

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Beslissing nr. 2012-V/M-34 van 31 december 2012

Zaak MEDE – V/M – 12/0021: 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. Op 7 november 2012 heeft Diamanthatel A. Spira BVBA (hierna: Spira) een verzoek tot voorlopige maatregelen ingediend bij Auditoraat van de Raad voor de Mededinging. Het werd ingeschreven met het nummer MEDE-V/M-12/0021.

2. Dit verzoek strekt ertoe door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging aan De Beers UK Limited en Diamdel NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV (hierna: De Beers) :

- bevel te horen opleggen « om, aansluitend bij de beslissingen van 25 november 2010 en 13 juli 2012, de onrechtmatig opgezegde overeenkomst ten aanzien van Spira verder in natura te blijven uitvoeren op de wijze zoals dit in het verleden onder de gedurende de 68 jaar contractueel geldende voorwaarden gebeurde, met levering van diamanten in dezelfde kwaliteit, met een minimale leveringsverplichting van US\$ [...] (...) per zicht »,
- volgens een reeks modaliteiten,
- en dit tot 15 april 2014,
- « dit alles onder verbeurte van een dwangsom van € 1.500.000 per vastgestelde overtreding, inclusief gevallen van gedeeltelijke levering, zij het qua volume of qua kwaliteit, te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf de datum van verbeurte ».

3. Het verslag van de auditeur van 12 december 2012 met betrekking tot dit verzoek om voorlopige maatregelen is, tezamen met vertrouwelijkheidsbeslissing 2012-V/M-19-CVA van de auditeur van 12 december 2012, elektronisch ingediend bij de voorzitter van de Raad op woensdag 12 december 2012 omstreeks 19u.

Tevens werden deze stukken door de auditeur omstreeks 19.30u op dezelfde woensdag 12 december elektronisch bezorgd aan de raadsleden van De Beers.

4. Bij e-mail van 12 december 2012, verzonden omstreeks 20u, heeft de voorzitter van de Raad het verdere verloop van de procedure als volgt geregeld:

- aan Spira wordt een termijn verleend voor het indienen van schriftelijke opmerkingen die verstrijkt op zaterdag 15 december om 12u,
- aan De Beers wordt een termijn verleend voor het indienen van schriftelijke opmerkingen die verstrijkt op donderdag 20 december om 7u, en
- de hoorzitting wordt bepaald op donderdag 20 december om 14.30u.

5. Op donderdag 13 december 2012 omstreeks 12.15u is een niet-vertrouwelijke versie van het verslag van de auditeur door de griffie van de Raad ter inzage meegedeeld aan de raadsleden van Spira.

6. Op donderdag 13 december 2012 omstreeks 15.55u heeft de griffier van de Raad een bijgewerkte versie van de vertrouwelijkheidsbeslissing van 12 december 2012, namelijk de vertrouwelijkheidsbeslissing van 2012-V/M-20-CVA van 13 december 2012, overgemaakt aan de raadsleden van De Beers.

PUBLIEKE VERSIE

7. Op vrijdag 14 december 2012 omstreeks 15.40u is namens het Auditoraat elektronisch kennisgeving gedaan van het verslag van 12 december 2012 en van de twee vertrouwelijkheidsbeslissingen van de auditeur van respectievelijk 12 (zie hierboven in randnummer 3) en 13 (zie hierboven in randnummer 6) december 2012, aan (de raadslieden van) De Beers. In die kennisgeving is vermeld dat deze versie (van het verslag en van de vertrouwelijkheidsbeslissingen) niet verschillend is van de versie die eerder aan de raadslieden van De Beers werd overgemaakt.

In dezelfde e-mail wordt De Beers gemeld dat het onderzoeksdossier, dat tezamen met verslag en vertrouwelijkheidsbeslissingen was ingediend ter griffie van de Raad, door De Beers kon worden geraadpleegd ter griffie van de Raad.

