

BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

Het Mededingingscollege van de Belgische Mededingingsautoriteit
Beslissing nr.BMA-2015-P/K-08 van 25 maart 2015

Beroep tegen de beslissing van het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit BMA-2014-P/K-22-AUD van 15 oktober 2014 tot sepot van de zaak MEDE-P/K-09/0019, Diamanthandel A. Spira bvba t. Diamdel nv, qq. vereffenaar van The Diamond Trading Company (PTY) Limited.

Verzoekster

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid DIAMANTHANDEL A. SPIRA, met maatschappelijke zetel gevestigd te 2018 Antwerpen, Diamantbeurs, Kantoor 519-522, Pelikaanstraat 78 bus 106, KBO 0404.989.945, oorspronkelijk klager, hierna “Spira” of “verzoekster”,

die als raadslieden heeft Mr. Ralph De Wit en Mr. Arn Calewaert, beiden advocaat te Antwerpen (CGK Advocaten), met kantoor te 2018 Antwerpen, Paleisstraat 24, en Mr. Jacques Bourgeois, advocaat te Brussel (Wilmer Hale), met kantoor te 1050 Brussel, Bastion Tower, Marsveldplein 5.

Verweerster

De vennootschap naar Engels recht De Beers UK Limited (voorheen The Diamond Trading Company Limited) met vennootschapszetel te London EC1N 6RA (Verenigd Koninkrijk), 17 Charterhouse Street, registratienummer 2054170 en de naamloze vennootschap Diamdel, met vennootschapszetel te 2018 Antwerpen, Schupstraat 21, in haar hoedanigheid van vereffenaar van de naamloze vennootschap The Diamond Trading Company (PTY) Limited, met maatschappelijke zetel te 2018 Antwerpen, Schupstraat 21, ingeschreven in het handelsregister te Antwerpen onder het nummer 205.879, oorspronkelijk verweerster, hierna “De Beers” of “verweerster”,

die als raadslieden heeft Mr. Bernard van de Walle de Ghelcke en Mr Stefaan Loosveld, adocaten te Brussel (Linklaters) met kantoor te 1000 Brussel, Brederodestraat 13, en Mr Yvan Desmedt, advocaat te Brussel (Jones Day) met kantoor te 1000 Brussel, Regentschapsstraat 4.

In aanwezigheid van

Het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit.

1. Procedure

1. Op 15 oktober 2014 nam het Auditoraat van de BMA de Beslissing BMA-2014-P/K-22-AUD, ter kennis gebracht bij aangetekend schrijven met ontvangstbewijs op 20 oktober 2014, en strekkend tot sepot van de klacht van Diamanthatel A. Spira bvba in de zaak MEDE-P/K-09/0019, ingediend op 29 oktober 2009.
2. Op 18 november 2014 werd een beroep neergelegd tegen deze beslissing door de raadslieden van Spira.
3. Op 24 november 2014 heeft de voorzitter het College samengesteld en op 25 november heeft het Secretariaat de kalender voor de schriftelijke procedure meegedeeld aan De Beers, Spira en het Auditoraat.
4. Op 6 januari 2015 ontving het secretariaat de schriftelijke opmerkingen met bijlagen van De Beers.
5. Op 26 januari 2015 ontving het secretariaat de schriftelijke opmerkingen van het Auditoraat.
6. Op 11 februari 2015 ontving het secretariaat schriftelijke opmerkingen en stukken van Spira. Ze hernemen de argumenten van het verzoekschrift integraal en antwoorden op de schriftelijke opmerkingen van De Beers en het Auditoraat.
7. Op 6 maart 2015 ontving het secretariaat tweede schriftelijke opmerkingen van De Beers en op 9 maart ontving het secretariaat een erratum.

2. Voorwerp van het beroep

8. Spira vraagt het Mededingingscollege:
 - a. het hoger beroep van verzoekster Diamanthatel A. Spira bvba ontvankelijk en gegrond te verklaren;
 - b. de bestreden beslissing tot sepot BMA-2014-P/K-22-AUD van 15 oktober 2014 teniet te doen.

3. De aangevochten beslissing

1. Context en procedure

9. De aangevochten beslissing vermeldt in detail de antecedenten van deze zaak. De beslissing herinnert eraan dat De Beers in 2003 het 'Supplier of Choice' distributiemodel invoerde (hierna "de SoC contracten") waardoor nieuwe selectiecriteria voor zichhouders golden. Spira is sinds 1935 zichhouder geweest van De Beers tot de invoering van de SoC contracten in 2003. Volgens Spira zou De Beers zichhouders aanwijzen die zelf de ruwe diamant bewerken en die geen voortverkopers zijn van ruwe diamant. Aldus zou De Beers de voortverkoop van ruwe diamant aan banden willen leggen, en stroomafwaarts het gebruik van haar diamant willen controleren. Dit zou volgens Spira de reden zijn waarom De Beers haar niet langer selecteerde als

PUBLIEKE VERSIE

zichthouder. Spira is alleen verkoper van ruwe diamant. Spira oordeelt in haar klacht dat de SoC contracten een inbreuk vormen op de artikelen 2§1 en 3 WBEM 2006.

10. In 2001 heeft De Beers een verzoek tot de Europese Commissie gericht om voor de SoC contracten van levering van ruwe diamant aan de zichthouders van De Beers een verklaring te bekomen dat de regeling kon genieten van artikel 81, lid 3 EG. Na een mededeling van punten van bezwaar werden de SoC contracten aangepast, onder meer op het vlak van de informatie die De Beers mag opvragen bij kandidaat zichthouders en door het invoeren van de functie van een ombudsman. Vervolgens heeft de Commissie aan De Beers op 16 januari 2003 een comfort letter gegeven.
11. In 2003 werd bij de Commissie, onder meer door Spira, een klacht ingediend tegen De Beers betreffende de SoC contracten. Deze klacht werd op grond van onvoldoende gemeenschapsbelang afgewezen bij beschikking van 27 januari 2007, aangevuld door een tweede afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008. Spira stelde beroep in tegen deze beslissingen. Op 11 juli 2013 verwierp het Gerecht¹ dit beroep Spira op grond van onvoldoende gemeenschapsbelang. Het arrest verwijst naar de comfort letter van 16 januari 2003 en naar de ontwikkelingen in de Alrosa zaken waarnaar ook Commissie verwees bij het motiveren van haar afwijzing, en die sindsdien nog aan belang wonnen door het arrest van het Hof van Justitie in de Alrosa zaak².
12. De aangevochten beslissing betreft de klacht van Spira van 30 oktober 2009 bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging tegen De Beers met een verzoek om voorlopige maatregelen met toepassing van art. 62 oude WBEM. In deze procedure besliste de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 25 november 2010³ dat hij het verzoek om voorlopige maatregelen ontvankelijk en gegrond verklaarde. De Voorzitter stelde dat het bevel tot leveren gold, hetzij tot een maand na de dag waarop het arrest van het Gerecht van de Europese Unie zou worden uitgesproken over het beroep van Spira tegen de beschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 tot afwijzing van haar klacht, hetzij tot een maand na de dag van de beslissing van het Auditoraat waarbij de klacht van Spira zou worden geseponeerd. Deze beslissing werd behalve inzake de termijn waarvoor de voorlopige maatregelen golden, bevestigd door het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 19 oktober 2011 in de zaak 2010/MR/1.
13. De aangevochten beslissing vermeldt dat sindsdien verschillende beslissingen werden genomen om de duurtijd van de voorlopige maatregelen te verlengen, tot op 26 maart 2013⁴ het Hof van Beroep te Brussel besliste in zijn arrest in de zaken AR nr 2012/MR/1 en 2012/MR/2 en 2012/MR/4 en 2012/MR/6 dat de externe omstandigheden die zich inmiddels voordeden, in casu geen grond boden om nieuwe maatregelen te nemen ten laste van De Beers. Het Hof van Beroep vernietigde de drie bestreden beslissingen van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 april 2012, 27 april 2012 en 13 juli 2012. Het Hof legde op dat de geldingsduur van de bevolen maatregelen verstreek op 30 april 2012, tenzij tegen die datum :

¹ Gerecht, 8^{ste} kamer, T-108/07 en T-354/08

² Zie in laatste instantie het arrest van het Hof van Justitie 29 juni 2010 in de zaak C-441/07 P waarin het arrest van het Gerecht van 11 juli 2007 in de zaak T-170/06 werd vernietigd. Dat laatste arrest vernietigde een beslissing van de Commissie betreffende toezeggingen die werden gedaan inzake de handel tussen Alrosa en De Beers.

