

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012

Zaak MEDE – V/M – 12/0002: Diamanthatel A. Spira BVBA / De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV

I. Beschrijving van het procedureverloop

1. Voor de beschrijving van het procedureverloop tot en met de hoorzitting voor de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van donderdag 26 april 2012 kan verwezen worden naar de randnummers 1 tot en met 15, onder de hoofding “Beschrijving van het procedureverloop” in de Beslissing nr. 2012-V/M-11 van 27 april 2012 in de zaak in de rand vermeld, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 6 juni 2012, blz. 31829-31837.

2. Na de hoorzitting van 26 april 2012 is op vrijdag 27 april 2012 de Beslissing uitgesproken die in het vorige randnummer is vermeld.

Het beschikkende gedeelte van deze Beslissing luidt als volgt:

“

- Alvorens recht te doen over het verzoek om voorlopige maatregelen van Diamanthatel A. Spira BVBA in de zaak MEDE-V/M-12/0002,
- Neemt akte van de vordering van Diamanthatel A. Spira BVBA, ingesteld in haar schriftelijke opmerkingen ingediend bij de voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 23 april 2012, die strekt tot een verlenging van de voorlopige maatregel zoals opgelegd bij Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010 van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, in afwachting van de behandeling van haar verzoek om voorlopige maatregelen MEDE-V/M-12/0002,
- Verklaart deze vordering ontvankelijk en gegrond,
- Zegt voor recht dat het bevel tot leveren, en de veroordeling tot een dwangsom, vervat in het dispositief van Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010 van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, geldt tot en afloopt op vrijdag 13 juli 2012,

(...)”.

Vervolgens wordt in het beschikkend gedeelte van de Beslissing van 27 april 2012 het verdere verloop van de rechtspleging als volgt geregeld:

- Diamanthatel A. Spira BVBA (hierna: Spira) wordt een termijn verleend voor het indienen van schriftelijke opmerkingen die verstrijkt op maandag 14 mei 2012,
- De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV (hierna: De Beers) wordt een termijn verleend voor het indienen van schriftelijke opmerkingen die verstrijkt op vrijdag 25 mei 2012,
- De hoorzitting wordt bepaald op donderdag 31 mei 2012.

3. Op maandag 14 mei 2012 omstreeks 15u42 heeft Spira schriftelijke opmerkingen met bijlagen ingediend.

4. Aangezien Spira zich in deze schriftelijke opmerkingen heeft beroepen op de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens heeft de voorzitter van de Raad op 15 mei 2012 een raadslid van de Raad aangesteld om over de vertrouwelijkheid van deze gegevens ten aanzien van De Beers te oordelen, conform artikel 48, § 2, derde lid, van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna: WBEM), dat krachtens artikel 62, § 6 WBEM

PUBLIEKE VERSIE

toepassing moet vinden op gegevens die aangebracht worden door de verzoeker in de procedure inzake voorlopige maatregelen.

5. Het aldus aangewezen raadslid, de heer Christian Huveneers, ondervoorzitter van de Raad voor de Mededinging, heeft op 15 mei 2012 uitspraak gedaan over de door Spira ingeroepen vertrouwelijkheid.

6. Op 15 mei 2012 zijn de schriftelijke opmerkingen met bijlagen voor Spira, in niet-vertrouwelijke versie, meegedeeld aan De Beers.

7. Op vrijdag 25 mei 2012 omstreeks 15u45 heeft De Beers schriftelijke opmerkingen met bijlagen ingediend.

8. Bij beschikking van 18 april 2012 had de voorzitter van de Raad, uitspraak doende over het verzoek van Spira van 15 maart 2012 om toegang te bekomen tot het gemotiveerd verslag van de auditeur en het bijhorende onderzoeksdossier, aan Spira toegang verleend tot een niet-vertrouwelijke versie van het verslag van de auditeur, ingediend bij de voorzitter van de Raad op 17 april 2012, en de beslissing over het verzoek van Spira om toegang te bekomen tot het onderzoeksdossier (andere stukken dan het gemotiveerd verslag) voorlopig aangehouden.

Ter hoorzitting van de voorzitter van de Raad van 26 april 2012 (voorafgaand aan de Beslissing van 27 april 2012) heeft Spira toegang gekregen tot het gedeelte van de schriftelijke opmerkingen die De Beers op 25 april 2012 bij de voorzitter van de Raad had ingediend, meer bepaald de randnummers 1 tot en met 72.

9. Na de Beslissing van 27 april 2012 heeft Spira haar verzoek om toegang te bekomen tot het volledige dossier, met inbegrip van de nog door De Beers ten laatste op 25 mei 2012 in te dienen schriftelijke opmerkingen, hernomen bij brief van 3 mei 2012.

10. Bij beschikking van 30 mei 2012 heeft de voorzitter van de Raad als volgt beslist over de toegang door Spira tot het dossier:

“(…) Opdat Spira haar verzoek om voorlopige maatregelen kan verdedigen in de procedure voor de voorzitter van de Raad, is het aangewezen dat zij kennis kan nemen van de middelen die De Beers aanvoert om zich te verweren tegen het verzoek om voorlopige maatregelen en tegen het verslag van de auditeur over dit verzoek.

Het is dan ook nodig dat Spira toegang bekomt tot de schriftelijke opmerkingen die De Beers op 25 mei heeft ingediend. De niet-vertrouwelijke versie, zoals door De Beers zelf voorgesteld, voldoet. Deze wordt bij deze beschikking gevoegd.

