worden elektronisch met elkaar verbonden, door de werking van Liffe; zij kiezen elkaar dus niet, de koper kiest alleen één of meerdere loten Robusta koffiebonen. De uitbater van de Genomineerde Opslagplaats, in het voorliggende geval PRE dus, geeft, in samenspraak met de verkoper wiens Robusta koffiebonen in die Opslagplaats opgeslagen liggen, een warrant uit, die het lot Robusta koffiebonen vertegenwoordigt. Bij de ontvangst van de warrant, en pas op dat ogenblik, weet de koper van één of meerdere loten Robusta koffiebonen in welke door Liffe Genomineerde Opslagplaats(en) de door hem gekochte Robusta koffiebonen zich fysiek bevinden.

20. Zo kan Armajaro bieden op een lot Robusta koffiebonen op Liffe. Bij ontvangst van de warrant verneemt Armajaro dat het aangekochte lot zich bevindt in een welbepaalde Genomineerde Opslagplaats, bijvoorbeeld van PRE. In transacties op Liffe heeft de koper geen invloed op de ligging van de door hem aangekochte partij door Liffe gecertificeerde Robusta Koffie.

21. Zodra Armajaro één of meerdere loten Robusta koffiebonen aangekocht heeft die opgeslagen liggen in een door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE, dan heeft zij, net als elke koper van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, theoretisch vier opties:

- Het lot Robusta koffiebonen laten liggen in de opslagplaats van PRE. De beperking van deze optie is dat de houdbaarheidsduur van de koffiebonen beperkt is.
- Het lot verkopen via Liffe. De koper, Armajaro, draagt daartoe de warrant over, en het lot wordt fysiek niet verplaatst uit de door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE.
- Het lot laten verschepen naar een andere opslaglocatie. De reden kan zijn dat in die andere opslaglocatie een lagere huurprijs wordt aangerekend dan in de door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE. De andere opslaglocatie kan een door Liffe Genomineerde Opslagplaats zijn, of een niet door Liffe Genomineerde Opslagplaats. In het laatste geval wordt het lot gedecertificeerd, wat betekent dat het niet meer op Liffe verhandeld kan worden.
- Verkoop en levering van het lot aan de koffiebranders.

De derde en de vierde optie vergen uitslag uit de door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen van PRE (uitslaan betekent: het fysiek uit de opslagplaats halen om te (laten) vervoeren naar elders).

#### **IV. Het verwijt ten grondslag aan het verzoek om voorlopige maatregelen**

22. Armajaro verwijt PRE het uitslagtempo van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie op kunstmatige wijze onredelijk laag te houden. Armajaro is van oordeel dat PRE zich richt op een maximum van 200 ton per werkdag, dat in de praktijk vermoedelijk niet eens wordt gehaald.

## PUBLIEKE VERSIE

Volgens Armajaro en de auditeur zou PRE er belang bij hebben de loten Robusta koffie, die op Liffe zijn aangekocht, niet alleen door Armajaro maar ook door andere koffiehandelaars, zo lang mogelijk opgeslagen te houden in haar door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen, om de huur te kunnen innen, en om te bewerkstelligen dat de koffie zo laat mogelijk verplaatst wordt naar een andere (goedkopere) opslagplaats (zodat zij zo lang mogelijk haar huurprijs kan genieten).

Het onredelijk lage uitslagtempo zou ook tot gevolg hebben dat Armajaro niet tijdig kan leveren aan koffiebranders. Gelet op de beperkte houdbaarheidsdatum zou Armajaro dan verplicht worden de koffie tijdig opnieuw te verkopen via Liffe.

Armajaro benadrukt dat er voor haar, net als voor andere kopers, geen ontkomen aan PRE is, aangezien bij aankopen op Liffe de opslagplaats pas na aankoop bekend is voor de koper.

23. PRE betwist een uitslagtempo van 200 ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per dag te hanteren, en betwist eveneens dat haar uitslagtempo kunstmatig laag gehouden wordt en dat het onredelijk laag is. PRE stelt afroepen uit te voeren in de volgorde waarin zij binnenkomen en waarin zij de uitvoering ervan heeft toegezegd, binnen de perken van haar logistieke mogelijkheden.

24. Het verwijt dat aan het verzoek om voorlopige maatregelen ten grondslag ligt, en door het verslag van de auditeur is overgenomen, en dat door Armajaro en de auditeur als een misbruik van machtspositie wordt gekwalificeerd, alsmede het verweer van PRE, zijn hier alleen weergegeven om het verzoek om voorlopige maatregelen en het besluit van het verslag te situeren. In het vervolg van deze beslissing wordt er nader op ingegaan.

### V. Wat betreft de eerbiediging van het recht van verdediging van PRE

25. PRE voert verschillende middelen aan die worden afgeleid uit de schending van haar recht van verdediging en van het beginsel van de wapengelijkheid.

Zij doet gelden dat het verzoek om voorlopige maatregelen wegens deze schending moet worden verworpen.

26. Een eerste middel luidt dat het gemotiveerd verslag van de auditeur het standpunt van de verzoekster om voorlopige maatregelen zonder meer overneemt, zonder in te gaan op het verweer en de stukken die PRE heeft aangebracht.

Uit het onderzoeksdossier en uit het gemotiveerd verslag blijkt dat de auditeur, met assistentie van een instructeur van de Algemene Directie Mededinging, het verzoek om voorlopige maatregelen onderzocht heeft. Het recht van verdediging is niet geschonden op de enkele grond dat de auditeur, in weerwil van het verweer, de voorzitter van de Raad voorstelt te beslissen om het verzoek om voorlopige maatregelen in te willigen. Indien de auditeur bepaalde verweermiddelen in feite of in rechte niet uitdrukkelijk zou hebben besproken en weerlegd, betekent dit niet dat hij deze niet in overweging heeft genomen. In een verslag over een verzoek om voorlopige maatregelen is de motiveringsplicht niet van dien aard dat de auditeur elke aanvoering of verweermiddel in feite en in rechte van de verweerder, bijvoorbeeld vermeld in een antwoord op een verzoek om inlichtingen, moet beantwoorden.

In zoverre het middel doet gelden dat de auditeur op één of ander verweermiddel zou zijn ingegaan, indien hij het grondiger had onderzocht of indien hij het had begrepen in de zin zoals door PRE bedoeld, betreft het middel de grond van het verzoek om voorlopige maatregelen, die hierna beoordeeld zal worden, en niet de eerbiediging van het recht van verdediging. Overigens kan de verweerder van een

## PUBLIEKE VERSIE

verzoek om voorlopige maatregelen hoe dan ook zijn recht van verdediging uitoefenen in de fase van de rechtspleging voor de voorzitter van de Raad, na het indienen van het verslag van de auditeur.

Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

27. Een tweede middel luidt dat PRE onvoldoende tijd heeft gehad om te antwoorden op het verzoek om inlichtingen dat zij in het raam van het onderzoek heeft ontvangen van de Algemene Directie Mededinging.

Het onderzoek van het verzoek om voorlopige maatregelen is gevoerd binnen een termijn die liep van 9 november 2011 tot 21 december 2011. De termijn voor het onderzoek van een verzoek om voorlopige maatregelen mag aangepast zijn aan het verzoek, dat ertoe strekt dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor ondernemingen of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang (art. 62, § 1 WBEM). Dit betekent dat de termijn voor dit onderzoek relatief kort, en zo kort mogelijk mag zijn. De omstandigheid dat na afloop van de procedure inzake voorlopige maatregelen tot het besluit kan worden gekomen dat het niet dringend was een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor ondernemingen of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang, wordt niet in aanmerking genomen zolang het verzoek onderzocht wordt.

Een onderzoekstermijn van ongeveer zes weken is niet onredelijk kort. (Hij is trouwens, in zoverre hij betrekking heeft op de werkzaamheden van de auditeur bij het opstellen van het verslag, in tegenstelling tot hetgeen PRE suggereert, zeker niet lang.) Een termijn van tien werkdagen (volgens PRE) voor het beantwoorden, door de verweerder van het verzoek om voorlopige maatregelen, van een verzoek om inlichtingen, is in dat tijdsbestek niet abnormaal kort.

Ten overvloede nog het volgende. Als grondslag van het voormelde eerste middel voert PRE aan dat de auditeur niet de moeite zou hebben gedaan om stelling te nemen ten aanzien van haar uitgebreide argumentatie en aangeleverde stukken. De feitelijke grondslag die PRE aanvoert voor haar tweede middel, namelijk dat zij onvoldoende tijd zou hebben gehad om zich uitgebreid te verweren, is strijdig met hetgeen zij aanvoert in het eerste middel, met name dat haar verweer uitgebreid was.

Overigens heeft PRE in het vervolg van de procedure nog de gelegenheid gehad om zich nogmaals en, naar haar eigen inzicht, grondiger te verweren.

Het tweede middel kan niet worden aangenomen.

28. Volgens een derde middel heeft PRE tijdens het onderzoek geen kennis kunnen nemen van de bijlagen bij de klacht. Dit heeft PRE ook al aangevoerd in haar laatste en meest uitvoerige antwoord op het verzoek om inlichtingen, dat van 28 november 2011 dateert, met verwijzing naar het feit dat de auditeur haar de toegang tot de bijlagen bij de klacht zou hebben ontzegd nadat die toegang eerder zou zijn toegezegd door de Algemene Directie Mededinging.

De enkele omstandigheid dat de verweerder van een verzoek om voorlopige maatregelen geen kennis heeft kunnen nemen van de bijlagen bij de klacht ten gronde waarbij het verzoek om voorlopige maatregelen hoort, is niet van die aard dat zij niet alle mogelijkheden heeft gehad om zich te verweren tegen het verzoek om voorlopige maatregelen, in de procedure van voorlopige maatregelen als dusdanig, in haar geheel beschouwd.

Het derde middel kan niet worden aangenomen.

## PUBLIEKE VERSIE

29. Een vierde middel heeft betrekking op het tijdstip waarop PRE kennis zou hebben kunnen nemen van het gemotiveerd verslag en van het bijhorende onderzoeksdossier. Aansluitend doet PRE gelden dat, eens zij op 27 december 2011 het onderzoeksdossier kon inkijken, het onvolledig bleek.

Aldus verwijst PRE naar het feit dat zij het gemotiveerd verslag niet heeft ontvangen op woensdag 21 december 2011, toen de auditeur het aan PRE elektronisch heeft bezorgd, maar pas twee dagen later, op vrijdag 23 december 2011 omstreeks 17u, vlak voor het Kersteces, en dat zij het dossier pas heeft kunnen raadplegen op dinsdag 27 december 2011, terwijl bij beschikking van de voorzitter van de Raad van 23 december 2011 (waarvan omstreeks 15 u elektronisch kennis is gegeven aan PRE) een termijn voor schriftelijke opmerkingen voor PRE was bepaald die al verstreek op 12 januari 2012.

30. Reeds bij beschikking van 5 januari 2012 heeft de voorzitter van de Raad, uitspraak doende over het verzoek van PRE van 23 december 2012 tot verlenging van de termijnen voor schriftelijke opmerkingen en tot verdaging van de hoorzitting, overwogen dat er geen reden was om de termijnen voor het indienen van schriftelijke opmerkingen te verlengen en om de hoorzitting te verdagen, op grond van de volgende overwegingen, die hier hernoemen worden als antwoord op het vierde middel.

“De bij beschikking van 23 december 2011 verleende termijnen zijn aangepast aan de kenmerken van de behandeling van een verzoek om voorlopige maatregelen, zeker waar, zoals in de voorliggende zaak, het onderzoek van het verzoek door en onder leiding van de auditeur, niet meer dan een zestal weken in beslag genomen heeft. Eén van de belangrijkste kenmerken is dat, zo er aanleiding toe bestaat, de voorlopige maatregelen tijdig het gewenste effect moeten kunnen hebben.

Bovendien blijkt het verslag overwegend geen gegevens te bevatten die niet reeds in het verzoek om voorlopige maatregelen aangevoerd worden, en blijkt uit het verslag en uit het onderzoeksdossier dat PRE al tijdens de onderzoeksfase de gelegenheid heeft gehad kennis te nemen van en te antwoorden op het verzoek om voorlopige maatregelen zelf.

(...) Toen de beschikking van 23 december 2011 uitgesproken werd, werd ervan uitgegaan dat PRE er gedurende twee dagen van op de hoogte was dat de auditeur zijn verslag had ingediend, en dat zij twee dagen eerder van het verslag kennis had kunnen nemen, en bijgevolg ook reeds de gelegenheid had het onderzoeksdossier te raadplegen. Indien dit niet het geval was, heeft PRE niet zoveel tijd verloren dat het nodig zou zijn haar initiële eerste termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen te verlengen. Immers, PRE heeft zeker effectief kennis genomen van het verslag op 23 december 2011 en van het onderzoeksdossier op 27 december 2011, hetgeen hoogstens het verlies van een drietal werkdagen impliceert, terwijl de eerste termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen pas verstrijkt op 12 januari 2012.