³ Raad voor de Mededinging, Beslissing nr 2010- V/M-47 van 25 november 2010

⁴ Hof van beroep te Brussel, 26 maart 2013, 18^{de} kamer, AR nr 2012/MR/1 en 2012/MR/2 en 2012/MR/4 en 2012/MR/6.

PUBLIEKE VERSIE

- de Auditeur een met redenen omkleed verslag ten gronde over de klacht had ingediend op grond van artikel 45 § 5 WBEM 2006;
- de Auditeur een met redenen omkleed verslag had ingediend met toepassing van artikel 45 §2 oude WBEM en hiertegen een verhaal zoals bedoeld in artikel 45 §3 WBEM 2006 werd ingesteld en zulks leidde tot vernietiging van het sepot.

2. Argumentatie in rechte van de aangevochten beslissing

14. Na een bespreking van de ontvankelijkheid van de klacht van Spira motiveert de aangevochten beslissing het sepot op de eerste plaats onder verwijzing naar de beslissing van de Europese Commissie om de klacht van Spira tegen De Beers te seponeren omdat de Commissie oordeelde dat er onvoldoende gemeenschapsbelang aanwezig was om de klacht verder te onderzoeken omwille van de geringe kans om een inbreuk te vinden.
15. De auditeur herinnert eraan dat zij het nuttig achtte om, na een onderzoek naar gegrondheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen, aan de Voorzitter van de Raad voorlopige maatregelen voor te stellen met het oog op het vermijden van onomkeerbare gevolgen, en om zo Spira ademruimte te geven tot op het moment van een Europese beslissing.
16. Ook de beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 25 november 2010 legde de band met de Europese procedures door met betrekking tot de duurtijd van de voorlopige maatregelen te stellen dat de voorlopige maatregelen zouden aflopen hetzij op de datum waarop het Gerecht van de Europese Unie het beroep van Spira tegen de beschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 tot afwijzing van haar klacht zou verwerpen, hetzij een maand na de dag van de beslissing van het Auditoraat waarbij de klacht van Spira zou worden geseponeerd.
17. Op 11 juli 2013 verwierp het Gerecht het beroep van Spira tegen het afwijzen van haar klacht in zaken T-108/07 en T-354/08. De aangevochten beslissing herinnert eraan dat het derde en vierde door Spira aangevoerde middel betrekking hadden op de inschatting van het gemeenschapsbelang en de verplichting om te motiveren, en dat het Gerecht oordeelde dat deze middelen dienden te worden verworpen in hun volledigheid.
18. De aangevochten beslissing stelt dat het Auditoraat de zaak op grond van deze evolutie opnieuw geëvalueerd heeft in het licht van de beschikbare middelen en in het kader van de internationale context. De beslissing stelt dat het Auditoraat, rekening houdend met de beperkte middelen waarover de Belgische Mededingingsautoriteit beschikt in verhouding tot de middelen ter beschikking van de Europese autoriteit, diende te besluiten dat indien de Commissie van oordeel was dat er een onvoldoende gemeenschapsbelang aanwezig is om de klacht verder te onderzoeken omwille van de lage waarschijnlijkheid om een inbreuk te vinden en omdat een complex onderzoek niet gerechtvaardigd kon worden, dit na de bevestiging van de Commissie beschikkingen door het Gerecht op alle punten, *a fortiori* gold voor de Belgische autoriteit.
19. De aangevochten beslissing merkt verder op dat de diamantsector niet is vermeld bij de prioriteiten van de BMA voor 2014.

20. De aangevochten beslissing verwijst naar de bevoegdheid om bij toepassing van artikel 42, §2 WBEM (artikel 45, §2 WBEM 2006) een klacht of verzoek te seponeren bij een met redenen omklede beslissing gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen. De beslissing herinnert aan de criteria die het Auditoraat hanteert bij het bepalen van zijn prioriteiten.
21. Het Auditoraat concludeert in de aangevochten beslissing dat voorliggende feiten de toets aan de criteria voor het bepalen van het prioriteitenbeleid niet doorstaan. Hieruit volgt voor het Auditoraat dat een onderzoek ten gronde niet kan worden gerechtvaardigd.

4. De argumenten van Spira

22. Spira vraagt de vernietiging van de aangevochten beslissing op de hierna samengevatte gronden:

1. Onvoldoende en onjuiste motivering

1.1. *Onvoldoende motivering*

23. Spira laat gelden dat de motivering van de bestreden beslissing nauwelijks verduidelijkt op welke feitelijke gronden het Auditoraat beslist heeft dat de feiten van de zaak de toets aan de criteria voor het bepalen van het prioriteitenbeleid niet doorstonden en een onderzoek ten gronde niet kon worden gerechtvaardigd. Spira beschouwt de aangehaalde motieven als een loutere stijlformule, met verwijzing naar de beslissing van de Raad voor de Mededinging in de zaak Duma / Mitsubishi⁵. Spira oordeelt dat het Auditoraat de beslissing diende te motiveren ten aanzien van elk van de in de Duma / Mitsubishi zaak vermelde criteria voor het prioriteitenbeleid.

24. Spira verwijt het Auditoraat ook het ontbreken van een antwoord op de argumenten ten gronde terwijl het Auditoraat eerder, bijvoorbeeld in het verslag van 17 april 2012, wel meende dat er voldoende grond was voor het nemen van voorlopige maatregelen. Spira stelt dat het Auditoraat diende te motiveren waarom het van mening zou veranderd zijn.

1.2. *Onjuiste motivering*

25. Spira stelt dat de aangevochten beslissing berust op materieel onjuiste feiten en een beoordelingsfout.

1.2.1. *Onjuiste motivering: belang van de diamantsector voor de Belgische economie en voor de consument*

⁵ Beslissing nr. 2011-P/K-52-AUD van 19 december 2011 in de zaak MEDE-P/K-09/0021, *Duma NV en G.S. International BVBA –v– Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd. en Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV*.

PUBLIEKE VERSIE

26. Spira laat gelden dat het motief betreffende het (gebrek aan) economisch belang van het dossier of schade voor consumenten gelet op het belang van de diamantsector onjuist is.
27. Spira merkt daarbij op dat het belang van de zaak niet beoordeeld diende te worden in het licht van de eventuele gevolgen van een verdwijnen uit de markt van Spira, maar in het licht van de impact op de markt van het marktgedrag van De Beers. Spira benadrukt dat deze zaak niet gaat om het belang van één zichthouder, en evenmin om een "luxeproduct", zoals De Beers het voorstelt. De zaak betreft volgens Spira de afgrendeling van een grondstoffenmarkt, in het voordeel van één dominante producent die zijn operaties terugtrekt uit de EU. Spira verwijst daarbij naar de daling van het aantal zichthouders door het invoeren van de SoC contracten, en ziet hierin één van de technieken die De Beers aanwendde om de aanwezigheid in Europa af te kunnen bouwen. Spira stelt ook dat deze ontwikkeling een grote impact heeft gehad op de banksector zoals zou blijken uit de problemen van KBC betreffende de Diamantbank.