(…) Het verzoek van Spira om toegang te bekomen tot stukken van het onderzoeksdossier, andere dan het verslag en de schriftelijke opmerkingen voor De Beers waartoe toegang is en bij deze wordt verleend, is niet noodzakelijk opdat Spira aan de voorzitter van de Raad over haar verzoek om voorlopige maatregelen, over het verslag van de auditeur en over de schriftelijke opmerkingen van De Beers, voor de uitspraak over het verzoek om voorlopige maatregelen nuttige inlichtingen kan verstrekken.

Dit blijkt althans voorlopig.”

Bij beschikking van 30 mei 2012 krijgt Spira aldus toegang tot de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen voor De Beers van 25 mei 2012, en wordt de beslissing over het verzoek van Spira om toegang te bekomen tot het onderzoeksdossier (andere stukken dan gemotiveerd verslag en schriftelijke opmerkingen) voorlopig aangehouden.

11. Op de hoorzitting van de voorzitter van de Raad van donderdag 31 mei 2012 zijn de auditeur, Spira en De Beers gehoord.

12. Op 18 juni 2012 hebben de raadslieden van De Beers een brief gericht aan de voorzitter van de Raad [...]. Op 19 juni 2012 hebben de raadslieden van Spira op deze brief geantwoord in een schrijven aan de voorzitter van de Raad.

13. Op 21 juni 2012 hebben de raadslieden van De Beers de voorzitter van de Raad elektronisch laten weten pas op die dag op elektronische drager stukken te hebben ontvangen die Spira op de hoorzitting van 31 mei 2012 in gebundelde vorm had ingediend. Ook deze melding heeft tot een schriftelijke reactie van de raadslieden van Spira geleid.

Nog over de stukken vermeld in vorige alinea melden de raadslieden van De Beers aan de voorzitter van de Raad bij elektronisch bericht van 27 juni 2012 dat er twee stukken zijn waartoe De Beers niet eerder toegang had gehad, met name twee foto's zonder tekst of uitleg, maar dat de relevantie ervan De Beers ontgaat, zodat zij er niet nader op zal ingaan. In het antwoord van 28 juni 2012 melden raadslieden van Spira dat het gaat om stukken die als vertrouwelijk ten aanzien van De Beers bestempeld zijn.

14. Bij elektronisch bericht van 21 juni 2012 hebben de raadslieden van Spira aan de voorzitter van de Raad een kennisgevingsbericht van het Gerecht van de Europese Unie in de zaak T-108/07 bezorgd, waaruit blijkt dat De Beers tegen 30 juli 2012 een bijkomend geschrift mag indienen, en waaruit Spira afleidt dat de procedure voor het Gerecht in de zaken T-108/07 en T-354/08 in verband met haar beroepen tegen de afwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 voortgang vindt en wellicht snel in gereedheid gebracht kan worden.

De raadslieden van De Beers repliceren op 22 juni 2012 met een elektronisch bericht aan de voorzitter van de Raad waarin zij het kennisgevingsbericht situeren in de context van de procedure voor het Gerecht, en benadrukken geen bericht te hebben over het verdere verloop van de procedure na het verstrijken van de bedoelde termijn voor de aanvullende memorie in tussenkomst door De Beers.

Dit heeft de raadslieden van Spira tot een dupliek genoopt op 27 juni 2012, waarin toegelicht wordt dat het vertrek van een rechter uit de behandelende kamer per 31 augustus 2013 er zeer waarschijnlijk toe zal leiden dat het arrest in de zaken T-108/07 en T-354/08 voordien, dit is voor het zomerreces van 2013, uitgesproken zal worden.

II. Wat betreft de toepassingsvoorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen

2.1. Wat betreft de beoordelingsnorm

15. Voorlopige maatregelen worden bevolen:

- op grond van de vaststelling van een prima facie inbreuk op het verbod op restrictieve mededingingspraktijken. Hier is het verbod van misbruik van machtspositie relevant;
- ten einde deze restrictieve mededingingspraktijken 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).

16. Spira doet gelden dat haar verzoek om voorlopige maatregelen ertoe strekt dringend een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor haarzelf, Spira, waarvan de belangen aangetast worden door een prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie waaraan De Beers zich schuldig zou maken.

Spira deed dit ook reeds gelden bij haar eerste verzoek om voorlopige maatregelen (in de zaak MEDE-V/M-09/0020).

17. Bij Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010, heeft de voorzitter van de Raad, uitspraak doende over het eerste verzoek om voorlopige maatregelen van Spira, en op gelijkkluidend verslag van de auditeur, beslist :

- Dat het bestaan van de *prima facie* inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie aangenomen kon worden, en
- Dat het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira.

Op die gronden zijn bij Beslissing van 25 november 2010 voorlopige maatregelen bevolen.

18. De beslissing dat deze toepassingsvoorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen voorhanden zijn, is bevestigd bij arrest van het Hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011 (in de zaak 2010/MR/1, gewezen in beroep door De Beers).

Uit de bevestiging van de beroepen Beslissing van 25 november 2010 bij arrest van 19 oktober 2011 volgt :

- Dat het Hof van beroep definitief heeft beslist dat De Beers *prima facie*, dit is als grondslag voor het bevelen van voorlopige maatregelen, schuldig is aan misbruik van machtspositie, en
- Dat het Hof van beroep definitief heeft beslist dat het dringend is een toestand te vermijden die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken voor Spira.

Met definitief beslist is bedoeld dat de beslissingen van het Hof verbindend zijn voor De Beers, voor Spira, en voor de voorzitter van de Raad die in het vervolg van het arrest van 19 oktober 2011 geadieerd wordt door een verzoek tot (het voortduren van) voorlopige maatregelen.