8. Op vrijdag 14 december 2012 omstreeks 15.45u heeft Spira elektronisch schriftelijke opmerkingen met bijlagen ingediend bij de voorzitter van de Raad.

Deze zending en haar bijlagen werden tegelijk bezorgd aan de raadslieden van De Beers, en aan de auditeur. De schriftelijke opmerkingen voor Spira bevatten volgens Spira geen gegevens die vertrouwelijk zijn ten aanzien van De Beers.

In de brief aan de voorzitter van de Raad van 14 december 2012 die als bijlage bij de e-mail van de raadslieden van Spira van 14 december omstreeks 15.45u was gevoegd, stellen de raadslieden van Spira aan te nemen dat ook zij een ten aanzien van Spira niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen voor De Beers zullen ontvangen.

9. Bij e-mail van vrijdag 14 december 2012 omstreeks 17u, gericht aan de raadslieden van Spira en de raadslieden van De Beers (en aan de auditeur) heeft de voorzitter van de Raad partijen gemeld het verzoek van Spira vermeld in de tweede alinea van vorig randnummer te beschouwen als een verzoek van Spira om toegang tot de schriftelijke opmerkingen voor De Beers, en heeft hij De Beers uitgenodigd een ten aanzien van Spira niet-vertrouwelijke versie van haar schriftelijke opmerkingen rechtstreeks mee te delen aan Spira, zo De Beers geen bezwaar ziet in toegang door Spira tot haar schriftelijke opmerkingen. Is dat laatste niet het geval, dan kondigt de voorzitter zijn beslissing over het verzoek van Spira om toegang tot deze schriftelijke opmerkingen aan voor na het indienen van deze schriftelijke opmerkingen.

10. Bij e-mail van maandag 17 december 2012 omstreeks 19.30u hebben de raadslieden van De Beers een vraag gesteld aan de auditeur met betrekking tot een bepaalde passage van het verslag.

Bij e-mail van dinsdag 18 december 2012 omstreeks 10.50u heeft de auditeur deze e-mail beantwoord.

Bij e-mail van dinsdag 18 december 2012 omstreeks 11.30u volgde nog een wederwoord van de raadslieden van De Beers.

11. Bij e-mail van dinsdag 18 december 2012 omstreeks 15.00u hebben de raadslieden van Spira informatie bezorgd aan de voorzitter van de Raad, de raadslieden van De Beers en de auditeur.

12. Op woensdag 19 december 2012 omstreeks 21.55u heeft De Beers elektronisch haar schriftelijke opmerkingen met bijlagen ingediend bij de voorzitter van de Raad.

13. Bij e-mail van woensdag 19 december 2012 omstreeks 23.25u heeft de voorzitter van de Raad als volgt uitspraak gedaan over het verzoek van Spira om toegang te bekomen tot de schriftelijke opmerkingen voor De Beers:

“Deze toegang kan worden verleend, indien hij noodzakelijk is opdat Spira, na kennisname van de schriftelijke opmerkingen voor De Beers, de voorzitter van de Raad nuttige inlichtingen zou kunnen verstrekken over de vraag of op het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden ingegaan, en, in voorkomend geval, volgens welke modaliteiten.

De voorliggende schriftelijke opmerkingen voor De Beers beantwoorden aan dit criterium.”

Bij deze e-mail werd de ten aanzien van Spira niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen voor De Beers gevoegd.

14. Bij e-mails van donderdag 20 december 2012 omstreeks 10.45u en 10.55u hebben de raadsleden van De Beers gereageerd op de informatie die Spira had bezorgd bij e-mail van 18 december 2012 (zie hierboven in randnummer 11).

15. Op de hoorzitting van de voorzitter van de Raad van donderdag 20 december 2012 om 14.30u zijn de auditeur, de raadsleden van Spira en de raadsleden van De Beers gehoord door de voorzitter van de Raad.

In het proces-verbaal van deze hoorzitting is vermeld welke stukken en bestanden ter zitting werden ingediend.