1.2.2. Onjuiste motivering: de "waarschijnlijkheidsgraad van een inbreuk"

28. Spira stelt dat het Auditoraat ten onrechte de waarschijnlijkheidsgraad of ernst van de inbreuk inroept in haar sepotbeslissing. Met name heeft de Europese Commissie nooit vastgesteld dat er geen inbreuk was gepleegd, terwijl diverse instanties tot veertienmaal toe oordeelden dat er *prima facie* sprake kon zijn van een inbreuk. Spira stelt dat de Commissie de waarschijnlijkheidsgraad alleen inriep met betrekking tot het gemeenschapsbelang.
29. Spira bespreekt de uitvoerige jurisprudentie rond deze zaak en oordeelt dat het arrest van het Hof van beroep van Gent van 1 december 2014 niet relevant is voor de mededingingsrechtelijke procedure. Spira acht daarentegen het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015 betreffende het arrest van het Hof van beroep van Brussel van 19 oktober 2011 zeer relevant omdat eruit zou volgen dat Spira nog van voorlopige maatregelen kon genieten.

2. Onterecht overnemen van een Europese beslissing

30. Spira laat gelden dat het Auditoraat in strijd handelde met Verordening 1/2003 doordat het uit de vaststelling door de instellingen van de EU dat de zaak onvoldoende gemeenschapsbelang had, een argument afleidde om de Belgische zaak te seponeren. In het kader van de gedecentraliseerde toepassing had het Auditoraat uit die vaststelling juist het omgekeerde moeten afleiden.
31. Om goeddeels dezelfde redenen meent Spira dat het Auditoraat uit het feit dat Spira niet in beroep is gegaan tegen het arrest van het Gerecht van 11 juli 2013 niet kon afleiden dat Spira niet zou aandringen op een behandeling door de BMA, vermits Spira integendeel juist wanneer de Commissie niet optrad kon verwachten dat de BMA de klacht zou behandelen.

32. Spira licht het feit dat geen beroep werd aangetekend tegen het arrest van 11 juli 2013 verder toe met verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 22 maart 2000 in de zaken Coca-Cola Company t. Commissie⁶

3. Onredelijk verloop van tijd en verlies van middelen

3.1. *Impact op het prioriteitenbeleid en signaalfunctie*

33. Spira laat gelden dat een bevestiging van de bestreden beslissing betekent dat 5 jaar werk van de Raad voor de Mededinging en zijn Auditoraat verloren gaan terwijl de al bestaande stukken gemakkelijk kunnen worden herwerkt tot een gemotiveerd ontwerp van beslissing.

34. Spira meent ook dat indien de bestreden beslissing zou worden bevestigd, dit onvermijdelijk een signaal zal inhouden dat iedere overtreder die zich maar hardnekkig genoeg blijft verdedigen, beloond wordt met volledige straffeloosheid.

3.2. *Fundamentele schending van het recht van elke burger om zijn zaak behandeld te zien*

35. Spira laat gelden dat het beleid van de Auditoraat ondoorzichtig is. In het kader van een goede rechtsbedeling had de klager volgens haar bij het begin van de procedures moeten worden meegedeeld dat de desbetreffende sector geen prioriteit was en dat daarom de kans aanzienlijk was dat de klacht niet zou worden onderzocht. Op dat ogenblik had de klager een geïnformeerde beslissing kunnen nemen. Vijf jaar en drie moeizame procedures later gaat dit argument volgens Spira niet meer op.

36. Spira oordeelt dat een sepot, 11 jaar na de feiten en 5 jaar na de klacht, en nadat al zovele vaststellingen van het *prima facie* bestaan van inbreuken werden gedaan, een fundamentele schending vormt van het recht van elke burger om zijn zaak behoorlijk behandeld te zien en antwoord te krijgen op zijn klacht. Dit geldt volgens Spira met name wanneer een klager gedurende 11 jaar onafgebroken moet procederen om zijn commerciële bestaan en zijn rechten veilig te stellen, en hem dan wordt gemeld, nadat alle gegevens in de richting van zijn gelijk wijzen, dat verder onderzoek geen prioriteit is.

37. Spira stelt dat wat zij beschouwt als een systematisch niet beantwoorden van haar vragen en argumenten in de periode na het arrest van het Gerecht van 11 juli 2013 een schending uitmaakt van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen door in het geheel niet te antwoorden.

3.3. *Foutieve afwikkeling van de procedures tot het bekomen van voorlopige maatregelen*

38. Spira wijst tenslotte op een voorziening in cassatie tegen het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van arrest van 26 maart 2013, en op de conclusie van 7 november 2014 van Advocaat-generaal Van Ingelgem waarin hij concludeerde tot vernietiging van het bestreden arrest. Het Hof heeft de advocaat generaal gevolgd in het inmiddels publiek gemaakte arrest van 23 januari 2015.

⁶ Gevoegde zaken T-125/97 en T-127/97, *Jur.* 2000, II-1733

39. Het gevolg van dit arrest is volgens Spira, dat de voorlopige maatregel die destijds door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging werd opgelegd, nooit werd vernietigd en dat de Voorzitter nadien ook nog voorlopige maatregelen had mogen toekennen. Spira stelt dat de Voorzitter dit *de facto* ook heeft gedaan bij Beschikking van 31 december 2012, maar die beschikking werd op haar beurt vernietigd door het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 27 november 2013. Het feit dat dat arrest in kracht van gewijsde is gegaan (schriftelijke opmerkingen van De Beers, § 36 en § 93), is volgens Spira niet relevant omdat het zou steunen op een inmiddels door het Hof van Cassatie onjuist geachte benadering van de bevoegdheid tot het opleggen van voorlopige maatregelen. Het Hof, dat nu op terugverwijzing uitspraak zal doen, zou dan ook opnieuw voorlopige maatregelen kunnen opleggen.

5. De argumenten van De Beers

1. Voorafgaandelijke bedenking over de aard van het beroep tegen sepotbeslissingen

40. De Beers verwijst naar de rechtspraak van de Raad voor de Mededinging die stelde dat het Auditoraat, vanuit zijn taak van openbaar belang, over een zekere discretionaire bevoegdheid of beleidsmarge beschikt om een klacht te seponeren, mits de beslissing voldoende gemotiveerd is om aan de Raad voor de Mededinging toe te laten een daadwerkelijke controle uit te oefenen op het gebruik door het Auditoraat van die bevoegdheid. Volgens deze rechtspraak is het Auditoraat niet verplicht om te antwoorden op alle argumenten die de klager aanvoert (Beslissing nr. 2010-P/K-36, randnr. 37; Beslissing nr. 2012-P/K-23, randnrs. 23-25). Wanneer het sepot steunt op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen, zou dit een opportuniteitsbeslissing zijn die de wetgever in verband heeft gebracht met het prioriteitenbeleid (Beslissing nr. 2012-P/K-23, randnr. 23).

41. De Beers herinnert aan de beslissing van het Mededingingscollege nr. ABC-2014-P/K-05 waarin gesteld werd dat deze rechtspraak van de Raad ook relevant blijft onder artikel IV.42, §2 WER.

2. Voorafgaandelijke opmerking in de tweede schriftelijke opmerkingen van De Beers

42. De Beers stelt geen opmerkingen te hebben bij de opmerkingen van het Auditoraat, en verwijst inzake het antwoord op de opmerkingen van Spira in eerste instantie naar de eerste schriftelijke opmerkingen.