19. Het Hof van beroep heeft vanzelfsprekend definitief beslist dat deze twee toepassingsvoorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen voorhanden waren op 25 november 2010, datum waarop de beroepen Beslissing was uitgesproken die in beroep bevestigd is (behalve wat betreft de geldingsduur van de voorlopige maatregel, waarover verder in hoofdstuk IV van deze beslissing).

De draagwijdte in de tijd van de definitieve beslissingen door het Hof van beroep gaat evenwel verder.

20. Het Hof van beroep doet uitspraak met volle rechtsmacht, en het kan de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangevochten beslissing in overweging nemen (art. 75, tweede lid WBEM).

Wanneer het Hof van beroep een beslissing van de voorzitter van de Raad waarbij voorlopige maatregelen zijn bevolen, bevestigt, dan mag worden aangenomen dat het Hof oordeelt dat, op de dag van de uitspraak van zijn arrest, en in de toekomst waarvoor de bevolen voorlopige maatregelen behoren te gelden, de voorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen voorhanden zijn.

Concrete aanwijzingen, waaruit blijkt dat het Hof recentere gegevens in aanmerking kon nemen en heeft genomen dan deze die voor de Beslissing van 25 november 2010 ter beschikking waren, kunnen ten andere aangetroffen worden in de overwegende gedeelte van het arrest (zie bijv. in randnummer 81: “DE BEERS voert in onderhavige procedure geen nieuwe doorslaggevende elementen aan die het *prima facie* besluit van de (v)oorzitter op bovenstaande punten manifest weerleggen”; zie ook de herhaalde vermelding, in randnummers 81, 85, 87: “Een definitief oordeel hierover veronderstelt verder onderzoek ten gronde”, hetgeen impliceert dat het onderzoek betreffende de voorlopige maatregelen op het ogenblik van de uitspraak van het arrest gevoerd is).

Maar zelfs zonder concrete aanwijzingen in de motivering van het arrest moet uitgegaan worden van de regels vermeld in de eerste twee alinea’s van dit randnummer, op straffe van schending van het definitief kenmerk van het arrest van 19 oktober 2011, dat gepaard gaat met de uitputting van rechtsmacht door het Hof van beroep.

21. In de voorliggende zaak betekent dit dat het Hof van beroep definitief beslist heeft dat de toepassingsvoorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen (nog) voorhanden waren op 19 oktober 2011, datum van de uitspraak van het arrest, en dat het Hof voorzag dat deze tot binnen

afzienbare tijd daarna, ten minste tot 30 april 2012 (datum die het arrest als vervaldatum van de voorlopige maatregelen vooropstelt, onder voorbehoud van mogelijke verlenging), voorhanden zouden blijven.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat alleen gewijzigde omstandigheden sedert 19 oktober 2011, en vooruitzichten die het Hof van beroep bij het wijzen van zijn arrest op die datum niet in overweging heeft kunnen nemen, in aanmerking genomen mogen worden om te beslissen dat er geen prima facie inbreuk meer zou zijn, of dat Spira zich er niet meer op kan beroepen dat het dringend is een toestand te vermijden die voor haar een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken.

2.2. Het verslag van de auditeur

22. De auditeur is van oordeel dat de voorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen ook vandaag nog, dit is bij het indienen van haar verslag op 17 april 2012 en ter zitting van 31 mei 2012, vervuld zijn.

23. Gelet op hetgeen hierboven in de randnummers onder de hoofding 2.2. is gesteld, kunnen volgende gegevens uit het verslag en uit de uiteenzetting van de auditeur ter hoorzitting van 31 mei 2012 aangehaald worden, die van belang zijn voor een prospectieve beoordeling (voorlopige maatregelen voor de nabije toekomst), en die het Hof van beroep niet in overweging heeft kunnen nemen vooraleer het arrest van 19 oktober 2011 wijzen.

24. In verband met de prima facie machtspositie:

- De Beers heeft nog steeds een belangrijk marktaandeel op de markt voor de productie van ruwe diamant, met name meer dan 40%, percentage dat vrij stabiel blijft.
- De marktaandelen van de concurrenten van De Beers zijn beduidend lager. Alrosa heeft een marktaandeel tussen 25 en 29%, terwijl de andere marktdeelnemers een marktaandeel van minder dan 10% hebben.
- De marktmacht van De Beers wordt aangetoond door haar vermogen om zich onafhankelijk te gedragen ten aanzien van haar concurrenten, meer bepaald door haar vermogen om productiequota voor ruwe diamant te hanteren. Zo heeft zij bij de aanvang van de economische crisis beslist om haar productie met 40% te verminderen, synchroon met productieverminderingen bij concurrenten, [...].
- De impact van het afstoten van mijnactiviteiten en de opening van nieuwe mijnen kan uit het onderzoek in het raam van voorlopige maatregelen moeilijk helemaal ingeschat worden. De vermindering van productie door De Beers die aan het afstoten van mijnen te wijten is, lijkt eerder gering.
- De invloed op verhoudingen binnen de markt van diamanten afkomstig uit Marange in Zimbabwe, is nu nog onduidelijk, en wordt overigens in communicatie door De Beers zelf geminimaliseerd, op grond dat het om diamanten van mindere kwaliteit zou gaan.
- De verwachtingen in de markt zijn dat in 2017 de productie van ruwe diamant opnieuw op het peil van voor de aanvang van de economische crisis gebracht kan worden. Tussen 2011 en 2020 zullen bij benadering 13 nieuwe mijnen in productie gaan, waarvan de belangrijkste wellicht een mijn in Canada is, die voor 51% toebehoort aan De Beers.