Bovendien geniet PRE nog een termijn voor een dupliek als reactie op de schriftelijke opmerkingen voor Armajaro en de auditeur, termijn die niet vroeger dan 25 januari 2012 verstrijkt, dit is meer dan een maand na kennisgeving van het verslag.”

31. In randnummer 3 op blz. 3 van het schriftelijke opmerkingen van 12 januari 2012 vermeldt PRE, in een bepaalde context die er hier verder niet toe doet, het volgende: “(...) De urgentie dient te worden beoordeeld in het licht van de feitelijke toestand vandaag. Armajaro heeft op dit ogenblik (30 december 2011) nog geen [...] ton Robustakoffie in PRE magazijnen en zij heeft evenmin opmerkingen bij de planning van de gevraagde uitslag zoals die thans verloopt (...).”

Uit de vermelding van de datum blijkt dat de schriftelijke opmerkingen ten minste gedeeltelijk afgewerkt waren op 30 december 2011, dus ruim voor het verstrijken van de termijn op 12 januari 2012, tijdstip dat

## PUBLIEKE VERSIE

PRE om vanuit haar oogpunt begrijpelijke strategische redenen heeft afgewacht alvorens de schriftelijke opmerkingen in te dienen op de vervalddag van haar termijn.

Dit gegeven (de vermelding van de datum van 30 december 2011 als datum van de eerste schriftelijke opmerkingen voor PRE) werpt ook een verhelderend licht op de vermelding in de tweede schriftelijke opmerkingen van PRE (dd. 25 januari 2012), waarin gesteld wordt is dat de “kalender werd opgelegd op de vooravond van het kerstverlof, op een ogenblik dat de cruciale en bevoegde personen moeilijk bereikbaar waren, en een aantal mensen uit verlof moesten worden teruggeroepen”. Het is blijkbaar niet omdat de logistieke en intellectuele ondersteuning van het verweer niet vanzelfsprekend was, dat het recht van verdediging geschonden is, integendeel, nu gebleken is dat deze ondersteuning toch geleverd is.

32. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat het vierde middel niet kan worden aangenomen, in zoverre het zich beroept op de kalender van de procedure voor de voorzitter van de Raad.

33. De lapidaire bewering, in de eerste schriftelijke opmerkingen van 12 januari 2012, dat het onderzoeksdossier dat de vertegenwoordigers van PRE op dinsdag 27 december 2011 hebben ingezien op de zetel van de Raad, en waarvan zij kopie hebben kunnen nemen, onvolledig bleek, is ongegrond.

PRE laat na in haar schriftelijke opmerkingen te verantwoorden in welk opzicht het onderzoeksdossier onvolledig zou zijn geweest, of uit welke gegevens zou blijken welke stukken eruit zouden ontbreken.

Indien de vertegenwoordigers van PRE die op 27 december 2011 het dossier hebben geraadpleegd een onduidelijkheid in de samenstelling van het onderzoeksdossier, laat staan de onvolledigheid ervan hebben bemerkt, hadden zij de gelegenheid de aanwezige vertegenwoordiger van de Raad hierop de attenderen, dan wel daarna er schriftelijk de griffie van de Raad of de voorzitter op aan te spreken. PRE heeft het ene noch het andere initiatief genomen.

Ook in dit onderdeel kan het vierde middel niet worden aangenomen.

34. In een vijfde middel beklagt PRE zich meer specifiek over de duur van haar laatste termijn voor schriftelijke opmerkingen, die nog korter was dan voorzien in de kalenderbeschikking van 23 december 2011 (einddatum op woensdag 25 januari 2012, na het verstrijken van de termijn voor de schriftelijke opmerkingen voor Armajaro op donderdag 19 januari 2012), omdat zij pas in de late namiddag van vrijdag 20 januari 2012 mededeling van de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen voor Armajaro heeft ontvangen.

Het middel betreffende de duur van de termijn voor het indienen van schriftelijke opmerkingen is hierboven beantwoord. PRE kende op voorhand de duur van de termijn voor haar (laatste) dupliek. De schriftelijke opmerkingen voor Armajaro konden niet de dag zelf waarop zij werden ingediend in niet-vertrouwelijke versie aan PRE meegedeeld worden, aangezien Armajaro, zoals zij ertoe gerechtigd was, haar schriftelijke opmerkingen net voor het sluitingsuur van de griffie van de Raad (16u) heeft ingediend, en een ander raadslid dan de voorzitter van de Raad de door Armajaro ingeroepen vertrouwelijkheid diende te beoordelen. Ook van deze restricties was PRE op voorhand op de hoogte. Was zij na ontvangst van de repliek voor Armajaro van 19 januari 2012 in tijdsnood, dan had zij voor het verstrijken van haar termijn op woensdag 25 januari 2012 om termijnverlenging kunnen vragen.

Net als de andere middelen kan het vijfde middel niet worden aangenomen.

35. Aangezien alle middelen van PRE verworpen moeten worden, kan niet tot het besluit worden gekomen dat het recht van verdediging van PRE of het beginsel van de wapengelijkheid geschonden zijn.

Schending van deze beginselen kan dan ook niet leiden tot het verwerpen van het verzoek om voorlopige maatregelen.



## VI. Wat betreft de toepassingsvoorwaarden van de voorlopige maatregelen

36. 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).

37. De bij wet opgelegde toepassingsvoorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen zijn tweeledig.

Zij moeten strekken tot schorsing van restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken. Hierna wordt eerst nagegaan of dit vereiste vervuld is.

De voorlopige maatregelen moeten van dien aard zijn dat zij beantwoorden aan de noodzaak om dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken, of aan de noodzaak om dringend een toestand te vermijden die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang. Of dit vereiste vervuld is, wordt vervolgens nagegaan, indien blijkt dat het eerste vermelde vereiste (restrictieve mededingingspraktijk voorwerp van onderzoek, waarvan de schorsing kan worden bevolen) vervuld is.

## VII. Wat betreft het begrip restrictieve mededingingspraktijken, voorwerp van onderzoek (in verband met voorlopige maatregelen)

38. Voorlopige maatregelen kunnen worden bevolen op grond van de vaststelling van een zogenaamde prima facie inbreuk, in dit geval op het verbod van misbruik van machtspositie. 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 bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging tegen Beslissing nr. 2008-V/M-12-AUD van 26 maart 2008, randnummer 82; Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010, Zaak MEDE-V/M-09/0020: Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV, randnummer 112).

39. Bij de behandeling van het verzoek om voorlopige maatregelen moet de vraag worden gesteld 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 Armajaro worden aangevoerd, en door de auditeur voor het onderzoek in het raam van de voorlopige maatregelen in aanmerking worden 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. Het bewijs dat PRE zich effectief schuldig heeft gemaakt aan de aangevoerde vorm van misbruik van machtspositie, hoeft niet te worden geleverd om voorlopige maatregelen te kunnen bevelen (zie in dezelfde zin: Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010, voormeld, randnummer 114).

## PUBLIEKE VERSIE

40. Bij arrest van 19 oktober 2011, uitgesproken in beroep tegen Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010 (voormeld, in randnummer 39) heeft het Hof van beroep te Brussel de notie van een prima facie inbreuk, zoals omschreven door de voorzitter van de Raad in de beslissingen vermeld in randnummer 38, en weergegeven in randnummers 38 en 39, aldus geïnterpreteerd dat er een reële mogelijkheid moet bestaan dat de klacht ten gronde gegrond bevonden wordt (zie: Brussel, 19 oktober 2011, AR nr. 2010/MR/1, in de zaak van de vennootschap naar Engels recht De Beers UK Ltd. en Diamdel NV, in aanwezigheid van Diamanthandel A. Spira BVBA, randnummers 30, 60, 61, 66).

In dezelfde zin overweegt het Hof, in randnummers 60 en 61 van hetzelfde arrest, met verwijzing naar rechtsleer, het volgende. Het bestaan van een prima facie inbreuk is een “gegrondheidsvereiste” die niet uitdrukkelijk bij wet is voorzien, maar die wel “een impliciete voorwaarde” is om voorlopige maatregelen te kunnen verantwoorden.

“Het zou immers niet verenigbaar zijn met het bewarend karakter van voorlopige maatregelen indien voorafgaand de vaststelling van een inbreuk na diepgaand onderzoek ten gronde vereist zou zijn. Anderzijds is het niet met de vrijheid van ondernemen bestaanbaar en zou het tot misbruik van de procedure aanleiding kunnen geven dat een praktijk door de (v)orzitter zou kunnen verboden worden zonder de reële mogelijkheid dat de hem voorgelegde en weerhouden feiten na grondig onderzoek als inbreuk worden gekwalificeerd. De vereiste van het ogenschijnlijk bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is daarom een gegrondheidsvoorwaarde (...) om die praktijk te kunnen schorsen.

(...) De toetsingsstandaard van een prima facie inbreuk betekent alleszins dat er meer dan een theoretische, d.w.z. een reële mogelijkheid moet bestaan om de aangevoerde feiten, deze op het eerste gezicht als geloofwaardig overkomen, als een inbreuk (misbruik van machtspositie) te kwalificeren zonder dat daartoe eerst een grondig onderzoek dient te gebeuren.”

41. In het beroep dat tot het arrest van het Hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011 heeft geleid, hadden appellanten de aangevochten beslissing van de voorzitter van de Raad verweten niet als definitie van prima facie inbreuk (dit is: prima facie onwettelijkheid) in aanmerking te nemen dat er een ernstige twijfel dient te bestaan omtrent de wettelijkheid van de aan de verweerder in voorlopige maatregelen verweten gedraging. Volgens appellanten betekent ernstige twijfel dat er voldoende ernstige aanwijzingen moeten zijn dat een onderzoek ten gronde kan leiden tot de vaststelling van een inbreuk (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummers 32, 63).

Het Hof van beroep overweegt dat de prima facie inbreukvereiste de voorzitter niet verplicht om in zijn beslissing te motiveren waarom er ernstige twijfels bestaan omtrent de wettelijkheid van het onderzochte gedrag, en verwerpt aldus expliciet de uitlegging van de notie van prima facie inbreuk die appellanten hadden aangevoerd (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummers 66, 67).

Het Hof herhaalt dat het volstaat dat er een reële kans, dit is een meer dan theoretisch risico, op het vinden van een inbreuk bestaat (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummer 66). Dit was, aldus het Hof, in de beroepen Beslissing van 25 november 2010 noodzakelijk geïmpliceerd in de overweging, als besluit van het onderzoek naar de prima facie inbreuk, “dat het niet kennelijk onredelijk is 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” (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummer 66 van het arrest, met verwijzing naar randnummer 123 van de beslissing).

42. Wat betreft de rol van het dossier van het door en onder leiding van de auditeur gevoerde onderzoek en van het gemotiveerd verslag in de beoordeling en de beslissing door de voorzitter van de Raad geldt het volgende.

## PUBLIEKE VERSIE

In het bovenvermelde arrest van 19 oktober 2011 overweegt het Hof van beroep te Brussel: “In de structuur van artikel 62 WBEM is een eerste beoordeling van de ontvankelijkheid en gegrondheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen door de (a)uditeur steeds het uitgangspunt van de beoordeling door de (v)oorzitter. Het heeft bijgevolg een centrale plaats in deze beoordeling. Het is niet aan de (v)oorzitter om de prima facie analyse uitgevoerd door de (a)uditeur over te doen maar om te oordelen of diens gemotiveerd verslag, in het licht van andere relevante dossiergegevens en argumenten van partijen, voldoende geloofwaardige motieven bevat nodig om de gevraagde maatregel te bevelen” (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummer 65).

Het arrest verwijst in randnummer 65 naar “voldoende geloofwaardige motieven” – de term “geloofwaardig” wordt ook in randnummer 61 van het arrest gebruikt -, om vervolgens in randnummer 66, zoals hierboven in het vorige randnummer aangehaald, goed te keuren dat de voorzitter feitelijke gegevens in aanmerking neemt die naar zijn eigen zeggen “op het eerste gezicht geloofwaardig” zijn.

43. De beoordeling door de voorzitter mag uiteraard overeenstemmen met deze van de auditeur in het verslag. Hij mag zich de bevindingen van het verslag eigen maken, maar moet zich op grond van die bevindingen wel een eigen oordeel vormen over het bestaan van de prima facie inbreuk, rekening houdende met andere relevante dossiergegevens dan het verslag, en met het verweer. Hij dient evenwel niet expliciet te antwoorden op alle aangevoerde kritieken op de bevindingen van de auditeur (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummers 64, 65, 74).