3. Over de feiten

43. De Beers betwist de stelling van Spira dat het distributiesysteem voor ruwe diamanten (de SoC contracten) ais oogmerk of minstens als effect heeft dat De Beers de volledige neerwaartse markt controleert, loutere ruwverdelers zoals Spira uitschakelt, en aldus in staat is om de prijzen te verhogen.

44. De Beers oordeelt dat de betrokken relevante markt de wereldwijde markt voor de verhandeling van ruwe diamanten is, en stelt dat ook Spira zelf deze geografische

PUBLIEKE VERSIE

marktafbakening weerhouden heeft in haar klacht bij de BMA van 2009, en zich om die reden in 2003 initieel gewend heeft tot de Europese Commissie.

45. De Beers stelt dat de Commissie de klacht van Spira niet heeft afgewezen omdat zij van oordeel was dat het aangeklaagde mededingingsprobleem voornamelijk de handel binnen één lidstaat merkbaar beïnvloedde en de betrokken nationale mededingingsautoriteit dus beter geplaatst was om de zaak te behandelen. De Beers stelt dat de Commissie met een diepgaande kennis van de sector van de ruwe diamant die zij onder meer verwierf door haar onderzoek in de Alrosa zaak, de klacht afwees wegens de lage waarschijnlijkheid om een inbreuk vast te stellen.
46. Volgens De Beers bevatten noch de beslissingen van de gewone rechtbanken in de procedures in kort geding, noch de beslissingen van de toenmalige Voorzitter van de Raad voor de Mededinging zetelend in voorlopige maatregelen, en evenmin de arresten van het Hof van Beroep te Brussel die de klager opsomt in randnr. 52 van het verzoekschrift, enige vaststelling van het bestaan van een inbreuk. De Beers wijst erop dat in al deze beslissingen toepassing is gemaakt van het "*prima facie*" of "schijn van recht" criterium eigen aan het kort geding en aan procedures betreffende voorlopige maatregelen.
47. Betreffende de procedures in voorlopige maatregelen voor de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging wijst De Beers erop dat Spira nalaat om te vermelden dat ook de beslissing van de Voorzitter van de Raad van 31 december 2012 werd vernietigd door het Hof van Beroep te Brussel in zijn arrest van 27 november 2013 in de zaken A.R. 2013/MR/3 & 2013/MR/5 en dat dit arrest in kracht van gewijsde is getreden.
48. De Beers bewist daarom dat een eventuele vernietiging van het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 maart 2013⁷ zou betekenen dat Spira "aanzienlijk langer" van de voorlopige maatregelen had kunnen genieten. De Beers stelt dat in die hypothese, onder voorbehoud van wat het Hof van verwijzing zou beslissen, de beslissing van de Voorzitter van 13 juli 2012 opnieuw zou kunnen gelden. Die beslissing beperkte de duur van de voorlopige maatregelen tot 31 december 2012. De verdere verlenging die de Voorzitter toekende in zijn beslissing van 31 december 2012 (uiterlijk tot 7 oktober 2013 - d.i. de datum waarop de uitspraak van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie toen ten laatste werd verwacht- maar onder voorbehoud van wat het Hof van Beroep zou beslissen in het toen nog hangend beroep tegen de beslissingen van 2012), werd vernietigd door het arrest van 27 november 2013 dat in kracht van gewijsde is getreden.
49. In de tweede schriftelijke opmerkingen betwist De Beers het door Spira vermelde marktaandeel, en wordt ontkend dat het de bedoeling van De Beers was om te 'vluchten' naar Botswana.

4. Over de procedures

50. De Beers verwijst naar het overzicht in de bestreden beslissing sub IV.

⁷ Dit arrest werd inmiddels vernietigd door het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015.

PUBLIEKE VERSIE

51. De Beers vestigt er met name de aandacht op dat, zoals vermeld in randnummer 12 van de bestreden beslissing, De Beers de SoC contracten op 3 mei 2001 voorafgaandelijk vrijwillig had aangemeld bij de Commissie met het oog op het bekomen van een negatieve verklaring of minstens van een vrijstelling op grond van het toenmalig Artikel 81 §3 EG, en dat de Commissie op 16 januari 2003 het onderzoek afsloot met een troostbrief.
52. De Beers stelt dat de bestreden beslissing geen melding maakt van de door Spira sedert 2003 gevoerde procedures voor de gewone hoven en rechtbanken en bezorgt het College een overzicht van deze procedures in bijlage 11 bij haar opmerkingen.
53. De Beers gaat ook in op het arrest van 1 december 2014 waarin het Hof van Beroep te Gent Spira's vordering in kortgeding verwierp (na cassatie van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 20 oktober 2008). Het Hof oordeelde in dit arrest dat geen van de twee essentiële voorwaarden vervuld waren om De Beers in kortgeding nog een voorlopige leveringsverplichting op te leggen. De Beers stelt dat het Hof oordeelde dat, elf jaar na de opzegging van de overeenkomst, de zaak niet meer spoedeisend geacht kon worden, omdat Spira haar eigen spoed zou hebben gecreëerd door gedurende al die tijd de procedure ten gronde voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen niet te benaarstigen. Voorts achtte het Hof volgens De Beers de beweringen van Spira niet bewezen dat Spira niet over alternatieve bevoorradingsbronnen beschikt en zonder bevoorrading door De Beers gedoemd is failliet te gaan. En voor zover die beweringen al bewezen zouden zijn, zou dat hoe dan ook onvoldoende zijn om meer dan 10 jaar na de opzegging van de overeenkomst nog tot het bestaan van spoedeisendheid te besluiten. Ten tweede laat De Beers gelden dat het Hof van Beroep te Gent stelde dat de bevinding van de Europese Commissie, bevestigd door het Gerecht van de Europese Unie, dat er een lage graad van waarschijnlijkheid is om een inbreuk te vinden, volstaat om te besluiten tot de afwezigheid van een schijn van recht zoals vereist voor het nemen van voorlopige maatregelen in kortgeding.

5. Over de grieven van Spira

5.1. Eerste grief : Onvoldoende en onjuiste motivering

54. De Beers stelt dat deze grief vijf middelen betreft die slechts gedeeltelijk te maken hebben met de eigenlijke motiveringsplicht.

5.1.1. Onvoldoende motivering in de eigenlijke betekenis

55. De Beers stelt dat uit vaste Europese rechtspraak volgt dat de motiveringsplicht niet inhoudt dat de auteur van de bestreden beslissing op alle middelen en argumenten van een partij dient in te gaan, en dat de omvang van de motieven aangepast kan worden aan de aard van de beslissing, de context en de omstandigheden van de zaak, en aan de rechtspositie van de betrokken partij. De Beers oordeelt dat de aangevochten beslissing volledig voldoet aan deze criteria omdat de aangevochten beslissing alle nodige feitelijke en juridische elementen bevat die zowel aan het College als aan de klager toelaten een inzicht te krijgen in de beweegredenen van het Auditoraat.

PUBLIEKE VERSIE

56. De Beers betwist in de tweede schriftelijke opmerkingen de pertinentie van de door Spira vermelde rechtspraak van de Raad van State en stelt dat geen enkele rechtsregel het Auditoraat ertoe verplichtte een sepotbeslissing te motiveren ten aanzien van elk van de criteria voor het bepalen van de prioriteit van een zaak.

5.1.2. De beweerdelijke inertie van de BMA bij de behandeling ten gronde

57. De Beers acht de beschouwingen van de klager over het beweerdelijk stilzitten van het Auditoraat irrelevant gezien dit op geen enkele manier de rechtsgeldigheid van de aangevochten beslissing zou kunnen aantasten. De Beers stelt ook dat het standpunt dat het Auditoraat tijdens de procedure in voorlopige maatregelen had ingenomen in het kader van een *prima facie* beoordeling, zonder belang is voor de beoordeling van de klacht ten gronde, en in elk geval achterhaald werd door de her-evaluatie waartoe het Auditoraat is over gegaan na het arrest van het Gerecht van 11 juli 2013.