Uit deze gegevens besluit de auditeur tot een prima facie machtspositie.

25. In verband met de onmisbaarheid van de input van ruwe diamant van De Beers als element van uitsluiting door middel van het SOC systeem:

- Er is onderzocht bij welke leverancier van ruwe diamant Spira om een lange termijn contract heeft verzocht, en wat het resultaat daarvan was. Het Hof van beroep heeft immers beslist dat de loutere mogelijkheid van ad hoc aankopen op de markt niet gelijkgesteld kan worden met de zekerheid van een langlopend bevoorradingscontract.

- Vele concurrenten van De Beers werken met lange termijncontracten. Hoewel Spira tot vrij recent ernstige pogingen heeft ondernomen om een contract op lange termijn te sluiten met [...], is zij niet in haar opzet geslaagd.
- Spira toont ook belangstelling voor spotverkopen en veilingen. Daarvoor moet zij evenwel uitgenodigd worden, hetgeen in onvoldoende mate is gebeurd.

26. In verband met het dringend vermijden van een toestand met ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel :

- Spira heeft geen gelijkwaardige alternatieve bevoorradingsbronnen, zoals boven vermeld.
- De urgentie houdt niet op op 30 april 2012, datum van de geldingsduur die door het Hof van beroep echter vooropgesteld is om een andere reden dan het verdwijnen van de urgentie.

27. Deze vaststellingen en stellingnamen van de auditeur worden in verslag en onderzoeksdossier gestaafd met verwijzing naar concrete feiten en stukken.

2.3. Beslissing

II.3.1. Algemeen

28. In de eerste plaats moet herhaald worden dat niet teruggekomen kan worden op beslissingen over bepaalde punten, vervat in de Beslissing van 25 november 2010, en bevestigd door het Hof van beroep te Brussel in het arrest van 19 oktober 2011.

Dit geldt bijvoorbeeld voor de vraag of het Supplier of Choice System prima facie een vorm van misbruik van machtspositie door uitsluiting kan zijn, en voor de meer specifieke vraag of leveringsweigering prima facie negatieve effecten op de concurrentie zal hebben.

29. Wat betreft de rol van het dossier van het door en onder leiding van de auditeur gevoerde onderzoek en van het gemotiveerd verslag, in dit geval dus het verslag van 17 april 2012, in de beoordeling en de beslissing door de voorzitter van de Raad geldt het volgende.

30. In het 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” (in randnummer 65 van het arrest).

31. De beoordeling door de voorzitter mag 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, randnummers 64, 65, 74).

II.3.2. Beslissing in deze zaak

32. Wat betreft het vereiste van prima facie machtspositie, doet De Beers het volgende gelden.

Haar marktaandeel zou teruggevallen zijn op [...] % in 2011, van 60 à 65 % in 2001, ongeacht de berekeningswijze (op basis van verkoopwaarde, productiewaarde of productievolume). Het marktaandeel van de concurrenten zou aanzienlijk verhoogd zijn sinds 2001. De Beers bespreekt uitvoerig de evolutie van de markt.

Op grond van de gegevens die het verslag aanreikt, kan evenwel nog steeds tot een prima facie machtspositie van De Beers besloten worden. Dit geldt ook wanneer rekening wordt gehouden met het

marktaandeel van [...] % dat De Beers zelf opgeeft. Niet alleen blijft het gaan om een vrij groot marktaandeel, maar er moet ook rekening gehouden worden met de andere gegevens die het verslag benadrukt (zie hierboven in randnummer 24).

Vele gegevens die De Beers aanvoert dateren ten andere van voor de Beslissing van 25 november 2010 en het arrest van 19 oktober 2011, zodat zij niet opnieuw beoordeeld mogen worden.

33. Met betrekking tot het prima facie misbruik heeft het verweer van De Beers voornamelijk betrekking op de toepassingsvoorwaarden voor een abusieve leveringsweigering. Zoals vermeld kan dit verweer, in zoverre het eerder is aangevoerd en verworpen, niet meer ter beoordeling voorgelegd worden.

Wat de onmisbaarheid van de input betreft, moeten de bevindingen van de auditeur gevolgd worden.

34. De betwisting over de invulling van het begrip van het dringend vermijden van een toestand die het bij wet omschreven nadeel kan veroorzaken, kan evenmin heropend worden.

Met verwijzing naar hetgeen in het vorige randnummer is gesteld betreffende de onmisbaarheid van de input, moet het standpunt van de auditeur gevolgd worden.

De Beers doet weliswaar gelden dat er alternatieve bevoorradingsbronnen bestaan, en dat Spira geen ernstige pogingen zou hebben ondernomen om deze aan te boren. De bevindingen van de auditeur zijn echter andersluidend, en voldoende geloofwaardig.

35. De urgentie verdient een afzonderlijke vermelding.

De Beers heeft zeker een punt waar zij stelt dat een vraagteken geplaatst kan worden bij een beweerde urgentie die zich over ruim meer dan tien jaar uitstrekt. Zolang is het immers geleden dat De Beers Spira heeft “opgezegd”, in die zin dat Spira sedertdien niet meer onafgebroken door De Beers als zichthouder is erkend.

De omstandigheden zijn heden evenwel specifiek. Omwille van de bevestiging van de Beslissing van 25 november 2010 door het Hof van beroep, gepaard gaande met de vernietiging van de beslissing over de geldingsduur van de voorlopige maatregelen, is de geldingsduur het centrale thema van het contentieux van voorlopige maatregelen tussen Spira en De Beers geworden.