Bij de inwilliging van een verzoek om voorlopige maatregelen volstaat het de feiten en rechtsoverwegingen uiteen te zetten die van doorslaggevend belang zijn om de beslissing te verantwoorden. Deze feiten en rechtsoverwegingen moeten wel van dien aard zijn dat zij expliciet of impliciet antwoorden op de als verweer aangevoerde gegevens (Brussel, 19 oktober 2011, voormeld, randnummer 74).

44. In haar schriftelijke opmerkingen van 19 januari 2012 geeft Armajaro volgende lezing van randnummer 65 van het arrest van 19 oktober 2011, waarvan zij de overweging aanhaalt die ook hierboven in randnummer 43 is vermeld. Armajaro stelt:

- dat de voorzitter zich niet in de plaats moet stellen van de auditeur en de analyse uitgevoerd door de auditeur niet moet overdoen, maar
- dat zijn analyse er daarentegen moet in bestaan na te gaan of de door PRE aangehaalde argumenten de geloofwaardigheid van het door de auditeur gevoerde onderzoek en de eruit voortvloeiende conclusies onderuit halen.

Deze stelling gaat als volgt op. De voorzitter moet of mag zich inderdaad niet in de plaats stellen van de auditeur, hij moet of mag het onderzoek dat de auditeur en de instructeur van de Algemene Directie Mededinging hebben uitgevoerd niet overdoen, en hij moet de gevolgtrekkingen die de auditeur in zijn verslag uit het onderzoek afleidt als gegeven en uitgangspunt aannemen.

45. Tot zover over het begrip prima facie of ogenschijnlijk zelf. Om tot een prima facie inbreuk van het verbod op misbruik van machtspositie te kunnen besluiten, is vereist, krachtens artikel 102 VWEU en/of art. 3 WBEM, dat prima facie vastgesteld kan worden dat PRE een machtspositie op een relevante productmarkt en geografische markt bekleedt, en dat PRE van deze machtspositie misbruik maakt of heeft gemaakt. Deze voorwaarden worden onderzocht in hoofdstuk VIII hierna.

## VIII. Wat betreft het prima facie misbruik van machtspositie

### 8.1. Prima facie marktafbakening

#### VIII.1.1. Het verslag en de standpunten van Armajaro en PRE

46. In het verzoek om voorlopige maatregelen doet Armajaro gelden dat elke door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE een aparte relevante productmarkt en geografische markt vormt met het oog op de beoordeling van het misbruik van machtspositie door PRE.

Armajaro verwijst naar het feit dat er, aan de vraagzijde van de uitslagdiensten, geen substitutie mogelijk is tussen verschillende zelfs door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen. De koper van een lot door Liffe Gecertificeerde Robusta koffie heeft immers niet de keuze tussen verschillende door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen, maar moet ondergaan dat het lot opgeslagen is in, en dus in voorkomend geval uitgeslagen moet worden uit, een welbepaalde door Liffe Genomineerde Opslagplaats, hetgeen impliceert dat de uitbater van een welbepaalde door Liffe Genomineerde Opslagplaats het uitslagritme bepaalt.

47. In het verzoek om voorlopige maatregelen worden eveneens ruimere marktomschrijvingen besproken, zij het los van de beoordeling van het specifieke misbruik van machtspositie dat in het verzoek wordt aangeklaagd. Het gaat kennelijk om marktomschrijvingen in functie van de vraag welke door Liffe Gecertificeerde Opslagplaatsen voor Armajaro alternatieven zijn, afgezien van het feit dat Armajaro de opslagplaats niet kan kiezen, dat wil zeggen ervan uitgaand dat het gegeven dat Armajaro bij een aankoop gebonden is aan een bepaalde door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE, niet beslissend zou zijn voor de marktafbakening.

Zo zou de relevante markt volgens Armajaro in ieder geval beperkt zijn tot de markt voor de opslag (en dus ook de uitslag) van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie in Antwerpen. Immers, Robusta koffie en Arabica koffie zouden niet kunnen worden beschouwd als behorende tot eenzelfde relevante productmarkt, voornamelijk op grond van overwegingen die betrekking hebben op de verschillende kenmerken van de ene en de andere soort in verband met productie en commercialisering van de koffiebonen, en van het verschillend gebruik van de ene en de andere soort door de eindgebruiker.

Geografisch zou de ruimere markt voor de opslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie beperkt zijn tot de haven van Antwerpen, die de belangrijkste haven is voor opslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, met een aandeel uitgedrukt in volume van 68% van de wereldwijde voorraad. Met een aandeel van die grootteorde, dat historisch gegroeid is, zou de haven van Antwerpen nauwelijks concurrentiële druk ondergaan van andere havens met door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen. In ieder geval behoort de markt voor Armajaro beperkt te zijn tot de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam, aangezien alle andere havens waar door Liffe gecertificeerde Robusta koffie is opgeslagen op een te grote afstand liggen om tot het hinterland van de Antwerpse haven gerekend te kunnen worden.

48. Volgens het verslag van de auditeur kan de productmarkt, waarop de machtspositie moet worden beoordeeld, prima facie worden omschreven als de markt voor alle diensten die door door Liffe Genomineerde Opslagbedrijven worden verleend voor de uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie. Volgens hetzelfde verslag kan de geografische markt prima facie worden omschreven als de locatie zelf van een door Liffe Genomineerde Opslagplaats. Dit betekent dat elke door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE een aparte markt vormt. Het verslag verwijst naar het gebrek aan substitueerbaarheid aan de vraagzijde, hierboven vermeld in randnummer 46, en sluit zich aan bij hetgeen betreffende de marktafbakening door Armajaro in hoofdorde wordt gesteld.

## PUBLIEKE VERSIE

49. Voorafgaand aan de – met het oog op voorlopige maatregelen – bepaling van de relevante markt vermeld in het vorige randnummer, behandelt het verslag ook andere, aangrenzende en/of ruimere marktafbakeningen. In verband met de ruimere markten naar dewelke Armajaro verwijst (zie hierboven in randnummer 47), voegt het verslag het volgende toe bij hetgeen hierboven is weergegeven.

Het verslag sluit zich erbij aan, zoals door Armajaro gesteld, dat in Antwerpen ongeveer 68% van de wereldwijde hoeveelheden door Liffe gecertificeerde hoeveelheden Robusta koffie opgeslagen ligt. Het verslag spreekt in dit verband van een wereldwijde dominantie van de haven van Antwerpen met betrekking tot de opslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie. Het is aannemelijk dat een koper zijn aangekochte loten van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie in 17 op 25 gevallen zal aantreffen in de haven van Antwerpen.

Het verslag voegt er nog aan toe dat, zo de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam, die het hinterland van de haven van Antwerpen kunnen bedienen, in aanmerking worden genomen, Antwerpen instaat voor ongeveer 84%, en de twee anderen tezamen voor ongeveer 16%, van het volume van de voorraad door Liffe gecertificeerde Robusta koffie dat zich in deze drie havens tezamen bevindt.

50. PRE komt op tegen de prima facie marktafbakening met volgende overwegingen.

Eerst hekelt PRE de verschillende marktafbakeningen die het verslag overloopt. Gebrek aan eenduidigheid zou blijk geven van en leiden tot onduidelijkheid.

51. Vervolgens komt PRE tot haar eigen uitgangspunt, luidens welk, gelet op het feit dat het verzoek om voorlopige maatregelen de houding van PRE als oorzaak heeft, het litigieuze gedrag onderzocht moet worden op de markt waarop PRE actief is. PRE is van oordeel dat, wanneer dienstverlening in verband met opslag en uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie tot de relevante (product)markt behoort, er geen reden is, of ten minste door Armajaro of de auditeur wordt opgegeven, om dezelfde dienstverlening (opslag, uitslag en bijhorende) in verband met andere grondstoffen, zoals niet door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, Arabica koffie, niet op enige termijnmarkt verhandelde koffie, cacao, enz., van de relevante productmarkt uit te sluiten. Vanuit technisch oogpunt zou deze dienstverlening, tot en met uitslag, niet verschillend zijn voor een reeks gelijkaardige (agrarische) grondstoffen (verplaatsing van zogenaamde soft commodities in zakken, en bijhorende). PRE slaat alleszins in haar opslagplaatsen het geheel van voormelde soft commodities op en uit.

52. PRE bekritiseert ook het standpunt luidens hetwelk er aan de zijde van de vraag naar uitslagdiensten, dus bij de handelaars op Liffe (traders) zoals Armajaro, geen substitutiemogelijkheden zouden zijn.

Vooreerst verwijst PRE naar één van de opties voor de koper van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die bij aankoop is opgeslagen in een door Liffe Genomineerde Opslagplaats: de loten laten verschepen naar een andere opslaglocatie, al dan niet een andere door Liffe Genomineerde Opslagplaats (zie de derde optie hierboven vermeld in randnummer 21).

Vervolgens, nog als substitutiemogelijkheid, wijst PRE erop dat een trader als Armajaro de opslag in een door Liffe Genomineerde Opslagplaats kan vermijden door niet via Liffe aan te kopen, maar door zich rechtstreeks te bevoorraden in de producerende landen, op de commerciële markt, voor doorverkoop aan de koffiebranders.

In verband met laatstvermelde mogelijkheid benadrukt PRE dat de door Liffe verhandelde koffie niet meer dan ongeveer 5% van de wereldwijde verhandeling van Robusta koffie uitmaakt, en nog geen 2% van de wereldwijde verhandeling van koffie in het algemeen.

53. In verband met de geografische marktafbakening die in het verslag wordt voorgesteld, en in de veronderstelling dat de productmarkt toch deze voor uitslagdiensten voor door Liffe gecertificeerde

## PUBLIEKE VERSIE

Robusta koffie zou zijn, voert PRE aan dat er geen reden is om niet alle door Liffe gecertificeerde Opslagplaatsen in de markt te betrekken, op grond van de overweging dat met betrekking tot verhandeling van Robusta koffie op Liffe alle locaties gelijkwaardig en substitueerbaar zijn.

### VIII.1.2. Beslissing

54. De kritiek van PRE die inspeelt op de omweg die in het verslag gemaakt wordt langsheen ruimere of aangrenzende marktafbakeningen is ongegrond (zie randnummer 50, tweede alinea). De relevante markt die door de auditeur, in navolging van Armajaro, prima facie wordt aangehouden, is duidelijk afgebakend (zie hierboven in randnummer 49).

55. Wat betreft deze marktafbakening staan de benaderingswijzen van Armajaro en de auditeur diametraal tegenover deze van PRE.

Armajaro en de auditeur nemen als uitgangspunt dat Armajaro de ligging van de door Liffe Genomineerde Opslagplaats waarin de loten door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, die hij heeft aangekocht, opgeslagen zijn, op geen enkele wijze kan beïnvloeden.

Voor PRE moet dit - overigens onbetwiste - gegeven in een ruimer kader worden geplaatst. Wil Armajaro op Liffe kopen, dan moet zij die spelregel van Liffe alleen in eerste instantie ondergaan. Na afgifte van de warrant staat het Armajaro vrij de loten uit te slaan, en te laten inslaan in een andere opslagplaats. PRE spreekt van een "inherente" substitueerbaarheid. Maar overigens kan Armajaro er volgens PRE net zo goed voor kiezen om buiten Liffe om Robusta koffie aan te kopen. Wil Armajaro op de termijnhandel actief zijn, zoals op Liffe, dan kan zij er net zo goed voor kiezen te handelen in andere (agrarische) grondstoffen.

56. Om uitspraak te doen over dit verzoek om voorlopige maatregelen hoeft geen stelling ingenomen te worden over de marktafbakening vermeld in randnummer 54. Gelet op de positie die PRE inneemt op ruimer omschreven markten (zie hierna in randnummers 61 en volgende), kan immers het bestaan van een prima facie machtspositie aangenomen worden indien de markt ruimer wordt afgebakend dan in hoofddeorde wordt voorgesteld door Armajaro en door de auditeur.

57. Hoewel PRE stelt zich niet geroepen te voelen om zelf de relevante markt te definiëren, is de markt die uit haar verweer naar voren komt de wereldwijde markt voor uitslagdiensten van (agrarische) grondstoffen (soft commodities), of hoogstens de markt voor uitslagdiensten van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie uit door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen waar ook ter wereld gelegen.

Deze marktdefinitie lijkt prima facie te ruim.

Het is niet kennelijk onredelijk aan te nemen dat de relevante markt beperkt moet worden tot deze voor uitslagdiensten met betrekking tot door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, uit door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen gelegen in de haven van Antwerpen, eventueel in de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam.