58. De Beers stelt dat Spira zelf in het verzoekschrift (randnummer 27) begrip toont voor de afwachtende houding die het Auditoraat heeft aangenomen hangende het beroep van Spira tegen de verwerpingsbeslissingen van de Commissie. De Beers voegt daaraan toe dat een deel van de vertraging van de procedure voor het Gerecht aan Spira en BVGD zelf te wijten zou zijn, omdat het verzet van Spira tegen de mededeling van dossierstukken aan De Beers als tussenkomende partij de kamer van het Gerecht ertoe gedwongen heeft om zelf een analyse te maken naar de betrouwbaarheid van de betwiste stukken.

59. Uit het relaas van de besprekingen die Spira na het wijzen van het arrest van 11 juli 2013 voerde met het Auditoraat en uit de stappen die Spira ondernam om het onderzoek te zien openen, zou blijken dat het Auditoraat wel degelijk heeft onderzocht of er aanleiding (en de mogelijkheid) bestond om, ondanks het arrest van het Gerecht, een onderzoek ten gronde te voeren, en dat het daartoe onder meer inlichtingen heeft gevraagd aan Spira.

5.1.3. Onvoldoende motivering m.b.t. het gebrek aan economisch belang

60. De Beers acht deze grief ondoeltreffend daar hij gericht is tegen een *obiter dictum* in de bestreden beslissing.

61. Bovendien oordeelt De Beers dat het middel is doorweven met talrijke feitelijke beweringen en beschuldigingen, die Spira in alle procedures steeds zou aanvoeren, maar die volgens De Beers onjuist, onvolledig, overdreven of verdraaid zijn, en overigens reeds afgewezen werden door de Commissie.

62. In de tweede schriftelijke opmerkingen stelt De Beers verder dat Spira niet aangeeft wat het consumentenbelang is van de zaak, en dat onder meer de door Spira gegeven cijfers over het aantal zichthouders onjuist zijn. Zo zouden er sinds 1990 nooit meer dan 100 zichthouders zijn geweest in Antwerpen.

5.1.4. Onjuiste motivering: "de waarschijnlijkheidsgraad van de inbreuk"

63. Dit onderdeel van de eerste grief faalt naar het oordeel van De Beers. Voor zover het bedoeld is als een middel betreffende de schending van de motiveringsplicht zou het kennelijk ongegrond zijn, omdat De Beers de redengeving van de bestreden beslissing om de eerder gegeven redenen voldoende en adequaat acht. Voor zover het opkomt tegen het in aanmerking nemen van de evaluatie van de klacht door de Commissie, verwijst De Beers naar de behandeling van de tweede grief.
64. De Beers herinnert eraan dat de Commissie de klacht van Spira verworpen heeft wegens gebrek aan gemeenschapsbelang op basis van het criterium van de lage graad van waarschijnlijkheid van het vinden van een inbreuk. De Beers verwijst in dit verband in de tweede schriftelijke opmerkingen naar een arrest van het Hof van Cassatie van 15 december 1986⁸ volgens hetwelk voor het vaststellen van de motieven van een rechterlijke beslissing niet alleen moet worden gekeken naar het beslissend gedeelte maar naar het geheel van de motivering.

5.2. Tweede grief: Onterecht overnemen van de Europese beslissing

5.2.1. Gebrek aan gemeenschapsbelang

65. De Beers oordeelt dat de klager dwaalt in rechte en dat dit middel berust op een verkeerde opvatting over de toepassing van Verordening (EG) Nr. 1/2003 en de verhouding tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten enerzijds, alsmede van de betekenis van de afwijzing van een klacht wegens gebrek aan gemeenschapsbelang anderzijds.
66. De Beers herinnert er zoals vermeld aan dat de Commissie de klacht van Spira verworpen heeft wegens gebrek aan gemeenschapsbelang op basis van het criterium van de lage graad van waarschijnlijkheid van het vinden van een inbreuk.
67. De Beers verwijst ook naar de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de behandeling van klachten. Daar wordt onder randnr. 79 gesteld dat in een beschikking tot afwijzing van een klacht niet definitief uitspraak wordt gedaan over het al dan niet bestaan van een inbreuk. De Beers stelt dat het oordeel van de Commissie een feitelijk gegeven is waarmee de nationale rechter (*mutatis mutandis* ook de nationale mededingingsautoriteit) rekening kan houden bij het onderzoek van de vraag of de betrokken overeenkomst of gedraging in overeenstemming is met de artikelen 101 en 102 VWUE. De Beers verwijst daarbij ook naar het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 19 oktober 2011. De Beers wijst verder op artikel 16 §2 van Verordening 1/2003 dat bepaalt dat wanneer mededingingsautoriteiten van de lidstaten de artikelen 101 of 102 VWEU toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking.
68. Naar het oordeel van De Beers heeft het Auditoraat de klacht van Spira niet geseponneerd op grond van onbevoegdheid, noch de beoordeling van de Commissie "klakkeloos" overgenomen. Het Auditoraat zou wel degelijk een eigen opportuniteitsbeoordeling gevoerd hebben in functie van de bevestiging van de

⁸ AR 7626, *Arr. Cass.* 1986-1987, 508.

PUBLIEKE VERSIE

verwerpingsbeslissingen van de Commissie door het Gerecht en de verwerping van de middelen van Spira op alle punten.

5.2.2. De berusting in het arrest van het Gerecht van 11 juli 2013

69. De kritiek van de klager in dit onderdeel acht De Beers onbegrijpelijk. In de bestreden beslissing zou de berusting van Spira in het arrest van 11 juli 2013 geenszins tegen de klager gebruikt zijn, noch aan de klager verweten.
70. De Beers acht het feit dat dit arrest in kracht van gewijsde is getreden een feit en een juridisch element waarmee het Auditoraat vermocht en zelfs moest rekening houden.

5.3. Derde grief: Onredelijk verloop van tijd en verlies van middelen

71. De Beers acht geen van de middelen die onder deze noemer worden aangevoerd relevant voor de beoordeling van de aangevochten beslissing.

5.3.1. Impact op het prioriteitenbeleid

72. De Beers herhaalt dat de aard en de omvang van het onderzoek dat nodig was voor een verslag van het Auditoraat (onder de WBEM) in het kader van voorlopige maatregelen aanzienlijk afwijken van de vereisten van een onderzoek ten gronde dat leidt tot een ontwerp van beslissing (onder de huidige wetgeving). De klager stelt daarom volgens De Beers ten onrechte dat de bestaande analyses die het Auditoraat in het kader van de procedures in voorlopige maatregelen heeft gevoerd gemakkelijk zouden kunnen herwerkt worden tot een rapport ten gronde (lees: ontwerp van beslissing) en dat deze uitwerking weinig middelen zou vergen.

5.3.2. De "signaalfunctie"

73. Dit argument miskent volgens De Beers de bevoegdheid die de wet aan het Auditoraat heeft toegekend om discretionair en op grond van een opportuniteitsoordeel klachten te seponeren.
74. De Beers meent dat de klager ervan uit gaat dat er in deze zaak sprake is van een ernstige overtreding van de mededingingsregels, terwijl dit naar het oordeel van de Commissie en van het Gerecht te weinig waarschijnlijk is om een verder onderzoek te verantwoorden.

5.3.3. Schending van het recht van elke burger om zijn zaak behandeld te zien

75. De Beers stelt onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht dat het indienen van een klacht de klager geen (subjectief) recht geeft om een definitieve beschikking over het al dan niet bestaan van de beweerde inbreuk te verlangen.