Voor de verantwoording van de verlenging van de geldingsduur die bij onderhavige beslissing uitgesproken wordt, wordt hier verwezen naar het vervolg van deze beslissing, waaruit blijkt dat lange verlengingen in de huidige omstandigheden niet meer aan de orde zijn.

36. Besluit (cfr. hierboven in randnummer 21, tweede alinea). Er zijn geen gewijzigde omstandigheden of vooruitzichten die het Hof van beroep bij het wijzen van zijn arrest van 19 oktober 2011 niet in overweging heeft kunnen nemen, die in aanmerking genomen kunnen worden om te beslissen dat er geen prima facie inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie meer zou zijn, of dat Spira zich er niet meer op kan beroepen dat het dringend is een toestand te vermijden die voor haar een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken.

Gelet op de korte termijn van de geldingsduur van de verlenging van de voorlopige maatregelen die bij onderhavige beslissing wordt bevolen (zie hierover verder in hoofdstuk IV), mag aangenomen worden dat hierin binnen de geldingsduur van onderhavige beslissing geen wezenlijke verandering zal komen.

III. Wat betreft de omvang van de leveringsverplichting

3.1. Waarde van de zichten

37. Spira vordert leveringen tot beloop van minstens [...] US\$ per zicht.

38. Voor de auditeur moet deze som verminderd worden tot de som van [...] US\$ per zicht, die als volgt wordt berekend.

In 2011 heeft Spira, over 10 zichten, diamant afgenomen voor een waarde van [...] US\$, dit is gemiddeld [...] US\$ per zicht. Deze som kan worden vermeerderd met een percentage voor de

prijsverhoging in de toekomst, die geraamd kan worden op de prijsverhoging van ruwe diamant in 2011, die [...]% bedroeg (tegen een prijsverhoging die [...]% bedroeg in 2010).

Aldus zou het verzoek ingewilligd worden tot beloop van [...] US\$ + [...] % = [...] US\$ per zicht.

39. In uiterst ondergeschikte orde sluit De Beers zich aan bij de auditeur, wat betreft het voorstel om rekening te houden met de effectief door Spira afgenomen hoeveelheden in 2011. De Beers verzet zich echter tegen een verhoging met een percentage wegens verhoging van de prijs, aangezien die verhoging al begrepen is in de prijzen van 2011. Ondergeschikt ten aanzien van dit laatste punt wijst De Beers erop dat de prijsverhoging voor de vier dozen per zicht waarop Spira recht had, in 2011 slechts [...] % bedroeg.

De Beers laat nog weten dat Spira tijdens het zicht van juni 2012 diamanten heeft afgenomen voor een waarde van (niet meer dan) [...] US\$.

40. Met de auditeur kan worden aangenomen dat de gemiddelde afname tijdens 2011, waarvan de waarde in US\$ kleiner is dan deze van de veroordeling vervat in de Beslissing van 25 november 2010 – vermindering in effectieve afname per zicht die wordt bevestigd door de afname in juni 2012 – richtinggevend is voor de veroordeling voor de toekomst.

Het past om de prijsstijging in de toekomst te ramen op een toe te voegen percentage dat gelijk is aan de prijsstijging die in 2011 is vastgesteld.

Het past eveneens om alleen de prijsstijging van de dozen waarop Spira aanspraak kan maken, in aanmerking te nemen.

Aldus bedraagt de waarde per zicht van de leveringsverplichting: [...] US\$ + [...] % = [...] US\$.

41. De Beers doet opmerken dat Spira de nominale waarde als een minimum vordert, terwijl tot dusver deze nominale waarde als maximum gold.

Het spreekt vanzelf dat De Beers alleen kan worden veroordeeld tot levering tot beloop van een maximumbedrag.

3.2. Andere gevorderde uitbreiding van de omvang van de leveringsverplichting

42. In het beschikkende gedeelte van het verzoek om voorlopige maatregelen, dat is weergegeven in randnummer 4 van Beslissing nr. 2012-V/M-11 van 27 april 2012, voegt Spira een verzoek tot levering toe, dat niet voorkwam in het beschikkende gedeelte van de Beslissing van 25 november 2010 (meer bepaald onder c.). Volgens Spira moet zij de mogelijkheid hebben om, “[...]”.

43. Volgens De Beers gaat het om een bijkomende verplichting ten aanzien van haar eerdere veroordelingen, en is er geen reden om deze nu voor het eerst op te leggen.

44. Uit het verslag kan afgeleid worden dat de auditeur niet adviseert tot inwilliging van het verzoek om voorlopige maatregelen, in zoverre het op deze bijkomende leveringsverplichting betrekking heeft.

Waar de auditeur voorstelt om te beslissen dat Spira op gelijke wijze wordt behandeld als de zichhouders, geldt dit volgens de formulering van het verslag inderdaad voor de veroordeling waartoe de auditeur adviseert, namelijk deze tot levering tot beloop van een bepaalde waarde per zicht.

45. Er lijkt geen reden te zijn om op dit punt van het verslag van de auditeur af te wijken.

Om ondubbelzinnig weer te geven dat het bevel tot voorlopige maatregelen alleen wat betreft de waarde van de leveringsverplichting per zicht afwijkt van het bevel opgelegd bij Beslissing van 25 november 2010, wordt in het beschikkende gedeelte van onderhavige beslissing het beschikkende gedeelte van de Beslissing van 25 november 2010 hernomen voor het overige.