Aan deze beperking ten aanzien van de ruimere marktafbakening die PRE voorstaat, zijn twee aspecten verbonden.

Ten eerste wordt de productmarkt beperkt tot uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie. Het lijkt inderdaad dat, vanuit het oogpunt van de substitueerbaarheid voor een afnemer van de uitslagdiensten zoals Armajaro, dat uitslag van andere (agrarische) grondstoffen (soft commodities) geen substituuut kan zijn voor uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie. Er anders over oordelen lijkt geen rekening te houden met de specifieke betekenis van Liffe. Liffe is een termijnmarkt, die toelaat

## PUBLIEKE VERSIE

om in tijden van productieoverschot voorraden aan te leggen, met de bedoeling prijsdaling te voorkomen, voorraden die dan kunnen aangesproken worden wanneer er een productietekort is, om te vermijden dat de prijs zou stijgen. Uitslag uit andere opslagplaatsen is dan ook geen substituut voor uitslag uit door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen, aangezien die andere opslagplaatsen de functie van Liffe niet kunnen waarmaken, inzonderheid wat de uitslag bij productietekort betreft.

Ten tweede wordt de geografische markt beperkt tot uitslag in de haven van Antwerpen, of bij uitbreiding, de havens van Antwerpen, Amsterdam en Rotterdam. Het aandeel van de haven van Antwerpen in de opslag van de wereldwijde productie van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie is volgens de geloofwaardige gegevens van de auditeur belangrijk genoeg om te oordelen dat van andere havens, met de mogelijke uitzondering van deze van Rotterdam en Amsterdam, geen noemenswaardige concurrentiële druk kan uitgaan.

58. De “inherente” substitueerbaarheid waarvan PRE gewag maakt, gaat alleszins niet op. De vraag is immers of te trage uitslag misbruik is. Het antwoord daarop kan niet zijn dat de afnemer van de uitslagdienst een uitweg heeft door gebruik te maken van de uitslagdienst, omdat het net deze is die bij hypothese te traag verloopt.

### 8.2. Prima facie machtspositie

#### VIII.2.1. Prima facie machtspositie op de meest eng omschreven markt

59. In zoverre de afbakening van de relevante markt in aanmerking wordt genomen die door Armajaro en de auditeur is aangehouden, en die wordt omschreven als een door Liffe Genomineerde Opslagplaats van PRE, heeft PRE op elk van deze markten een machtspositie.

60. PRE wil hieraan afbreuk doen door erop te wijzen dat het hoogstens om een tijdelijke relatieve economische afhankelijkheid gaat, die Armajaro dan nog geheel of gedeeltelijk kan ontlopen door te vermijden om een substantieel gedeelte van de Robusta koffie die zij onder zich houdt aan te kopen op Liffe.

Terecht noemt Armajaro dit een verkeerde voorstelling van zaken. De vraag of PRE een machtspositie heeft in de zin van artikel 3 WBEM en/of artikel 101 VWEU moet structureel worden benaderd. Het zijn alle afnemers op Liffe van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die moeten ondergaan dat PRE zich onafhankelijk van haar concurrenten kan gedragen, wat betreft de uitslag uit elk van haar door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen. Het gaat niet om een contractuele situatie, waarbij Armajaro en anderen zich vrijwillig verbinden tot opslag in een bepaalde opslagplaats.

#### VIII.2.2. Prima facie machtspositie op de ruimer omschreven markt

61. Wordt uitgegaan van de markt voor uitslagdiensten met betrekking tot door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, uit door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen gelegen in de haven van Antwerpen, eventueel in de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam, dan kan de prima facie machtspositie van PRE als volgt worden beoordeeld.

62. In het verzoek om voorlopige maatregelen verwijst Armajaro naar de hoeveelheid door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die zich per 31 oktober 2011 in opslagplaatsen van PRE bevindt: [...] % van de totale voorraad van de in de haven van Antwerpen opgeslagen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie; [...] %, indien de voorraden meegerekend worden die zijn opgeslagen bij Molenberg, dat tot dezelfde groep als PRE behoort; [...] %, indien de voorraden opgeslagen in de havens van Rotterdam en Amsterdam worden meegerekend. Wordt de periode vanaf november 2010 in ogenschouw genomen, dan

## PUBLIEKE VERSIE

zou het aandeel van PRE (inclusief Molenberg) meer dan [...]% van de voorraden opgeslagen in de havens van Antwerpen, Amsterdam en Rotterdam belopen.

Deze gegevens hebben betrekking op een markt die de relevante markt zoals omschreven hierboven in randnummer 57 zeer dicht benadert, in die zin dat hetgeen opgeslagen is, in aanmerking komt voor uitslag. Armajaro baseert op deze gegevens een vermoeden van machtspositie op de relevante markt.

Dit vermoeden van machtspositie wordt volgens Armajaro versterkt door volgende factoren, die doorgaans ook in aanmerking genomen worden bij de beoordeling van een machtspositie:

- De overige opslagondernemingen, een zestal in een, afgezien van de positie van PRE/Molenberg, gefragmenteerde markt, houden vermoedelijk elk voorraden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie onder zich die telkens slechts een beperkt aandeel van de markt vertegenwoordigen, terwijl het totaal van de aandelen van deze overige opslagondernemingen globaal [...] van het aandeel van PRE/Molenberg vertegenwoordigen.
- Toetreding tot de markt voor uitslagdiensten door echte nieuwkomers wordt belemmerd, alleszins vertraagd, door de voorwaarde van door Liffe genomineerd te worden als opslagplaats. Liffe stelt immers als vereiste dat een onderneming ervaring heeft (ten minste 1 jaar wat betreft opslag van koffie en/of cacao).
- De klanten van PRE hebben geen afnemersmacht, aangezien zij de door Liffe Genomineerde Opslagplaats niet kunnen kiezen.

63. De in het vorige randnummer vermelde gegevens worden bevestigd in de prima facie analyse van de auditeur vermeld in zijn verslag.

In verband met de toetredingsbelemmering voegt de auditeur er nog aan toe dat er in de havens geen ruimte meer is om nieuwe opslagplaatsen te bouwen, en dat de reconversie van bestaande terreinen tijdrovend en kostelijk (noodzaak van sanering) is.

64. PRE betwist haar prima facie machtspositie op grond van de volgende overwegingen.

Vooreerst vermeldt PRE cijfers waaruit blijkt dat haar aandeel in de totale voorraad van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie tussen september 2010 en december 2011 gemiddeld [...]% bedroeg, met schommelingen van maand tot maand tussen [...]% (in [...]) en [...]% (in [...]), en met bijvoorbeeld een [...] van [...]% naar [...]% tussen [...] en [...] 2011, terwijl de totale voorraden tussen [...] en [...] 2011 bijna [...] zijn in gewicht. Voor PRE liggen deze percentages beneden de drempel voor een vermoeden van machtspositie.

De gegevens die het vermoeden van een machtspositie zouden versterken, poogt PRE op de volgende manier te weerleggen.

I.v.m. de marktpositie van PRE en haar concurrenten:

- De concurrentie is niet gefragmenteerd. Eén concurrent heeft naar schatting een even grote opgeslagen voorraad door Liffe gecertificeerde Robusta koffie als PRE. Verschillende anderen hebben door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen in diverse havens.
- De opslagcapaciteit van PRE is door Armajaro fel overschat. Bovendien is zij geen maat voor enig aandeel van PRE in opslagruimte voor door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, aangezien PRE niet alleen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie maar ook andere grondstoffen opslaat, in verhoudingen die wisselen volgens het commercieel inzicht van PRE.

I.v.m. de mogelijkheden van toetreding tot de markt voor uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie:



## PUBLIEKE VERSIE

- Er zijn de laatste jaren talrijke nieuwe opslaghuizen door Liffe genomineerd, niet alleen in de haven van Antwerpen maar ook in andere havens.
- Het is voor bestaande door Liffe genomineerde opslagbedrijven zonder meer mogelijk om de opslagruimte, die dan meteen door Liffe genomineerd is, uit te breiden, bijv. door nieuwe opslagruimte te huren. Oprichting of inrichting van nieuwe opslagruimte, zo de mogelijkheid daartoe in de haven beperkt zou zijn, is niet nodig.

Als gegeven dat ingaat tegen het beweerde vermoeden van machtspositie voert PRE bovendien aan dat haar huurtarieven voor opslag niet hoger zouden zijn dan deze van andere opslagondernemingen.

65. Prima facie wijzen de gegevens die de auditeur vermeldt in zijn verslag op het bestaan van een machtspositie van PRE op de markt voor uitslagdiensten met betrekking tot door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, uit door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen gelegen in de haven van Antwerpen, eventueel in de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam.

66. Het verweer van PRE kan niet worden aangenomen.

De aandelen in de voorraad door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die door PRE worden vermeld, zijn kennelijk aandelen in de voorraad door Liffe gecertificeerde Robustakoffie die wereldwijd opgeslagen ligt, en dus niet in de voorraad die is opgeslagen in de haven van Antwerpen, of de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam. PRE beschrijft met andere woorden niet haar positie op de prima facie relevante markt (in de ruimere zin, zoals bedoeld in randnummer 57), maar op een ruimer omschreven markt.

Ook voor de beschrijving van de positie van haar concurrenten gaat PRE uit van een wereldwijde markt voor uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, zodat de gegevens van het verslag met betrekking tot de positie van haar concurrenten in de haven van Antwerpen, of de havens van Antwerpen, Rotterdam en Amsterdam, er niet door weerlegd worden.

Voorts lijken de expansiemogelijkheden van de concurrenten van PRE eerder theoretisch, ten minste in de periode waarin Armajaro PRE misbruik verwijt, en niet van dien aard dat zij binnen afzienbare tijd de dominantie van PRE in het gedrang zouden kunnen brengen.

Wat, ten slotte, PRE's huurtarieven betreft, berust de bewering van PRE niet op verifieerbare recente gegevens, en blijkt uit door Armajaro tijdens het onderzoek verstrekte gegevens integendeel dat de huurtarieven die PRE aanreket, uitgedrukt in euro per ton per maand, gemiddeld [...] liggen dan deze van haar concurrenten.

### 8.3. Prima facie misbruik van machtspositie

#### VIII.3.1. Het standpunt van Armajaro en het verslag

67. Armajaro doet gelden dat het tempo waaraan PRE door Liffe gecertificeerde Robusta koffie uitslaat kunstmatig laag gehouden wordt, en onredelijk laag is. Het verslag van de auditeur volgt Armajaro hierin.

Armajaro ziet in dat gedrag van PRE een toepassingsgeval van één of twee klassieke gevallen van misbruik van machtspositie, namelijk het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden en bijkomend ook het beperken van productie en afzet (artikel 3, tweede lid, 1° WBEM en artikel 3, tweede lid, a) VWEU, respectievelijk artikel 3, tweede lid, 2° WBEM en artikel 3, tweede lid, b) VWEU).

Volgens Armajaro en het verslag richt PRE zich op een uitslaglimiet van 200 ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per werkdag, en wordt dit maximum in de praktijk vermoedelijk zelfs niet

## PUBLIEKE VERSIE

gehaald. Een uitslagritme van 800 ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per werkdag zou redelijk zijn, al is het verslag over dat laatste getal minder expliciet dan Armajaro zelf.

68. Hierna volgt een samenvatting van de motieven van Armajaro en het verslag die ten grondslag liggen aan de grief.

De omstandigheid dat PRE zich richt op een uitslaglimiet van ongeveer 200 ton per werkdag, en dat dit ritme kunstmatig laag wordt gehouden en onredelijk laag is, zou uit de volgende gegevens blijken.