5.3.4. "Foutieve afwikkeling" van de procedures tot het bekomen van voorlopige maatregelen

76. De Beers acht dit onderdeel niet relevant voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de sepotbeslissing omdat de procedure in voorlopige maatregelen en de afwikkeling ervan zonder belang is voor de behandeling van de klacht ten gronde.
77. De Beers stelt verder zoals eerder vermeld dat cassatie van het arrest van het Hof van Beroep van 26 maart 2013⁹ zonder gevolgen blijft voor deze zaak omdat het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 27 november 2013 in kracht van gewijsde is getreden, en de voorlopige maatregelen daarom volgens De Beers eindigden op 31 december 2012.
78. Op grond van deze opmerkingen besluit De Beers dat het beroep van Spira tegen de bestreden beslissing kennelijk ongegrond is.

6. De opmerkingen van het Auditoraat

6.1. Procedure en inleidende opmerking

79. Het Auditoraat schetst de gevolgde procedure en stelt dat in het kader van dit beroep van alle argumenten die door partijen worden aangehaald, alleen die argumenten pertinent zijn die verband houden met de motiveringsplicht van het Auditoraat in het kader van een sepotbeslissing, en de controle op die motiveringsplicht door het Mededingingscollege.

6.2. *Motivering van bestuurshandelingen*

6.2.1. *Motivering van een sepotbeslissing door het Auditoraat*

80. Het Auditoraat herinnert aan de bepalingen van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, en aan artikel IV.42, § 2 WER.¹⁰
81. Artikel 2 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen bepaalt dat bestuurshandelingen ‘uitdrukkelijk’ moeten worden gemotiveerd. Dit impliceert voor het Auditoraat dat de beslissing die ter kennis wordt gebracht aan de betrokkene(n) niet enkel het dictum moet omvatten, maar tevens de redenen moet weergeven op grond waarvan de beslissing werd genomen. De draagwijdte van een formele motiveringsplicht is evenwel niet dezelfde als de formele motiveringsplicht die voor rechterlijke beslissingen geldt.
82. Het Auditoraat herinnert aan de rechtspraak van de Raad voor de Mededinging inzake sepotbeslissingen en met name aan de door partijen uitvoerig aangehaalde beslissing

⁹ Dit arrest werd inmiddels vernietigd door het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015.

¹⁰ Zie, o.m. Beslissing 2012-P/K-23 van 27 september 2012 in de zaak MEDE-P/K-09/0021, *Duma NV en G.S. International BVBA –v– Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd. en Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV*, overweging 18.

Duma/Mitsubishi¹¹ en de zaak Syndicat des Libraire Francophones de Belgique contre Dilibel.¹²

83. Het Auditoraat concludeert dat de wetgever inzake sepotbeslissingen aan het Auditoraat een zekere beleidsmarge heeft gegeven die te rechtvaardigen is vanuit de missie van algemeen belang die de mededingingsautoriteit heeft en die deze autoriteit volgens het Auditoraat onderscheidt van de rechtbanken die in de eerste plaats moeten instaan voor het beschermen van de rechten van ondernemingen die nadeel ondervinden van overtredingen van de mededingingsregels. Het komt het Auditoraat toe te bepalen hoe de beschikbare, beperkte middelen van de mededingingsautoriteit worden ingezet en deze opportuniteitsbeslissing wordt door de wetgever in verband gebracht met het prioriteitenbeleid. Wel dient het Auditoraat te motiveren welke feitelijke en/of juridische elementen een rol hebben gespeeld bij de afweging van het Auditoraat om een dossier te seponeren, opdat het Mededingingscollege een effectieve controle zou kunnen uitoefenen op het gebruik dat het Auditoraat maakt van haar discretionaire bevoegdheid.
84. Het Auditoraat verwijst ter zake verder naar de uitspraak van het Mededingingscollege inzake de concentratie Autoveiligheid/Touring¹³.

6.2.2. Motivering van de sepotbeslissing door het Auditoraat in casu

85. Het Auditoraat stelt dat het de klacht van Spira *in casu* geseponeerd heeft op grond van artikel IV.42 § 2 WER, gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen.
86. Spira stelt in overweging 22 van haar beroepschrift dat het Auditoraat een loutere stijlformule zou gebruikt hebben in het sepot van voorliggend dossier, en stelt dat deze stijlformule identiek zou zijn aan deze in de beslissing in de zaak Duma/Mitsubishi¹⁴. Een vergelijking van de motivering van beide beslissingen volstaat volgens het Auditoraat om deze stelling te ontkrachten. Het Auditoraat herinnert eraan dat de beslissing van het Auditoraat inzake Duma/Mitsubishi 2 pagina's telt, terwijl de bestreden sepotbeslissing van het Auditoraat 15 pagina's telt waarin eerst de feiten omstandig zijn uiteengezet en vervolgens de beslissing tot sepot omstandig wordt gemotiveerd.

7. Het Mededingingscollege

7.1. Sepot gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen

87. De bevoegdheid van het Auditoraat om klachten en verzoeken in een gemotiveerde beslissing te seponeren gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen, thans neergelegd in artikel IV.42 §2, 2° zin WER, werd een eerste maal ingevoegd in de

¹¹ Beslissing 2012-P/K-23 van 27 september 2012 in de zaak MEDE-P/K-09/0021, *Duma NV en G.S. International BVBA –v– Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd. en Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV*.

¹² Conseil de la concurrence 22 septembre 2010, nr 2010-P/K-36-AUD Syndicat des Libraires Francophones de Belgique/Dilibel

¹³ Beslissing nr. BMA-2013-C/C-02 van 24 oktober 2013.

¹⁴ Beslissing nr. 2011-P/K-52-AUD van 19 december 2011 in de zaak MEDE-P/K-09/0021, *Duma NV en G.S. International BVBA –v– Mitsubishi Shoji Kaisha Ltd. en Mitsubishi Caterpillar Forklift Europe BV*.

PUBLIEKE VERSIE

tekst van artikel 45 §2 WBEM door artikel 154 van de wet van 6 mei 2009¹⁵. De Memorie van toelichting¹⁶ gaf de volgende toelichting:

“Een proactief mededingingsbeleid en een echt prioriteitenbeleid zijn, met beperkte middelen, onverenigbaar met een verplichting om alle ontvankelijke en mogelijks gegronde klachten en verzoeken te behandelen. Tot nu toe kon ruimte worden gemaakt voor een prioriteitenbeleid omdat de ontvankelijkheideisen voor klachten erg veeleisend zijn. Maar die vereisten zijn moeilijk te verzoenen met een gezond beleid van administratieve vereenvoudiging. De seponeringsproblematiek leidt ook tot een oneigenlijk gebruik van de verjaring. Daarom stellen wij voor om het Auditoraat uitdrukkelijk de bevoegdheid te geven om klachten en verzoeken te seponeren in het licht van het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen”.

88. Onder de WBEM kon een beroep tegen een sepotbeslissing ingesteld worden bij de Raad voor de Mededinging. Tegen een beslissing in beroep van de Raad stond geen verder beroep open.
89. Artikel IV.42, §2 WER nam de tekst over van artikel 45, §2 WBEM maar het beroep bij de Raad werd vervangen door een beroep bij het Mededingingscollege. Omdat de seponeringsgronden niet werden gewijzigd, geeft de memorie van toelichting bij de wet van 3 april 2013 over het invoegen van Boek IV in het WER ter zake geen verdere toelichting.
90. Het tweede lid van artikel IV.42 §3 WER is nieuw. Als algemene regel heeft Boek IV WER de mogelijkheid voor het College om bijkomend onderzoek te vragen aan het Auditoraat geschrapt. In de nieuwe wet is er daarom geen bepaling opgenomen met eenzelfde inhoud als §4 van artikel 48 WBEM. De memorie van toelichting zegt dienaangaande in de toelichting bij artikel IV.45 WER wat volgt:

“Het Mededingingscollege dient te oordelen over de zaak zoals voorgelegd door het auditoraat en de partijen. Het kan geen bijkomende grieven laten onderzoeken. §§ 4 en 6 van artikel 48 WBEM zijn daarom geschrapt”.