IV. Wat betreft de werking in de tijd van voorlopige maatregelen (na 30 april 2012)

4.1. De Beslissing van de voorzitter van de Raad van 27 april 2012

46. Bij Beslissing van 27 april 2012 heeft de voorzitter van de Raad het volgende beslist:

“Het arrest van het Hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011 heeft niet zeker en noodzakelijk beslist dat voorlopige maatregelen op verzoek van Spira en lastens De Beers, zoals deze die bij beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 25 november 2010 zijn opgelegd, buiten de gevallen genoemd in het beschikkende gedeelte van het arrest (eventueel verlengd omwille van bijkomend onderzoek na vernietiging van sepot), onder geen beding een geldingsduur kunnen hebben die verstrijkt na 30 april 2012.”

47. Op 27 april 2012 is aldus beslist dat niet elke verlenging van voorlopige maatregelen na 30 april 2012, dan wel nieuwe voorlopige maatregelen na dezelfde datum, uitgesloten zijn. Deze beslissing berust op het arrest van het Hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011 (in de zaak 2010/MR/1, gewezen in beroep door De Beers tegen de Beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010).

Op grond van deze beslissing heeft de voorzitter van de Raad, in dezelfde Beslissing van 27 april 2012, een voorlopige verlenging van de voorlopige maatregelen door hem bevolen op 25 november 2010 kunnen toestaan.

Daarmee is niet gezegd dat de geldingsduur van de voorlopige maatregelen op verzoek van Spira en lastens De Beers aan geen beperkingen onderworpen is. In het arrest van 19 oktober 2011 is beslist dat voorlopige maatregelen niet mogen blijven duren, al is er geen uitzicht op de afsluiting van het onderzoek ten gronde, laat staan op de beslissing over de klacht ten gronde.

4.2. Over het verband tussen de voorlopige maatregelen en de klacht van Spira bij de Europese Commissie

48. De auditeur meldt dat het Auditoraat pas over het voortzetten van het onderzoek van de klacht ten gronde beslist, zodra het Gerecht van de Europese Unie zich heeft uitgesproken over het beroep van Spira tegen de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008.

Er mag aangenomen worden dat dit standpunt als volgt verantwoord wordt. Indien deze beschikkingen door het Gerecht vernietigd worden, en de zaak daarna opnieuw behandeld wordt door de Europese Commissie, wordt zij niet door de Belgische mededingingsautoriteit behandeld.

Dit is een overtuigende verantwoording voor de keuze van het Auditoraat om over het voortzetten van het onderzoek van de klacht ten gronde pas te beslissen na de uitspraak van het Gerecht. Deze keuze behoort overigens tot de bevoegdheid van het Auditoraat, in het raam van het bepalen van het prioriteitenbeleid.

49. Het valt vandaag echter niet met zekerheid of zelfs maar met waarschijnlijkheid te bepalen wanneer het Gerecht uitspraak zal doen.

Om die reden past het de voorlopige maatregelen op te leggen met een bepaalde termijn, die afloopt op een vaste datum die nu reeds bekend is.

Stel dat Spira hierna nogmaals om een verlenging van de geldingsduur van de voorlopige maatregelen zou vragen. Naargelang de datum van het verstrijken van de geldingsduur van de bij deze Beslissing opgelegde voorlopige maatregelen naderbij komt, kan mogelijks vastgesteld worden of het Gerecht al uitspraak heeft gedaan, dan wel wanneer het Gerecht met betrekkelijke zekerheid of naar alle waarschijnlijkheid uitspraak zal doen. Of er kan vastgesteld worden dat er op dat ogenblik geen nieuwe gegevens bekend zijn over het verloop van het procedure van het Gerecht. Vervolgens kan over een verzoek tot verdere verlenging uitspraak gedaan worden, op grond van de relevante gegevens over de stand van zaken die dan bekend zullen zijn.

50. Het vaststellen van de geldingsduur van voorlopige maatregelen met een bepaalde termijn die afloopt op een vaste datum die nu reeds bekend is, beantwoordt aan hetgeen door het Hof van beroep is beslist in het arrest van 19 oktober 2011.

51. De Beers doet gelden dat het Hof van beroep bij arrest van 19 oktober 2011 heeft uitgesloten dat de voorlopige maatregelen blijven gelden tot het Gerecht uitspraak heeft gedaan over het beroep tot vernietiging van de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie.

Dit verweer staat echter niet in de weg aan een verlenging van de voorlopige maatregelen met bepaalde duur tot een vaste datum die nu reeds bekend is, waartoe in deze Beslissing beslist wordt. Dit blijkt uit de overwegingen van de volgende randnummers.

52. In een zesde grond tot vernietiging, die o.m. gericht was tegen de duur van de voorlopige maatregelen opgelegd bij de Beslissing van de voorzitter van de Raad van 25 november 2010, heeft De Beers in de procedure voor het Hof van beroep te Brussel die geleid heeft tot het arrest van 19 oktober 2011 het volgende doen gelden, zoals blijkt uit de conclusie voor De Beers in die beroepsprocedure, die op 3 juni 2011 gedateerd is (in randnummers 149-154):

- Ten eerste schendt de voorlopige maatregel die geldt tot het Gerecht uitspraak doet het tijdelijke kenmerk van voorlopige maatregelen ;
- Ten tweede schendt de voorlopige maatregel met de aldus bepaalde duur de regel van EU recht luidens dewelke handelingen van de instellingen van de Unie geacht worden geldig te zijn tot ze ongeldig worden verklaard, hetgeen impliceert dat zij geldig zijn tot ze nietig worden verklaard na een beroep tot nietigverklaring.