69. Uit een brief van de European Coffee Federation (ECF) aan Liffe blijkt het volgende:

- ECF is erover bezorgd dat opslagondernemingen een redelijk uitslagtempo zouden aanhouden, en heeft deze aangelegenheid besproken met de European Warehousekeepers Federation (EWF);
- de European Warehousekeepers Federation (EWF) heeft gewag gemaakt van een richtlijn voor haar leden van een uitslag van 200 ton per werkdag, maar ECF zou in die richtlijn geen voorspelbaarheid hebben kunnen vinden, omwille van bepaalde voorwaarden die eraan verbonden zouden zijn en van het feit dat die hoeveelheid ook zou gelden voor cacao en voor alle klanten;
- ECF ziet niet in waarom het uitslagritme tot 200 ton per dag beperkt zou moeten blijven. In de haven van Antwerpen, waar het grootste gedeelte van Liffe voorraden opgeslagen is, zijn er tien door Liffe gecertificeerde opslagondernemingen. De veronderstelling is dat de haven een pool van arbeiders heeft die 2000 ton per dag kunnen verwerken. In die omstandigheden valt moeilijk in te zien dat, indien slechts één opslagonderneming op de diensten van de pool een beroep moet doen op een bepaalde dag, het volume nog steeds tot 200 ton per werkdag beperkt moet blijven. ECF stipt evenwel aan dat de meeste opslagbedrijven niet meer personeel hebben dan nodig is voor hun dagelijkse werkzaamheden, zodat het voorstel van EWF hierop gebaseerd lijkt te zijn dat zij geen beroep doen op de pool, hetgeen in strijd is met de bedoeling van zulke pool;
- Eenzelfde uitslagritme voor alle opslagondernemingen is geen werkbare oplossing in een markt;
- ECF ziet zelf als mogelijke oplossingen:

Het verplaatsen van goederen naar opslagondernemingen verbieden indien deze laatste als gevolg van de verplaatsing een buitensporig grote hoeveelheid goederen onder zich zou houden. Nadeel is dat traders in bepaalde gevallen nog wel goederen naar zulke opslagondernemingen willen verplaatsen om aldus te ontkomen aan hoge huurgelden elders. Een strikte en snel toepasbare regel lijkt aldus niet denkbaar;

De uit te slagen hoeveelheden verbinden aan de opgeslagen hoeveelheden en/of de capaciteit van de opslagondernemingen. Uitslag moet zo snel mogelijk kunnen gebeuren waar er een reële behoefte gedekt moet worden. Voor verplaatsingen van gecertificeerde koffie tussen opslagondernemingen onderling zou het aangewezen zijn om eenzelfde uitslagritme op te leggen aan alle ondernemingen, aangezien de meeste geïnvesteerd hebben om de voorraad te kunnen aantrekken.

70. In een brief aan Liffe bevestigt EWF dat, in de regel, opslagondernemingen in alle havens een uitslagritme van ongeveer 200 ton per werkdag voor koffie in zakken en voor cacao lijken te hanteren, niet als minimum of maximum, maar als gemiddelde.

71. Vervolgens schrijft Liffe zelf aan EWF dat, indien de bekommernissen met betrekking tot het uitslagritme blijven bestaan, Liffe eenzijdig maatregelen zal moeten treffen om de flessenhals die bij het uitslaan van Robusta koffie gepercipieerd wordt te verminderen, door een minimale uitslagverplichting op te leggen, en dit ten einde de schade die het gevolg is van het te trage uitslaan ongedaan te maken.

72. In correspondentie met Armajaro in verband met het eerste hierna te vermelden geval van aankoop door Armajaro van loten door Liffe gecertificeerde Robusta koffie heeft de vertegenwoordiger van PRE

## PUBLIEKE VERSIE

[...] (zie hierna in randnummer 77). Uit formulering en woordgebruik kan afgeleid worden dat PRE zich aansluit bij de norm in de sector.

73. Eén van PRE's belangrijkste concurrenten heeft aan ECF laten weten dat alle opslagondernemingen werken tegen een uitslagritme van ongeveer 200 ton per werkdag, en dat dit ritme is bepaald in functie van de mogelijkheden van zelfs de kleinste opslagonderneming, omdat het niet billijk zou zijn de grotere opslagonderneming met een zwaardere uitslagverplichting te belasten dan de kleinere. Hieruit leidt Armajaro af dat financiële overwegingen, met name het verlies aan huuropbrengsten, de doorslag geven, terwijl de grote opslagondernemingen een veel groter uitslagtempo aan te bieden moeten kunnen hebben.

74. Indien de hoeveelheid van 200 ton per werkdag effectief een gemiddelde is, dat door EWF zonder meer geconstateerd wordt, zou men verwachten dat de effectief uitgeslagen hoeveelheden per opslagonderneming of opslagplaats hoger of lager liggen, en zouden met name de grotere ondernemingen (in termen van opslagcapaciteit) meer dan het gemiddelde uitslaan. Daaruit volgt dat PRE het uitslagritme kunstmatig laag houdt. In werkelijkheid haalt PRE het beweerde gemiddelde van 200 ton per werkdag niet eens.

75. Er zijn klachten met betrekking tot het uitslagtempo bekend, niet alleen vanwege Liffe, maar ook vanwege de koffiebranders die problemen ondervinden om vanuit Liffe snel bevoorrad te worden, zo daartoe reden is, met name wanneer andere bronnen ontoereikend zijn.

76. In het verzoek om voorlopige maatregelen en in het verslag worden het beweerde onredelijk lage uitslagtempo dat door PRE zou worden gehanteerd, en de gevolgen ervan, geïllustreerd met verwijzing naar volgende gebeurtenissen.

77. Het eerste geval is de aankoop door Armajaro, in november 2010, van [...] ton ([...] loten) door Liffe gecertificeerde Robusta koffie. [...] ton ([...] loten) lag opgeslagen in de haven van Antwerpen. Ongeveer [...] ton ([...] loten) daarvan lag opgeslagen in door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen die door PRE uitgebaat werden.

Op 2 november 2010 heeft Armajaro PRE verzocht om onmiddellijk [...] ton ([...] loten) uit te slaan in de maand november, zodat zij deze lading kon laten verschepen naar andere, goedkopere, door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen. PRE is op dat verzoek echter niet ingegaan. PRE meldde dat zij die eerste [...] ton pas tegen augustus 2011 zou kunnen uitslaan. PRE stelde in december 2010 niet meer dan 200 ton (20 loten) per dag te kunnen uitslaan. In de periode van november 2010 tot 14 februari 2011 zou slechts [...] ton ([...] loten) uitgeslagen zijn, dit is nog minder dan 200 ton per dag.

Armajaro heeft PRE in gebreke gesteld, doch zonder succes. Omdat het uitslagtempo van PRE ontoereikend was, diende Armajaro in maart 2011 en in mei 2011 grote gedeelten van de loten opnieuw te verkopen via Liffe (de tweede mogelijkheid hierboven vermeld in randnummer 21).

78. Het tweede geval is de aankoop door Armajaro, in september 2011, van een grote partij Liffe gecertificeerde Robusta Koffie, waarvan [...] ton opgeslagen was in door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen van PRE. In de tweede helft van september 2011 verzocht Armajaro PRE om hoeveelheden uit te slaan ten einde een tiental leveringen aan klanten te kunnen uitvoeren, met vermelding van welbepaalde volumes, concrete leveringsperiode, en wijze van levering. PRE meldde op 4 oktober 2011 dat zij vanaf week 45 (7 november 2011) tot het einde van het jaar slechts 15 containers of ongeveer 300 ton per week zou kunnen uitslaan, en, indien absoluut noodzakelijk, in week 44 3 containers of 60 ton zou kunnen uitslaan. Armajaro heeft er de aandacht van PRE op gevestigd dat het, tegen dit uitslagtempo van 300 ton per week, [...] jaar zou duren vooraleer de volledige [...] ton uitgeslagen zou zijn.

Per 1 november 2011 heeft Armajaro grote hoeveelheden koffie opnieuw moeten verkopen op Liffe.

### VIII.3.2. Het verweer van PRE en de beoordeling door de voorzitter van de Raad

79. Zoals aangestipt betwist PRE een uitslagtempo van 200 ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per dag te hanteren, en betwist zij eveneens dat haar uitslagtempo kunstmatig laag gehouden wordt en dat het onredelijk laag is (zie hierboven in randnummer 23).

80. In het algemeen doet PRE gelden dat zij altijd afroepen van klanten tot uitslag van agrarische grondstoffen uitvoert in de mate van het mogelijke, waarbij als belangrijkste mogelijke beperkingen gelden:

- dat vaak verschillende klanten tegelijk bediend moeten worden, ten minste dat het kan gebeuren dat de uitslag die aan een klant was toegezegd vooraleer een andere klant een afroep deed, nog niet geheel was uitgevoerd,
- dat er slechts een beperkte beschikbaarheid is van gespecialiseerde havenarbeiders, en
- dat er slechts een beperkte beschikbaarheid is van de nodige voertuigen.

Voorts wijst PRE erop dat Armajaro vaak afroepen doet die op uitslag van substantiële hoeveelheden betrekking heeft, hetgeen, in vergelijking met andere traders, weinig voorkomt. In dat verband verwijst PRE naar de activiteiten van Armajaro op Liffe, die speculatief zouden zijn, en niet, of niet in de eerste plaats, gericht op het leveren aan koffiebranders, zodat de behoefte tot uitslaan minder dringend zou zijn.

Op de gegrondheid van dit verweer wordt verder ingegaan.

81. Zoals boven aangestipt illustreert Armajaro het verwijt dat zij als grondslag van haar verzoek om voorlopige maatregelen aanvoert met twee gevallen (zie hierboven in randnummers 76 t.e.m. 78).

82. Met betrekking tot het eerste geval worden de feiten, zoals gezien door Armajaro, summier uiteengezet hierboven in randnummer 77.

PRE geeft als volgt haar visie op de feiten van het eerste geval.

Op 4 november 2010 ontving PRE dus een afroep van Armajaro om [...] ton door Liffe gecertificeerde Robusta koffie te verplaatsen, en wel naar door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen van Pacorini, gelegen enkele kilometers verderop in de haven van Antwerpen.

PRE noemt de uitvoering van die afroep onuitvoerbaar, om volgende redenen:

- Zulke verplaatsing, dit is met behoud van de verplaatste Robusta koffie in het statuut van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, is volgens Liffe regels niet mogelijk in de oneven maanden, dus niet in bijv. november, de elfde maand, zelf.
- Er is slechts een beperkte beschikbaarheid van vervoermiddelen en gespecialiseerde havenarbeiders.
- De afroep was uitzonderlijk groot. PRE diende (ook) eerdere aanvragen uit te voeren, en haar planning voor de komende maand lag vast.

In december 2010 heeft PRE, in naar verluidt bar slechte weersomstandigheden, [...] ton uitgeslagen voor rekening van Armajaro, op een totale uitgeslagen voorraad van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie van [...] ton voor alle opdrachtgevers die op Liffe Robusta koffie hadden aangekocht die bij PRE lag opgeslagen, of meer dan [...] %.

Tijdens de oneven maand januari 2011 konden door Armajaro gevraagde uitleveringen (dus uitslag zonder het behoud van het statuut van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie) verricht worden, tot beloop van [...] ton, of [...] % van de totaal door PRE in die maand uitgeslagen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die [...] ton bedroeg.

## PUBLIEKE VERSIE

In februari 2011 heeft PRE [...] ton uitgeslagen voor rekening van Armajaro, op een totaal aan uitgeslagen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie van [...] ton, of meer dan [...] %.

In de oneven maand maart 2011 konden door Armajaro gevraagde uitleveringen verricht worden tot beloop van [...] ton, of iets minder dan de helft van het totaal.

In april 2011 heeft PRE [...] ton uitgeslagen voor rekening van Armajaro, op een totaal van [...] ton, of [...] % van het totaal.

PRE besluit dat zij Armajaro niet achtergesteld heeft ten aanzien van andere afnemers van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie.

83. Het verweer van PRE houdt echter geen weerlegging in van de feiten die aan het verwijt van Armajaro ten grondslag liggen, en waaruit een kunstmatige beperking van het uitslagtempo tot een onredelijk laag ritme moet blijken, maar lijkt, integendeel, impliciet de bevestiging van dit verwijt in te houden.

De afroep tot uitslag van [...] ton is in twee maanden voor een substantieel gedeelte uitgevoerd, vooraleer Armajaro het restant heeft verkocht via Liffe (dus zonder verplaatsing), met name in december 2010 tot beloop van [...] ton en in februari 2011 tot beloop van [...] ton. In die maanden bedraagt de gemiddelde uitslag per werkdag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie ([...] : 22 werkdagen =) [...] ton per werkdag in december 2010 en ([...] : 20 =) [...] ton per werkdag in februari 2011. Deze gemiddelden zijn niet heel veel hoger dan de gewraakte 200 ton per werkdag.

Daarnaast gebruikt PRE als argument dat de uitslag in opdracht van Armajaro in die maanden december en februari telkens [...] % van de totale door PRE verrichte uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie bedroeg. In dat verband spreekt PRE van [...] % van haar “uitslagcapaciteit”. Maar die wijze van voorstellen veronderstelt dat PRE geen grotere hoeveelheden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie kon of kan uitslaan. Dat is echter juist de vraag. In wezen geven de opgegeven hoeveelheden geen “capaciteit” tot uitslag weer (of maakt PRE dit alleszins niet aannemelijk), maar effectieve uitgeslagen hoeveelheden. Daarmee is echter helemaal niet gezegd dat de capaciteit tot die hoeveelheden beperkt was, terwijl het verwijt luidt dat de capaciteit kunstmatig beperkt wordt.