91. De wetgever heeft echter willen vermijden dat een College zich verplicht zou zien om een sepotbeslissing te vernietigen terwijl naar het oordeel van het College andere dan in die beslissing aangevoerde gronden een sepot zouden kunnen verantwoorden¹⁷. Procedures betreffende een sepotbeslissing op grond van het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen zijn daarom de enige waarin onder welbepaalde voorwaarden de voorzitter het Auditoraat kan vragen om zijn motivering te verduidelijken. Dit moet volgens het College zo begrepen worden dat de voorzitter om verduidelijking kan vragen wanneer de appellerende partij ernstige argumenten inroept betreffende de motivering van de aangevochten beslissing.

¹⁵ B.S. 19 mei 2009.

¹⁶ Kamerstuk 52-1786/001, in het oorspronkelijke ontwerp artikel 148.

¹⁷ Memorie van toelichting bij artikel IV.41 §3 WER: *“In § 3 wordt voorzien in een vluggere afhandeling van beroepen tegen een sepot beslissing”.*

92. Zoals het mededingingsrecht van de Europese Unie¹⁸ gaat het Belgische mededingingsrecht met deze bepalingen inzake het vervolgingsbeleid uit van het opportuniteitsbeginsel: het Auditoraat heeft geen verplichting om alle klachten ten gronde te onderzoeken. De door de Belgische wetgever gekozen optie spoort dan ook met de verplichtingen van de Lidstaten inzake een effectieve handhaving van de mededingingsregels in het Verdrag¹⁹.
93. Het College moet zich laten leiden door de duidelijke wil van de Wetgever om het Auditoraat een ruime beoordelingsmarge te laten bij de beslissing om al dan niet verder te gaan met een onderzoek, gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen. Het prioriteitenbeleid verwijst naar het oordeel van het College overigens niet alleen naar de nota die het Directiecomité aanneemt inzake het prioriteitenbeleid²⁰. Het Auditoraat moet ook in functie van de beschikbare middelen, het relatieve belang van een zaak kunnen inschatten in verhouding tot andere lopende of potentiële dossiers waarvan alleen het Auditoraat kennis heeft en waarnaar het in de motivering van een sepotbeslissing niet mag verwijzen.
94. Uit dit alles volgt dat het Mededingingscollege bij het beoordelen van deze seponeringsgrond, dient na te gaan of de motieven toelaten vast te stellen waarom het Auditoraat seponerde, en of de aangevochten beslissing gelet op haar motivering al dan niet kennelijk onredelijk was. Concreet dient het College bij een verwijzing naar het prioriteitenbeleid na te gaan of de voorliggende zaak in de prioriteitennota vermeld werd, en of, in het geval van vermelding, afdoende is gemotiveerd waarom de zaak toch op deze grond wordt geseponerd. (Eén van de redenen om in geval van vermelding in de prioriteitennota alsnog te seponeren kan het ontbreken zijn van de vereiste middelen, of de relatieve prioriteit van een bepaalde zaak in vergelijking met andere zaken die door het Auditoraat worden behandeld.)
95. Het Mededingingscollege herinnert verder aan zijn eerdere rechtspraak over de voor het College geldende motiveringsplicht, volgens welke de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht daarbij inspirerend kunnen zijn. Het College dient zich als beslissend orgaan van een Belgische administratieve autoriteit evenwel in eerste instantie te richten op de rechtspraak van de Raad van State²¹.

7.2. Beoordeling in rechte van de aangevochten beslissing

¹⁸ Zie bij voorbeeld zaak T-24/90, 18 september 1992, *Automec*; en recenter zaak T-342/11, 6 februari 2014, *C.E.E.S.*; zie ook nog *Mededeling van de Commissie betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de Artikelen 81 en 82 van het Verdrag*, randnr. 41.

¹⁹ Zie bij voorbeeld de zaken C-681/11, 18 juni 2013, *Schenker*; en C-439/08, 7 december 2010, *Vebic*.

²⁰ Zie voor 2014 [Het prioriteitenbeleid van de Belgische Mededingingsautoriteit voor 2014 \(PDF, 426.82 Kb\)](#).

²¹ Beslissingen van 24 oktober 2013 - Zaak nr. MEDE-C/C-13/0023, *Koninklijke Belgische Touring Club*; en van 25 oktober 2013 - Zaak nr. MEDE-C/C-13/0020, *Mediahuis*.

96. Het College oordeelt dat bij het beoordelen van de motivering van de aangevochten beslissing niet alleen gekeken moet worden naar de paragrafen “In rechte” en de “Conclusie”, maar naar het geheel van de tekst van de beslissing²².

7.2.1. Over de eerste grief: onvoldoende en onjuiste motivering

97. Gelet op het geheel van de elementen die zijn vermeld in de aangevochten beslissing, acht het College het onjuist te poneren dat het Auditoraat zich tot een stijfiguur zou hebben beperkt. De aangevochten beslissing geeft integendeel aan dat het Auditoraat bij de behandeling van de klacht, zoals ook de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging bij het nemen van voorlopige maatregelen, steeds de mogelijkheid open wilde houden om rekening te houden met beslissingen die werden verwacht van de instellingen van de Europese Unie. De beslissing geeft verder aan dat de definitief geworden verwerping van het beroep van Spira tegen de klasseringsbeslissing van de Europese Commissie voor het Auditoraat een reden was om de slaagkans onvoldoende hoog te achten.

98. Het is belangrijk er daarbij op te wijzen dat de Europese Commissie de zaak niet van onvoldoende communautair belang achtte omwille van de geografische impact, maar omdat de kans dat het dossier tot een veroordeling zou leiden te klein werd geacht. Het motief van de klasseringsbeslissing was daarom direct relevant voor het beoordelen van de prioriteit die de zaak kon krijgen voor de Belgische autoriteit en van het beslag dat de zaak wellicht zou leggen op de schaarse middelen van de BMA.

99. De aangevochten beslissing stelt verder vast dat de geseponeerde klacht niet kaderde binnen het geëxpliciteerde prioriteitenbeleid. Deze vaststelling houdt niet in dat de betrokken sector niet van groot economisch belang kan zijn, maar is zoals eerder aangegeven belangrijk voor het bepalen van de omvang van de motiveringsplicht van een sepotbeslissing. Om een sepot in functie van het prioriteitenbeleid te motiveren is dit een wezenlijke vaststelling, waarbij niet moest worden ingegaan op de argumenten over het belang van de sector. Het komt het College overigens niet toe om zich uit te spreken over het prioriteitenbeleid.

100. Het College oordeelt om deze redenen dat het Auditoraat voldaan heeft aan de motiveringsplicht voor een sepotbeslissing op de ingeroepen grond.

101. De overige door Spira in het kader van de eerste grief ingeroepen motiveringsgebreken zijn niet van aard de rechtsgeldigheid aan te tasten van een sepot op grond van het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen.

102. Het College merkt nog op dat het eigen is aan een procedure over voorlopige maatregelen dat deze maatregelen ook gerechtvaardigd kunnen zijn wanneer de zaak ten gronde nadien wordt geseponeed of ongegrond verklaard, vermits deze maatregelen op de eerste plaats het nuttig effect willen beschermen van de latere beslissing zonder dat de autoriteit zich in dat stadium al over die eindbeslissing mag uitspreken. Bovendien kunnen zowel prioriteiten als de beschikbaarheid over middelen evolueren nadat voorlopige maatregelen zijn uitgesproken. Het zou van een miskenning

²² Zie in eenzelfde zin ook voor rechterlijke uitspraken: Hof van Cassatie van 15 december 1986, AR 7626, Arr.Cass. 1986-1987, 508)

PUBLIEKE VERSIE

van voornoemd opportuniteitsbeginsel én van de wettekst getuigen, om uit het opleggen van voorlopige maatregelen nadien een verbod op sepot af te leiden.