53. Uitspraak doende over deze grond tot vernietiging of grief beslist het arrest het volgende :

“106. Met het motief van de Beslissing dat de overwegingen van de Afwijzingsbeslissingen door hun aard juridisch niet bindend zijn en als feitelijk gegeven niet doorslaggevend zijn voor de (v)oorzitter van de nationale mededingingsautoriteit die zich over de gevraagde voorlopige maatregelen moet uitspreken, valt niet te verenigen dat de geldingsduur van die maatregelen afhankelijk wordt gemaakt van de uitkomst van de procedures voor het Gerecht. Het valt immers niet in te zien hoe die overwegingen een bindend of doorslaggevend karakter zouden kunnen krijgen door een verwerping van het verhaal tegen de Afwijzingsbeschikkingen door het Gerecht. Bovendien zou Spira zich in dat geval nog tot het Hof van Justitie kunnen richten om het arrest van het Gerecht aan te vechten.

De grief van DE BEERS betreffende de duur van de besliste maatregel is in dit opzicht gegrond.”

En verder:

“113. Het hoofberoep is bijgevolg gedeeltelijk gegrond in zoverre de duurtijd van de opgelegde maatregel (1) niet verenigbaar is met de motieven van de Beslissing die er toe hebben geleid dat de overwegingen van de Afwijzingsbeschikkingen ter zijde worden geschoven; (...)”.

54. Volgens het arrest mag de geldingsduur van de voorlopige maatregelen dus niet afhankelijk zijn van de uitkomst van de procedures voor het Gerecht. De motivering die het arrest daarvoor bevat is de volgende (zie de weergave hierboven in randnummer 53).

De Beslissing van 25 november 2010 beschouwt de afwijzingsbeschikkingen van de Commissie als niet verbindend, en, in de feitelijke beoordeling, als niet doorslaggevend. Welnu, zou het Gerecht het beroep van Spira tegen de afwijzingsbeschikkingen verwerpen, dan worden deze laatsten er niet meer verbindend door, of krijgen zij er geen meer doorslaggevend karakter door. Bijgevolg is er tegenstrijdigheid tussen, enerzijds, de motieven van de beroepen Beslissing met betrekking tot de draagwijdte van de afwijzingsbeschikkingen, en, anderzijds, de beslissing van de beroepen Beslissing luidens welke de voorlopige maatregelen vervallen bij een verwerpingsarrest van het Gerecht.

55. Het arrest heeft aldus geen exclusieve uitgesproken tegen voorlopige maatregelen door de voorzitter van de Raad tijdens het verdere onderzoek door de Europese Commissie van de klacht van Spira na de vernietiging van de afwijzingsbeschikkingen door het Gerecht.

Het heeft alleen bezwaar gemaakt tegen het automatisch verband tussen de uitspraak van het Gerecht en het verval (in een extensieve interpretatie van het arrest: het verval of het voortduren) van de voorlopige maatregelen. Het volstaat dan ook dit automatisch verband te doorbreken, zoals in onderhavige beslissing gedaan wordt.

Dit afgezien van het bezwaar dat geen vaste einddatum werd opgelegd die bij de uitspraak van de Beslissing van 25 november 2010 bekend was, bezwaar waaraan in onderhavige beslissing tegemoetgekomen wordt.

56. De verlenging van de voorlopige maatregelen die bij onderhavige Beslissing opgelegd wordt is evenmin strijdig met de bovenvermelde zesde grond tot vernietiging die door De Beers tegen de Beslissing van 25 november 2010 werd aangevoerd, in zoverre hij door het arrest van 19 oktober 2011 niet gegrond bevonden is. Dit blijkt uit de overwegingen van de volgende drie randnummers.

57. Het tweede onderdeel van de zesde grond tot vernietiging wordt hierboven weergegeven als tweede gedachtestreepje in randnummer 52. De Beers: “Door de duur van voorlopige maatregelen te koppelen aan de uitkomst van de procedure voor het Gerecht, spreekt de (v)oorzitter niet enkel zijn conclusie tegen dat de Afwijzingsbeschikkingen niet relevant zijn, maar aanvaardt hij ook ten onrechte Spira’s stelling dat de Afwijzingsbeschikkingen ongeldig zijn in afwachting van de uitkomst van de procedure voor het Gerecht” (randnummer 154 van de conclusie voor De Beers d.d. 3 juni 2011, ingediend in de beroepsprocedure die tot het arrest van 19 oktober 2011 heeft geleid; zie ook in randnummers 72 en 73 van dezelfde conclusie).

Hier moet uiteraard de Beslissing van 25 november 2010 niet worden verdedigd tegen deze kritiek. Hier is wel de kwestie aan de orde of deze kritiek zou kunnen opgaan tegen onderhavige beslissing, waarbij een geldingsduur met op voorhand bekende vervaldatum opgelegd wordt, vervaldatum die weliswaar (vandaar dit antwoord op de grief van De Beers) in verband staat met de procedure voor het Gerecht, nu het Auditoraat de beslissing tot voortzetting van het onderzoek van de klacht ten gronde afhankelijk maakt van de uitslag van die procedure.

58. In de Beslissing van 25 november 2010 wordt het bevel tot leveren aan Spira beschouwd als voorlopige maatregel ten aanzien van de behandeling van de klacht van Spira door de Europese Commissie (zie in randnummer 126 van die Beslissing).

De grief van De Beers berust hierop dat de voorlopige maatregelen alleen op de klacht van Spira voor de Europese Commissie geënt kan zijn, indien aan de beschikkingen van de Commissie waarbij die klacht is afgewezen geen vermoeden van geldigheid en volwaardig rechtsgevolg toegekend wordt.