Aldus blijkt dat het verweer van PRE met betrekking tot de aankoop door Armajaro in november 2010 niet van die aard is dat het verwijt dat de uitslag kunstmatig laag werd gehouden en onredelijk laag was, ontzenuwd wordt.

84. Met betrekking tot het tweede geval worden de feiten, zoals gezien door Armajaro, summier uiteengezet hierboven in randnummer 78.

PRE geeft volgende visie op de feiten van het tweede geval.

85. In september 2011, vooraleer een afroep te krijgen van Armajaro, krijgt PRE meerdere laadorders van andere markspelers, meer bepaald van 5 tot 23 september 2011 voor respectievelijk volgende tonnages: [...],[...],[...], [...],[...]. Volgt de afroep van Armajaro op 28 september 2011, voor [...] ton.

Deze uitzonderlijke concentratie van afroepen wordt verklaard door een uitzonderlijke toestand op de koffiemarkt:

- Het aanbod van de producenten is laag, hetgeen leidt tot lage prijzen op de beurs en hoge verkoopprijzen aan de koffiebranders;
- Aangezien koffie die meer dan drie jaar oud is volgens Liffe regels aan waarde verliest, worden oude voorraden snel afgebouwd;

## PUBLIEKE VERSIE

- Traders weten dat zij de beschikbare koffie grotendeels in handen hebben, en hebben er belang bij om het tekort nog te vergroten en zo de prijs van hun voorraden op te drijven. Andermaal verwijst PRE naar de speculatieve motieven van Armajaro.

De afroep van Armajaro komt als laatste binnen. PRE meldt de afroep slechts te kunnen uitvoeren volgens haar logistieke mogelijkheden, rekening houdende met de eerdere afroepen van andere klanten. PRE doet gelden dat zij de volledige afroep van [...] ton heeft uitgevoerd, zij het niet binnen de tijdspanne zoals door Armajaro gewenst.

In november 2011 is er opnieuw een uitzonderlijke samenloop van afroepen, waarvan er één leidt tot een vordering in kort geding voor de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen, die ertoe strekt PRE tot een uitslag van een bepaalde omvang te veroordelen.

Na 28 september 2011 heeft Armajaro PRE nog gevraagd om circa [...] ton extra uit te slaan, hetgeen PRE gedaan heeft op met Armajaro afgesproken tijdstippen.

86. Naast het verweer vermeld in het vorige randnummer, dat hierop neerkomt dat PRE de afroepen van Armajaro zou hebben uitgevoerd in de mate van haar mogelijkheden, doet PRE nog het volgende gelden.

Hoewel, in tegenstelling tot de aankoop van november 2010 (het eerste voormelde geval), Armajaro ditmaal verzoeken om uitladen aan koffiebranders heeft gedaan, of ten minste verzoeken om uitladen die tot gevolg hadden dat de door Liffe gecertificeerde Robusta koffie dat statuut verloor ingevolge verplaatsing uit de door Liffe Gecertificeerde Opslagplaatsen van PRE, is er geen spoor van door Armajaro misgelopen contracten met koffiebranders. Dit is een aanwijzing dat de uitslag niet te traag is verlopen.

Daarnaast merkt PRE op dat de voorraad door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die Armajaro bij PRE aanhield ([...] ton in september 2011), slechts een gedeelte was van de totale voorraad door Liffe gecertificeerde Robustakoffie die PRE op dat ogenblik onder zich hield, en die [...] ton bedroeg. PRE vraagt zich af wat er gebeurd is met de rest van de voorraad, met name of Armajaro die misschien sneller heeft kunnen uitslaan, en zoniet (bijvoorbeeld in geval Armajaro de niet bij PRE opgeslagen voorraden opnieuw op Liffe heeft verkocht, ten minste grotendeels), waarom Armajaro alleen PRE in het vizier neemt.

87. Het verweer van PRE met betrekking tot dit tweede geval, de aankoop in september 2011, kan, net zoals voor het eerste geval, andermaal niet overtuigen.

Het uitslagritme als uitvoering van afroepen van Armajaro wordt op zichzelf niet betwist.

Weliswaar diende PRE meerdere, in omvang belangrijke, oproepen te voldoen. In dat verband valt het volgende op.

De uitslag door PRE van door Liffe Gecertificeerde Robusta koffie neemt merkbaar neemt vanaf de maand oktober 2011. Volgens de eigen cijfers van PRE heeft zij volgende hoeveelheden (in ton) uitgeslagen, gevolgd door het cijfer van de gemiddelde uitslag per dag (in ton):

In september 2011:	[...] ton	[...] ton, dit ter vergelijking met de volgende maanden,
In oktober 2011:	[...] ton	[...] ton
In november 2011:	[...]ton	[...] ton
In december 2011:	[...] ton	[...] ton

Deze cijfers liggen hoger dan de meeste uitslagcijfers in de vorige drie jaar. PRE heeft haar uitslagritme kennelijk opgedreven. Hiervoor zijn twee verklaringen denkbaar, die elkaar niet uitsluiten. Ten eerste diende het hoofd te worden geboden aan afroepen van meerdere klanten. Ten tweede was, vanaf

## PUBLIEKE VERSIE

november 2011, een onderzoek opgestart door het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging, en was een kort geding voor de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen hangende, waarvan druk kon uitgaan op PRE. Hoe dan ook bewijst de versnelling van het uitslagtempo dat PRE een hoger uitslagritme aankan dan een gemiddelde van 200 ton per werkdag, en dan het gemiddelde dat zij volgens haar eigen cijfers voor oktober 2011 aanhield.

88. Armajaro en de auditeur voeren gegevens aan, waarvan de belangrijkste hierboven zijn weergegeven, waaruit op geloofwaardige wijze blijkt dat het uitslagritme van PRE onredelijk laag is, en op kunstmatige wijze laag wordt gehouden. Het verweer van PRE op dit punt is niet van dien aard om te weerleggen dat uit de aangevoerde gegevens prima facie misbruik van machtspositie afgeleid kan worden.

Dit geldt niet alleen in verband met het verweer van PRE tegen de twee gevallen van aankoop door Armajaro (in november 2010 en in september 2011), dat hierboven is weerlegd, steeds in het raam van de prima facie beoordeling, maar ook voor de meer algemene middelen die PRE aanvoert (zie hiervoren in randnummer 80).

Zo wordt niet aannemelijk gemaakt dat er in de haven van Antwerpen niet meer gespecialiseerde arbeiders zouden zijn dan deze die PRE tot dusver heeft kunnen inzetten, en dat er onvoldoende transportmateriaal zou zijn om meer uit te slaan dan PRE gedaan heeft.

89. Het verweer van PRE, afgeleid uit het feit dat Armajaro actief is op Liffe, kan evenmin aangenomen worden. Het is niet omdat de uitslag waar Armajaro om vraagt niet noodzakelijk, of zelfs niet voornamelijk, strekt tot levering aan koffiebranders, dat het gedrag van PRE niet misbruikmakend zou zijn. PRE in haar redenering volgen, zou betekenen dat het verplaatsen van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie naar andere door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen dan deze waar de loten in opgeslagen waren op het ogenblik dat Armajaro de loten kocht, niet mogelijk is of hoeft te zijn.

Overigens blijkt niet dat het gedrag van Armajaro in enig opzicht lakenswaardig, laat staan onrechtmatig zou zijn, al zou het Armajaro's voornaamste bedoeling zijn om winst te maken in de termijnhandel van onder meer Robusta koffie (zie ook hieronder in randnummer 105).

90. Op het verweer van PRE dat Armajaro niet tekortgedaan is in vergelijking met de andere opdrachtgevers van PRE (traders zoals Armajaro of anderen) met betrekking tot uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, moet worden geantwoord dat Armajaro geen discriminatoire behandeling inroept. Haar verwijt luidt met andere woorden niet dat alleen zij het slachtoffer is van de kunstmatig onredelijk laag gehouden uitslag. Integendeel, zij beoogt een hoger uitslagritme, op niet-discriminatoire basis, dus zonder voorkeursbehandeling voor haarzelf.

Het is niet zo dat Armajaro vereist dat PRE met al haar beschikbare middelen klaar zou staan om onmiddellijk te voldoen aan niet voorspelbare en zuiver speculatieve afroepen van traders.

91. Er kan tot het besluit gekomen worden dat PRE prima facie misbruik van machtspositie begaat door het uitslagritme van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie kunstmatig op een onredelijk laag peil te houden.

Het is niet nodig om uitspraak te doen over de vraag of PRE de uitslag daadwerkelijk beperkt wil houden tot 200 ton per werkdag. Het volstaat vast te stellen dat de gemiddelde uitslag per werkdag die grens niet zo vaak overschrijdt, terwijl die grens als een gemiddelde voor de sector blijkt te gelden. Boven is de grens van 200 ton per werkdag wel in aanmerking genomen als aanwijzing dat PRE in overweging neemt dat haar effectief uitslagritme die grens niet hoeft te overschrijden, al kan dat wel het geval zijn. Hoe dan ook staat voldoende vast dat PRE het uitslagritme bewust beperkt tot een onredelijk laag ritme.

## 8.2. Besluit wat betreft het prima facie misbruik van machtspositie

92. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat Armajaro terecht doet gelden, en de auditeur terecht van oordeel is, dat PRE zich prima facie schuldig maakt aan misbruik van machtspositie door het uitslagritme van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie kunstmatig te beperken tot een onredelijk laag peil.

## IX. Wat betreft de noodzaak dringend een toestand te vermijden die een gekwalificeerd nadeel kan veroorzaken aan ondernemingen of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang

93. De voorlopige maatregelen moeten van dien aard zijn dat zij beantwoorden aan de noodzaak om dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door de restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken, of aan de noodzaak om dringend een toestand te vermijden die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

94. Armajaro doet gelden dat zij volgend ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel lijdt.

Ernstig:

Armajaro is getroffen in een relevant onderdeel van haar handelsactiviteit, namelijk het leveren van Robusta koffie aan de fysieke markt, waarop koffiebranders afnemers zijn. Gelet op de omstandigheden die boven uitvoerig beschreven zijn, gaat het om een structureel probleem, hetgeen op zichzelf de ernst ervan onderstreept.

Armajaro heeft de schade becijferd die zij ingevolge het misbruik recent heeft geleden, en komt uit op een bedrag van meerdere honderdduizenden euro per maand als te veel betaalde huurgelden in de periode van november 2010 tot maart 2011 en in de periode van september tot oktober 2011 (te veel betaald, in vergelijking met de door andere opslagplaatsen aan Armajaro aangeboden huurtarieven), en een bedrag van meerdere honderdduizenden euro per maand als waardevermindering van de koffie in dezelfde perioden, hetzij in totaal een schade van meerdere miljoenen euro. Deze bedragen maken volgens Armajaro abstractie van andere schadeposten zoals reputatieschade en gederfde inkomsten door gedwongen verkopen via Liffe en gemiste verkoopsmogelijkheden aan koffiebranders.

Onmiddellijk:

De impact is reëel en imminent omdat gebleken is dat door Armajaro aangekochte door Liffe gecertificeerde Robusta koffie vaak opgeslagen is in door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen van PRE, en omdat het zich laat aanzien dat dit in de nabije toekomst eveneens het geval zal zijn.

Onherstelbaar:

Hoewel het gaat om in geld waardeerbare schade, is de reputatieschade die in de ogen van koffiebranders wordt geleden en zonder de gevorderde voorlopige maatregelen ook in de toekomst nog zal worden geleden, onherstelbaar.

Inkomstenderving door verlies van huidige en toekomstige contracten en reputatieschade vormen een onherstelbaar concurrentieel nadeel.

Bovendien vloeit onherstelbaar nadeel voort uit het enkele feit dat Armajaro geen beroep kan doen op een andere aanbieder van uitslagdiensten dan PRE, voor de loten door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die zich bij PRE bevinden. Het gaat om de ontstentenis van alternatieve bevoorradingsbronnen, die als bron van onherstelbaar nadeel erkend is in eerdere rechtspraak.

95. Armajaro doet gelden dat eveneens schade wordt toegebracht aan het algemeen economisch belang.



## PUBLIEKE VERSIE

De consumenten zijn er niet mee gebaat dat Armajaro en andere handelaars de fysieke markt, waarop koffiebranders afnemers zijn, niet kunnen beleveren met door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, op momenten waarop Liffe haar buffertaak te vervullen heeft, met name bij tekorten op de fysieke markt die zonder Liffe tot prijsstijgingen zouden leiden.

Bovendien ondervinden andere handelaars dan Armajaro dezelfde negatieve effecten van het kunstmatig onredelijk laag gehouden uitslagritme.

96. Het voorhanden zijn van deze toepassingsvoorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen wordt bevestigd door het verslag van de auditeur.