7.2.2. Over de tweede grief: onterecht overnemen van een Europese beslissing

103. Het Mededingingscollege is met Spira van oordeel dat het ontbreken van een gemeenschapsbelang in de betekenis van het mededingingsrecht van de Europese Unie gelet op het subsidiariteitsbeginsel op zich niet betekent dat een zaak onvoldoende belang heeft voor de BMA. De Europese Commissie achtte zoals eerder vermeld de zaak echter niet van onvoldoende gemeenschapsbelang omwille van haar geografische impact, maar omdat de kans dat het dossier tot een veroordeling zou leiden te klein werd geacht. Het is volgens het College daarom onjuist te stellen dat in deze zaak het ontbreken van een gemeenschapsbelang gelet op het subsidiariteitsbeginsel juist wees op een 'Belgisch' belang. De procedure op EU niveau is op zich genomen niet bepalend, in de ene zin (verplichting tot sepot op nationaal niveau) noch in de andere (verplichting tot behandeling op nationaal niveau). Zeker indien gebaseerd op een gebrek aan slaagkans van een vordering die op EU en nationaal niveau op identieke of gelijkaardige juridische gronden is gestoeld, kan het oordeel van de Europese Commissie echter een gewichtig argument vormen voor een nationale autoriteit, die voorts beslist op grond van de eigen prioriteiten en de eigen middelen en niet de prioriteiten en middelen van de Europese Commissie. Zo is in casu geschied: het Auditoraat heeft besloten in functie van de eigen middelen en de eigen prioriteiten maar heeft bij die beslissing in rekening gebracht dat de vordering van Spira naar het oordeel van de Europese Commissie weinig kans op succes had. Aangezien de vordering van Spira op Europees en nationaal niveau op deels identieke (EU recht), deels gelijkaardige (nationaal recht) juridische argumenten is gestoeld, was het in het kader van het gemoderniseerde Europese mededingingsrecht niet slechts aangewezen maar veeleer noodzakelijk dat het Auditoraat belang hechtte aan de visie van de Europese Commissie.
104. Het Mededingingscollege is ook met Spira van oordeel dat het voorzichtig moet zijn wanneer het rechtsgevolgen verbindt aan het niet aanvechten van een beslissing, in casu het arrest van het Gerecht van 11 juni 2013. Evenwel kon het Auditoraat niet anders dan vaststellen dat het verwerpen van de klacht van Spira tegen De Beers zo definitief is geworden.
105. De aangevochten beslissing vermeldt bovendien niet alleen het klasseren van de klacht van Spira, maar ook het daaraan voorafgaande afgeven van de comfort letter (ook troostbrief genoemd) van 16 januari 2003, die steunde op het toenmalige equivalent van het huidige artikel 101 (3) VWEU. Krachtens artikel 3, lid 2 van Verordening 1/2003 van de Raad (EG) van 16 december 2002 mag de toepassing van het mededingingsrecht van de Lidstaten niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 101 (3) VWEU.
106. Het College oordeelt om deze redenen dat het Auditoraat gerechtigd was een sepotbeslissing te nemen onder verwijzing naar de Europeesrechtelijke antecedenten van de betwistingen tussen Spira en De Beers.

7.2.3. Over de derde grief: onredelijk verloop van tijd en verlies van middelen

PUBLIEKE VERSIE

107. Zoals eerder aangegeven, heeft het Auditoraat in de opzet van het Belgische mededingingsrecht geen algemene en absolute plicht om zaken te onderzoeken.
108. Ook inzake de door Spira ingeroepen signaalfunctie verwijst het College wederom naar de beoordelingsmarge van het Auditoraat om te beslissen over de opportuniteit van een onderzoek.
109. In deze zaak moet het uitblijven van onderzoeksdaden bovendien beoordeeld worden in het licht van de wens van het Auditoraat om rekening te houden met beslissingen die werden verwacht van de instellingen van de Europese Unie, en die ook relevant bleken voor het beoordelen van de zaak.
110. Eventuele kritiek op de procedures inzake voorlopige maatregelen is tenslotte niet van aard om invloed te hebben op de bevoegdheid van het Auditoraat om de zaak ten gronde niet verder te zetten.

7.2.4. Besluit over de grieven

111. Op grond van het geheel van deze elementen oordeelt het Mededingingscollege dat het Auditoraat gerechtigd was de aangevochten beslissing te nemen en deze beslissing bovendien voldoende heeft gemotiveerd. Er is daarom voor het College geen grond tot vernietiging van de aangevochten beslissing.

7.2.5. Het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2015

112. Artikel IV.64, § 1 WER voorziet alleen in het nemen van voorlopige maatregelen betreffende restrictieve mededingingspraktijken 'die het voorwerp van onderzoek uitmaken'. In deze zaak heeft het Auditoraat in de aangevochten beslissing het onderzoek ten gronde afgesloten door de zaak te seponeren. Er kunnen in deze zaak dus geen voorlopige maatregelen meer worden genomen, tenzij het Mededingingscollege de aangevochten beslissing vernietigt.
113. Het arrest van het Hof van Cassatie besliste trouwens betreffende de periode waarin voorlopige maatregelen konden worden genomen bij toepassing van artikel 62, § 1 WBEM dat moet worden beschouwd dat er een onderzoek hangende is van zodra een klacht is ingediend bij het Auditoraat, waaromtrent het Auditoraat nog geen beslissing tot sepot heeft genomen. Artikel IV.64, § 1 WER herneemt de relevante passage uit artikel 62, § 1 WBEM.

Het College oordeelt dat artikel IV.64, § 1 WER verder zo moet worden gelezen dat voorlopige maatregelen nooit langer kunnen gelden dan tot de eindbeslissing van het Mededingingscollege of het Auditoraat, ongeacht of dit een sepotbeslissing is, dan wel een transactie, of nog een vaststelling van inbreuk, of een beslissing zoals bedoeld in de artikelen IV.47, IV.48 (2°) of IV.49, § 1 WER. Voorlopige maatregelen dienen immers naar het oordeel van het College de in artikel IV.64, § 1 WER bedoelde schade met name te vermijden om het nuttig effect te vrijwaren van de te nemen eindbeslissing, en zo te

PUBLIEKE VERSIE

voldoen aan de verplichting van Lidstaten om de effectiviteit van de handhaving van de mededingingsregels te bewaken.²³

OM DEZE REDENEN

Beslist het Mededingingscollege bij toepassing van artikel IV.42, §§ 2 en 3 WER:

- dat het beroep van 18 november 2014 ontvankelijk is doch ongegrond,
- en verwerpt het dit beroep.

Aldus beslist op 25 maart 2015 door het Mededingingscollege samengesteld uit Jacques Steenbergen, voorzitter en voorzitter van de Belgische Mededingingsautoriteit, Wouter Devroe en Frank Naert, assessoren van de Belgische Mededingingsautoriteit.

Voor het Mededingingscollege

J. Steenbergen

voorzitter

²³ Zie hierover de beslissing van het Mededingingscollege van 11 juli 2014 over voorlopige maatregelen in de zaak Feltz ([Beslissing nr.BMA-2014-V/M-14 \(PDF, 202.55 Kb\)](#)), en het arrest van het Hof van Justitie in de *Vebic* zaak (zaak C-439/08, 7 december 2010, *Vebic*).