59. Die grief hoeft thans niet meer op te gaan (zo dit al het geval was waar hij tegen de Beslissing van 25 november 2010 gericht was: zie hierna in het volgende randnummer), om volgende reden.

Krachtens de Beslissing van 25 november 2010 konden de voorlopige maatregelen voortduren nadat het beroep tegen de afwijzingsbeschikkingen door het Gerecht zou zijn ingewilligd. Dit is echter niet meer het geval in onderhavige beslissing, waarin niet meer geanticipeerd wordt op de vernietiging van de afwijzingsbeschikkingen, en de uitspraak door het Gerecht alleen nog als referentiepunt geldt om het verdere verloop van het onderzoek ten gronde te evalueren.

60. Overigens zijn er aanwijzingen in het overwegende gedeelte van het arrest van 19 oktober 2011 dat deze grief van De Beers bij het Hof van beroep geen gehoor heeft gevonden, meer bepaald bij het samenlezen van volgende overwegingen:

- “38. (...) Wanneer dergelijke voorlopige analyse van de Commissie voor de nationale rechter in ieder geval slechts een feitelijk gegeven uitmaakt waarmee hij niet verplicht is rekening te houden in een procedure ten gronde bij de toepassing van artikel 101 of 102 van het VWEU geldt dit in het bijzonder wanneer de nationale rechter zich uitspreekt over voorlopige maatregelen nadat tegen deze Afwijzingsbeschikkingen bij het Gerecht beroep is aangetekend door de verzoeker.”
- “40. *Mutatis mutandis* dient dezelfde redenering gevolgd te worden waar het de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteit betreft om voorlopige maatregelen te treffen. (...) Niets belet (...) de nationale mededingingsautoriteit om in het kader van haar eigen prioriteitenbeleid

vooral nog een (...) onderzoek te voeren naar een mogelijke inbreuk (...) en haar (v)oorzitter om in afwachting van de uitkomst van dat onderzoek een voorlopige maatregel op te leggen (...).”

- “41. Dit geldt in het bijzonder nu een beroep bij het Gerecht tegen de Afwijzingsbeschikkingen hangende is en ook de Commissie eventueel opnieuw zal moeten oordelen over de klacht van Spira.”

Aldus valideert het Hof van beroep voorlopige maatregelen door de voorzitter van de Raad in afwachting van het oogenblik waarop uitsluitel komt over de vraag of de Commissie het onderzoek van de klacht van Spira al dan niet herneemt.

In dezelfde zin valt de volgende considerans van het arrest te begrijpen:

“59. Het (derde) middel faalt eveneens waar het aanvoert dat er sprake is van een miskenning van de bindende kracht of het vermoeden van (voorlopige) rechtsgeldigheid van de Afwijzingsbeschikkingen wanneer de (v)oorzitter het feitelijke gegeven in aanmerking neemt (...) dat de afwijzing niet definitief is gezien de Commissie mogelijk haar beslissing moet herzien na een eventueel vernietigingsarrest door het Gerecht over de Afwijzingsbeschikkingen.”

4.3. Bepaling van de geldingsduur van de voorlopige maatregelen

61. De geldingsduur van de voorlopige maatregelen kan als volgt bepaald worden.

Hij mag, enerzijds, niet te lang zijn, zodat de voorlopige maatregelen niet zonder perspectief op behandeling en afhandeling van de klacht ten gronde zouden blijven gelden.

Hij moet, anderzijds, voldoende lang zijn, opdat er een redelijke kans bestaat dat er voor zijn verstrijken meer inzicht mogelijk is in het lot van de klachten die Spira indertijd bij de Europese Commissie heeft ingediend, en die het voorwerp zijn van de afwijzingsbeschikkingen waarover het Gerecht te oordelen heeft.

De volgende zichten vinden plaats op [...] 2012.

Het is gepast dat de termijn voor de verlenging van de voorlopige maatregelen verstrijkt na het laatste zicht van 2012, en dus alleszins op 31 december 2012.

Dit is overigens ongeveer de termijn die De Beers zelf, in uiterst ondergeschikte orde, in het beschikkende gedeelte van haar schriftelijke opmerkingen van 25 mei 2012 als hoogstens aanvaardbaar beschouwt.

Om deze redenen,

De voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

- Verklaart het verzoek om voorlopige maatregelen van Diamanthandel A. Spira BVBA, gekend ter griffie van de Raad voor de Mededinging als de zaak MEDE-V/M-12/0002, ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond als volgt,
- Veroordeelt De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV tot het verrichten van leveringen van diamant aan Diamanthandel A. Spira BVBA tot beloop van maximaal [...] US dollar ([...]) per zicht,
- Zegt voor recht dat dit bevel tot leveren geldt tot en afloopt op 31 december 2012,
- Zegt voor recht dat het bevel tot leveren, vervat in het beschikkende gedeelte van Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010, wordt hernomen voor het overige, dat wil zeggen behalve wat betreft de waarde van de maximale leveringsverplichting per zicht, en behalve wat betreft de geldingsduur van het bevel tot leveren,
- Zegt voor recht dat per overtreding van dit bevel een dwangsom verschuldigd is van 1.500.000 euro (één miljoen vijfhonderdduizend).

PUBLIEKE VERSIE

Aldus beslist en uitgesproken door Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op vrijdag 13 juli 2012.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt overeenkomstig artikel 67 WBEM aan De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV, Diamanthatel A. Spira BVBA en de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.