97. Met Armajaro en het verslag kan aangenomen worden dat Armajaro een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel lijdt, en dat het dringend is aan die toestand een einde te stellen, en, daarenboven, dat nadeel wordt toegebracht aan het algemeen economisch belang.

Bovendien dreigt deze toestand zich nog voor te doen vooraleer het onderzoek ten gronde afgerond kan worden, en er een beslissing over genomen kan worden. Ook het vereiste dat het nodig is een toestand te vermijden, die het bedoelde nadeel kan veroorzaken in de toekomst, is dus vervuld.

98. Armajaro leidt ernstig nadeel ingevolge het prima facie misbruik. Hoewel de begroting van de schade niet aan een kritisch onderzoek is onderworpen, moet aangenomen worden dat zij aanzienlijke schade lijdt, hetzij omdat zij koffiebranders niet of niet snel genoeg kan bedienen, hetzij omdat zij hogere huurtarieven moet betalen ingevolge de vertraging in de uitslag. Het valt niet in te zien dat Armajaro PRE opdracht zou geven de loten door Liffe gecertificeerde Robustakoffie te verplaatsen, indien de reden niet was dat de voorwaarden elders voordeliger zijn.

Terecht stelt Armajaro dat de schade zich tijdens het onderzoek van de klacht ten gronde nog kan voordoen.

99. Het bedoelde nadeel is per definitie onmiddellijk, nu het zich voordoet zodra en zolang PRE niet de uitslag kan verzorgen die als redelijk aangemerkt kan worden.

100. Het bedoelde nadeel is eveneens onherstelbaar, in die zin dat de onmogelijkheid om te doen uitslaan tegen een redelijk tempo Armajaro in een belangrijk deel van haar bedrijfsactiviteit raakt. Zoals aangegeven is de kans dat Armajaro door Liffe gecertificeerde Robusta koffie aankoopt die opgeslagen is in door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen van PRE, groot.

101. Schade aan het algemeen economisch belang staat eveneens vast, op grond van de overweging dat alle traders op Liffe de gevolgen van het uitslagtempo van PRE moeten ondergaan. Bovendien ondervinden koffiebranders, en uiteindelijk de consumenten van koffie, nadeel van het feit dat door Liffe gecertificeerde Robusta koffie in belangrijke mate de functie niet kan vervullen waarvoor Liffe wordt georganiseerd, namelijk om leveringen te kunnen verrichten in geval van schaarste die prijsverhoging teweegbrengt.

102. Het is dringend om voorlopige maatregelen op te leggen. Niet alleen hebben voormeld nadeel aan ondernemingen, respectievelijk schade aan het algemeen economisch belang, zich al voorgedaan, maar bovendien is herhaling op korte termijn mogelijk en zelfs waarschijnlijk.

PRE houdt immers voor dat er geen probleem van onredelijk laag uitslagritme of van kunstmatige beperking van het uitslagritme bestaat, of, ten minste dat hetgeen door Armajaro en de auditeur als problematisch wordt ervaren onvermijdelijk is.

PRE blijkt zelfs niet bereid te zijn om, in het raam van deze procedure van voorlopige maatregelen, transparantie te verstrekken over haar mogelijkheden tot uitslag. Zoals boven aangestipt in verband met de aankoop van november 2010 (het eerste geval, zie hierboven in randnummer 83) geeft PRE geen inlichtingen over haar werkelijke uitslagcapaciteit, door het voor te stellen alsof de totale hoeveelheid van

## PUBLIEKE VERSIE

daadwerkelijk uitgeslagen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, die per definitie verschilt van dag tot dag en van maand tot maand, meteen haar maximale capaciteit zou zijn.

De kans op herhaling van de prima facie onredelijke en kunstmatige beperking van het uitslagritme is dan ook meer dan reëel.

103. In het verweer van PRE met betrekking tot het gekwalificeerde nadeel voor één of meer ondernemingen wordt de rechtmatigheid van dat nadeel betwist, op grond van overwegingen die verwijzen naar de activiteiten van Armajaro als trader op Liffe. Evenzo betwist PRE de mogelijkheid van schade aan het algemeen economisch belang, met verwijzing naar deze activiteiten van Armajaro.

104. Er is (rechtmatig) belang van de verzoeker bij de door hem gevorderde voorlopige maatregelen, als hij aanvoert dat de toepassingsvoorwaarden vervuld zijn, met name een prima facie inbreuk op het mededingingsrecht die dringend geschorst moet worden om ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel aan één of meer ondernemingen, of schade aan het algemeen economisch belang af te wenden.

Het is dan bij het onderzoek van het voorhanden zijn van deze toepassingsvoorwaarden dat nagegaan moet worden of de verzoeker zich er terecht op beroepen heeft (zie in dezelfde zin o.m.: 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, randnummers 70 e.v.). Dat geldt ook voor het gekwalificeerde nadeel aan één of meer ondernemingen, of voor de schade aan het algemeen economisch belang. Zo het nadeel voor Armajaro en andere traders onrechtmatig zou zijn, ontbreekt deze toepassingsvoorwaarde voor het bevelen van voorlopige maatregelen.

105. Het blijkt niet dat berokkende nadeel, of dreiging ermee, onrechtmatig zouden zijn.

Armajaro blijkt op bepaalde ogenblikken aanzienlijke voorraden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie onder zich te houden. Met aanzienlijk is bedoeld: in verhouding tot de totale voorraad door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die in de haven van Antwerpen of zelfs wereldwijd opgeslagen is.

Armajaro vraagt niet alleen om uitslag om te kunnen leveren aan koffiebranders, maar vaak ook om, veelal met behoud van het statuut van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, voorraden te verplaatsen naar andere opslagplaatsen, al dan niet door Liffe genomineerd.

Op zichzelf betekent dit niet dat het nadeel dat Armajaro ondergaat ingevolge het prima facie onredelijke uitslagritme, dat kunstmatig laag wordt gehouden, onrechtmatig zou zijn. Het is immers rechtmatig dat Armajaro handel drijft op de Liffe beurs. Al zou het Armajaro uitsluitend te doen zijn om, om welke reden, en in werkelijkheid om lagere huurtarieven te kunnen genieten, haar voorraden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie zo snel mogelijk uit de opslagplaatsen van PRE te laten uitslaan, kan niet worden aangenomen dat dit onrechtmatig gedrag zou zijn, integendeel, het gaat om de eenvoudige uitoefening van het eigendomsrecht van Armajaro (zie ook hierboven in randnummer 89).

PRE insinueert verder dat Armajaro, ook in tijden van schaarste op de fysieke markt, haar medewerking zou verlenen aan het bestendigen van die schaarste, door de voorraden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die zij onder zich houdt, niet vrij te maken voor de fysieke markt waarop de koffiebranders afnemers zijn. PRE verwijst in dit verband naar het feit dat Armajaro een machtspositie zou innemen op de markt voor levering van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie.

De redenering van PRE luidt blijkbaar als volgt. Zou Armajaro niet zo'n grote voorraden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie aanhouden, dan zou zij niet om uitslag van grote hoeveelheden tegelijk moeten vragen, en dan zou het uitslagritme van PRE niet de problemen opleveren die Armajaro er nu aan toedicht.

## PUBLIEKE VERSIE

Afgezien van het feit dat voor deze aantijging geen aanwijzingen voorhanden zijn, diende zij in het raam van het voorliggende verzoek om voorlopige maatregelen niet nader te worden onderzocht. Het is immers niet omdat Armajaro grote hoeveelheden door Liffe gecertificeerde Robusta koffie onder zich houdt, dat zij onredelijk lang gebonden zou moeten blijven aan opslag bij PRE.

106. Besluit. Het is dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor de ondernemingen waarvan de belangen aangetast worden door het prima facie vastgestelde misbruik van machtspositie, waaronder Armajaro, of die schadelijk kan zijn voor het algemeen economisch belang.

### X. Wat betreft de te bevelen voorlopige maatregelen

#### 10.1. Wat betreft het voorwerp van de maatregelen zelf

107. Het voorwerp van het verzoek om voorlopige maatregelen, zoals ingediend door Armajaro en zoals geformuleerd door de auditeur in zijn verslag, zijn hierboven weergegeven (in respectievelijk randnummers 12 en 14 voor Armajaro en randnummer 13 voor het verslag).

108. Het bevel dat bij deze beslissing als voorlopige maatregel wordt opgelegd is opgenomen in het beschikkende gedeelte van deze beslissing. Het kan als volgt nader toegelicht worden.

Het past om rekening te houden met de praktische overwegingen die door PRE zijn aangevoerd in verband met de uitvoerbaarheid van het bevel en de contraintes waaraan haar bedrijfsactiviteit blootgesteld is.

109. De voorlopige maatregelen moeten van dien aard zijn dat de prima facie inbreuk ongedaan gemaakt wordt. Dit betekent dat zij tot gevolg moeten hebben dat een einde wordt gesteld aan het prima facie op kunstmatige wijze beperken van het uitslagtempo op een onredelijk laag peil.

Bijgevolg moet onvermijdelijk een minimaal uitslagritme worden opgelegd. Verwijzing naar een redelijk en marktconform uitslagritme zou te gemakkelijk tot betwistingen kunnen leiden.

Het minimum van 800 ton per werkdag, dat door Armajaro wordt gevraagd, maar overigens niet verantwoord, lijkt te gedurfd, gelet op de gemiddelde dagelijkse uitslag zoals deze blijkt uit de door PRE opgegeven cijfers voor de laatste drie jaren.

Mede gelet op de uitslagcijfers die PRE heeft voorgelegd, en meer bepaald op het cijfer van de gemiddelde uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie per werkdag in de maand december 2011, past het de dagelijkse uitslag te bepalen op een minimum van 500 ton. Door dit tonnage niet te hoog te stellen, wordt rekening gehouden met het feit dat concurrenten van PRE niet door dezelfde, rechtens afdwingbare, verplichting verbonden zijn.

Om PRE enige flexibiliteit te geven, wordt bepaald dat dit minimum niet elke werkdag moet worden gehaald, maar dat op het einde van een kalendermaand wel moet blijken dat het gemiddelde per werkdag van die voorbije maand ten minste 500 ton bedroeg. Zo kunnen werkdagen waarin door omstandigheden 500 ton niet gehaald kon worden, gecompenseerd worden door andere werkdagen. Eén zulke omstandigheid kan de noodzaak zijn om andere agrarische grondstoffen dan door Liffe gecertificeerde Robusta koffie uit te slaan.

110. PRE heeft er in haar schriftelijke opmerkingen op gewezen dat uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie alleen in de even maanden met behoud van het statuut van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie mogelijk is, behoudens toestemming van Liffe.

Dit gegeven is echter niet van dien aard om de minimale uitslag te versoepelen tijdens de oneven maanden. Tijdens de oneven maanden kan immers uitslag plaats vinden, voor levering op de fysieke

## PUBLIEKE VERSIE

markt, of voor verplaatsing zonder het behoud van het statuut van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie.

111. Het is mogelijk dat PRE het minimum per werkdag bereikt of overschrijdt, en niet bij machte is om alle verzoeken tot uitslag gelijktijdig en integraal uit te voeren. In dat geval moet een verdeelsleutel toegepast worden.

Armajaro, gevolgd door de auditeur, vragen om “rekening (te houden) met de hoeveelheid door Liffe gecertificeerde Robusta koffie van de betrokken klanten die in de PRE Genomineerde Opslagplaatsen opgeslagen is op het ogenblik van het verzoek en de omvang van hun verzoeken tot uitslag van deze koffie”.

Het past om rekening te houden met het aandeel van elk verzoek afzonderlijk in geheel der verzoeken. Dit aandeel zal ten andere veelal in evenredige verhouding staan tot het aandeel van dezelfde klant in de totale hoeveelheid bij PRE opgeslagen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie op het ogenblik van het verzoek.

Mocht dit laatste niet het geval zijn, dan lijkt het toch niet aangewezen om het aandeel van dezelfde klant in de totale hoeveelheid bij PRE opgeslagen door Liffe gecertificeerde Robusta koffie als tweede criterium in aanmerking te nemen, naast de omvang van het verzoek tot uitslag. De evenredige verdeling zou dan immers ingewikkelder worden, en dus minder gemakkelijk toe te passen en te controleren.

112. Het past om de verplichting tot evenredige verdeling van de uit te slagen tonnenmaat van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie, die bij deze beslissing opgelegd wordt, afhankelijk te maken van het indienen van verzoeken tot uitslag bij PRE ten laatste op de vijftiende van de vorige maand, of de eerst daarop volgende werkdag. Zo kan PRE de uitslag programmeren.

De termijn van vijftien dagen lijkt anderzijds nog voldoende kort om geen kunstmatige uitslagdrempel tot stand te brengen.

113. Naast nieuwe verzoeken om uitslag, zijn er verzoeken om uitslag die reeds uitgevoerd worden op het ogenblik dat een of meerdere nieuwe verzoeken tot PRE gericht worden. Vanaf 1 juli 2012 zijn alle verzoeken om uitslag onderworpen aan de regel van de evenredige verdeling.

PRE kan er vanaf nu rekening mee houden om geen vaste toezeggingen met betrekking tot uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie aan te gaan voor de komende maanden, aangezien zij nog niet weet van hoeveel verzoeken om uitslag, en voor welke tonnages, zij voor de maanden juli 2012 en volgende gevat zal zijn.

114. Bij wijze van overgangsmaatregel geldt het volgende met betrekking tot verzoeken om uitslag die PRE reeds heeft toegezegd op datum van deze beslissing, en waarbij PRE zich er bijvoorbeeld toe verbonden heeft om bepaalde tonnages per werkdag of per grotere tijdseenheid uit te slaan in juli 2012 en volgende maanden.

PRE mag de voor 24 mei 2012 aangegane verbintenissen met betrekking tot uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie honoreren, al betekent dit dat geen evenredige verdeling mogelijk is in de toekomstige maand in kwestie. In zo'n geval wordt de bij deze beslissing opgelegde evenredige verdeling alleen toegepast voor de nieuwe verzoeken om uitslag, dat wil zeggen deze die vanaf 24 mei 2012 gedaan worden.

115. Het past om te voorzien in een procedure waarbij PRE de auditeur en vervolgens de voorzitter van de Raad kan adiëren van moeilijkheden in de uitvoering van het bevel opgelegd in de tweede en derde gedachtestrepen van het beschikkende gedeelte hierna. Deze procedure is opgenomen in de vierde gedachtestreep van het beschikkende gedeelte hierna.

## PUBLIEKE VERSIE

116. De controle op de naleving door PRE van de bij deze beslissing opgelegde maatregelen kan worden verzekerd zoals door Armajaro gevraagd en door de auditeur voorgesteld.

Er kan evenwel niet worden ingegaan op het verzoek om “het Auditoraat toegang te verlenen tot de lokalen, opslagplaatsen en bedrijfsterreinen van PRE om de nodige verificaties ter plaatse te kunnen uitvoeren”. Deze maatregel zou immers neerkomen op een voorafgaande machtiging voor een huiszoeking, zonder enige aanwijzing dat PRE dit bevel tot voorlopige maatregelen niet zou nakomen, nog afgezien van de vraag of een huiszoeking op bevel van de auditeur bij toepassing van artikel 44, § 3, vijfde lid en volgende WBEM mogelijk is in het raam van een onderzoek naar de niet-naleving van een bevel tot voorlopige maatregelen opgelegd door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, vraag waarover hier geen uitspraak gedaan moet worden.

117. Het past om aan het bevel met voorlopige maatregelen een dwangsom te verbinden.

Gelet op de gemiddelde omzet per dag van PRE (die ongeveer een derde bedraagt van de gemiddelde omzet per dag van de groep waartoe PRE behoort), kan de dwangsom worden bepaald op een bedrag per dag vertraging dat van de grootteorde is van de gemiddelde dagomzet van PRE, dit is de som van 50.000 euro.

### 10.2. Wat betreft de geldingsduur van de maatregelen

118. Het past de geldingsduur van de voorlopige maatregelen in de tijd te beperken. Zij moeten, onder voorbehoud van inkorting of verlenging of nieuwe maatregelen zoals verder vermeld in randnummer 120, aflopen indien het onderzoek van de klacht ten gronde niet binnen een normale termijn afgerond kan worden (zie hierover in gelijkkluidende zin : Brussel, 19 oktober 2011, AR nr. 2010/MR/1, in de zaak van de vennootschap naar Engels recht De Beers UK Ltd. en Diamdel NV, in aanwezigheid van Diamanthandel A. Spira BVBA, beschikkend gedeelte en randnummer 116).

De klacht ten gronde in de zaak MEDE-P/K-11/0023, waarop het voorliggende verzoek om voorlopige maatregelen geënt is, is ingediend bij het Auditoraat op 9 november 2011. Voor zover bekend werd, in afwachting van de uitspraak over het verzoek om voorlopige maatregelen, het onderzoek van de klacht ten gronde niet benaarstigd.

Voorlopig kan worden aangenomen dat het mogelijk moet zijn om het onderzoek van de klacht ten gronde zelf af te ronden tegen 30 juni 2013, dit is binnen een termijn van ongeveer 13 maanden vanaf heden.

119. Wordt binnen de termijn die verstrijkt op 30 juni 2013 een verslag ingediend bij de kamer van de Raad (c.q. het op dat ogenblik bevoegde beslissingsorgaan van de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna BMA) – deze toevoeging wordt hier gedaan in het licht van een eventuele wetgevende hervorming van institutionele structuur en bevoegdheden van de BMA), dan is het passend om de termijn van de geldingsduur van de voorlopige maatregelen nu reeds te verlengen met een termijn van 6 maanden, te rekenen vanaf de datum van het indienen van het verslag bij de kamer van de Raad (c.q. het bevoegde beslissingsorgaan van de BMA), datum die dezelfde behoort te zijn, en normaal ook dezelfde is, als deze van de kennisgeving van het verslag aan de betrokken onderneming PRE.

De termijn van de geldingsduur van de voorlopige maatregelen verstrijkt dan op 31 december 2013, tenzij het verslag wordt ingediend voor 30 juni 2013, in welk geval de termijn vroeger verstrijkt, namelijk 6 maanden te rekenen vanaf de indiening van het verslag. Wordt het verslag evenwel meer dan 6 maanden voor 30 juni 2013 ingediend, dan verstrijkt de geldingsduur van de voorlopige maatregelen niettemin pas op 30 juni 2013.

## PUBLIEKE VERSIE

Binnen de aldus verlengde termijn (die zonodig later nog kan worden verlengd – zie hierna in randnummer 120) kan door de kamer van de Raad (c.q. het bevoegde beslissingsorgaan van de BMA) beslist worden over de klacht ten gronde op basis van het verslag.

120. Wordt binnen de termijn die verstrijkt op 30 juni 2013 de klacht ten gronde door het Auditoraat geseponeerd en wordt, eveneens binnen de termijn die verstrijkt op 30 juni 2013, door Armajaro Trading Ltd. binnen de daartoe geldende wettelijke termijn beroep ingesteld tegen deze sepotbeslissing, dan is het passend om de termijn van de geldingsduur te verlengen met een termijn van 6 maanden, te rekenen van de datum waarop Armajaro tegen de sepotbeslissing beroep instelt. Wordt het beroep tegen de sepotbeslissing evenwel meer dan 6 maanden voor 30 juni 2013 ingesteld, dat verstrijkt de geldingsduur van de voorlopige maatregelen niettemin pas op 30 juni 2013.

Binnen de aldus verlengde termijn (die zonodig later nog kan worden verlengd – zie hierna in randnummer 120) kan beslist worden over het beroep tegen het sepot, en kan, bij tenietdoen van het sepot, het Auditoraat de zaak verder onderzoeken en verslag doen aan de kamer, c.q. het bevoegde beslissingsorgaan van de BMA, die dan op haar of zijn beurt binnen de aldus verlengde termijn een beslissing kan nemen.

121. De voorzitter van de Raad (c.q. het daartoe bevoegde beslissingsorgaan van de BMA) kan de termijn van de geldingsduur inkorten of verlengen, op verzoek van één der partijen, indien daartoe grond bestaat, hetgeen onder meer het geval kan zijn indien gegevens zich voordoen of bekend worden die thans nog niet bestaan of bekend zijn. Tevens kan een nieuwe termijn voor de geldingsduur van voorlopige maatregelen worden bepaald, in dezelfde omstandigheden als omschreven in de vorige zin.

Om deze redenen,

De voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

- Verklaart het verzoek om voorlopige maatregelen van Armajaro Trading Limited tegen Port Real Estate N.V. ontvankelijk en als volgt gegrond,
- Beveelt Port Real Estate NV om vanaf 1 juli 2012 door Liffe gecertificeerde Robusta koffie uit te slaan uit haar door Liffe Genomineerde Opslagplaatsen, op verzoek van klanten zoals Armajaro Trading Limited en anderen, tot beloop van ten minste een gemiddelde van 500 ton per werkdag, gemiddelde per werkdag dat voor elke afgelopen kalendermaand nageleefd moet zijn (op voorwaarde van voldoende verzoeken om uitslag), en dit zowel in even als in oneven kalendermaanden,
- Beveelt Port Real Estate NV om, vanaf de eerste werkdag van elke kalendermaand, en dus de eerste maal op 2 juli 2012, alle verzoeken om uitslag van door Liffe gecertificeerde Robusta koffie die bij haar zijn ingediend ten laatste op de vijftiende dag van de vorige kalendermaand, of de eerste op deze vijftiende dag volgende werkdag, uit te voeren in evenredige verhouding tot het aandeel van elk verzoek in het geheel van de verzoeken om uitslag, en dit in overeenstemming met de door Liffe geverifieerde procedures zoals voorzien in secties C en D van die procedures,
- Zegt dat Port Real Estate NV zich tot het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging, in de persoon van de heer adjunct-auditeur Karel Marchand, of van een andere door de auditeur-generaal aan te wijzen auditeur, kan wenden met een gemotiveerd verzoek tot afwijking in een bepaald specifiek geval, zo Port Real Estate NV van oordeel is dat het bevel opgelegd in de vorige twee alinea's van dit beschikkende gedeelte niet uitgevoerd kan worden omwille van omstandigheden die zich in dat bepaalde specifieke geval voordoen; Zegt dat de auditeur vervolgens binnen een termijn van vijf werkdagen verslag uitbrengt aan de voorzitter van de Raad, die uitspraak zal doen binnen een termijn van vijf werkdagen na ontvangst van dit verslag, na Port Real Estate NV, Armajaro Trading Limited

## PUBLIEKE VERSIE

en de auditeur te hebben gehoord of hen tenminste met inachtneming van een oproepingstermijn van ten minste 24 uur te hebben uitgenodigd om te worden gehoord,

- Beveelt Port Real Estate NV om vanaf 1 juli 2012 het Auditoraat, in de persoon vermeld in de eerste zin van de vorige alinea van dit beschikkende gedeelte, binnen de vijf werkdagen na het einde van elke kalendermaand, alle mogelijke nuttige gegevens te verschaffen voor het toezicht op de naleving van het bevel dat in de vorige alinea's van dit beschikkende gedeelte vervat is, met inbegrip van het overzicht van de ontvangen en behandelde verzoeken tot uitslag van voormelde koffie door klanten, de dagelijks gerealiseerde uitslag van deze koffie, in totaal en uitgesplitst per klant, evenals het toegepaste allocatiesysteem om de totale uitslagcapaciteit over de betrokkene klanten te verdelen; Zegt dat Port Real Estate NV op het eerste verzoek van de auditeur elk ander gegeven dat relevant is voor de beoordeling van deze beslissing moet overhandigen; Zegt dat de auditeur zich op kosten van Port Real Estate NV zo nodig kan laten bijstaan door een deskundige naar zijn keuze die onafhankelijk is van Port Real Estate NV en van Armajaro Trading Limited,
- Veroordeelt Port Real Estate NV tot betaling van een dwangsom van 50.000 euro per dag vertraging in de volledige naleving in al zijn onderdelen van het bevel dat in deze beslissing vervat is.
- Zegt dat de bij deze beslissing opgelegde voorlopige maatregelen gelden tot en met 30 juni 2013, onder voorbehoud van inkorting, verlenging of bepaling van een nieuwe termijn voor de geldingsduur van de voorlopige maatregelen,
- Zegt dat deze termijn in voorkomend geval verlengd wordt met zes maanden te rekenen van het indienen van het verslag van het Auditoraat over de klacht ten gronde van Armajaro Trading Limited tegen Port Real Estate NV in de zaak MEDE-P/K-11/0023 bij de kamer van de Raad (c.q. het beslissingsorgaan van de Belgische Mededingingsautoriteit), binnen de termijn die verstrijkt op 30 juni 2013, dan wel te rekenen van de datum waarop Armajaro Trading Limited tijdig beroep instelt tegen de beslissing van het Auditoraat waarbij haar klacht ten gronde geseponeerd wordt, binnen de termijn die verstrijkt op 30 juni 2013, onder voorbehoud van inkorting, verlenging of bepaling van een nieuwe termijn voor de geldingsduur van voorlopige maatregelen.

Aldus beslist en uitgesproken door Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op 22 mei 2012.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt overeenkomstig artikel 67 WBEM aan Port Real Estate NV, Armajaro Trading Limited en de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.