16. Bij e-mail van donderdag 20 december 2012 omstreeks 18.30u hebben de raadsleden van De Beers de data van de zichten van 2013 bevestigd.

17. Bij e-mail van vrijdag 21 december 2012 omstreeks 16.15u heeft Spira haar standpunt bevestigd met betrekking tot de inhoud van een eventueel te bevelen voorlopige maatregel.

18. Bij e-mail van vrijdag 21 december 2012 omstreeks 17.55u heeft De Beers gevraagd akte te willen nemen van bepaalde punten in verband met de gevorderde voorlopige maatregel, die van belang zouden zijn voor de uitspraak.

19. Bij e-mail van maandag 24 december 2012 omstreeks 13.10u heeft De Beers een antwoord bezorgd op de brief van Spira als bijlage bij haar e-mail van vrijdag 21 december 2012 omstreeks 16.15u.

II. Situering van het huidige verzoek om voorlopige maatregelen in het licht van de voorgaanden

20. In het beschikkende gedeelte van haar huidige verzoek om voorlopige maatregelen, dat, zoals hierna wordt verklaard, hierna ook wel het derde verzoek om voorlopige maatregelen wordt genoemd, vordert Spira voorlopige maatregelen « aansluitend » bij deze opgelegd bij Beslissing van 13 juli 2012 (zie hierboven in randnummer 2).

Voor een goed begrip past het het huidige verzoek om voorlopige maatregelen te situeren in het raam van enkele andere procedures tussen Spira, het Auditoraat bij de Raad voor de Mededinging en De Beers.

21. Bij Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012 heeft de voorzitter van de Raad een verzoek van Spira om voorlopige maatregelen in de zaak MEDE-V/M-12/0002 (het tweede verzoek om voorlopige maatregelen genoemd) ontvankelijk en als volgt gegrond verklaard:

- De Beers wordt veroordeeld tot het verrichten van leveringen van diamant aan Spira tot beloop van maximaal [...] US dollar ([...]) per zicht,
- het bevel tot leveren geldt tot en loopt af op 31 december 2012,
- het bevel tot leveren, vervat in het beschikkende gedeelte van Beslissing nr. 2010-V/M-47 van 25 november 2010 (gewezen op het zogenaamde eerste verzoek om voorlopige maatregelen), 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,
- per overtreding van dit bevel is een dwangsom verschuldigd is van 1.500.000 euro (één miljoen vijfhonderdduizend).

22. Het verzoek om voorlopige maatregelen in huidige zaak MEDE-V/M-12/0021 strekt ertoe de geldingsduur van de leveringsverplichting te verlengen vanaf 1 januari 2013, waarbij Spira gedeeltelijk om andere modaliteiten vraagt, en de leveringsverplichting behouden wil zien tot 14 april 2014. In haar verslag van 12 december 2012 in huidige zaak MEDE-V/M-12/0021 stemt de auditeur in met een verlenging van de leveringsverplichting, zij het met gedeeltelijk andere modaliteiten dan deze die tot dusver golden, ook andere dan degene waarom Spira verzoekt, en waarbij de verlenging zou gelden tot 30 september 2013.

23. Afgezien van eerdere beslissingen in kort geding van de voorzitter van de Rechtbank van koophandel te Antwerpen en van het Hof van beroep te Antwerpen, waarbij aan De Beers verplichtingen tot levering van ruwe diamant aan Spira opgelegd werden, dateert de eerste beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging waarbij een eerste verzoek tot voorlopige maatregelen door Spira lastens De Beers (MEDE-V/M-09/0020) werd ingewilligd, van 25 november 2010 (Beslissing nr. 2010-V/M-47).

Deze beslissing werd in beroep bevestigd, behalve wat de geldingsduur van de maatregel (leveringsverplichtingen) betreft, bij arrest van het Hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011 in de zaak 2010/MR/1. Het Hof oordeelt in dat arrest zelf over de geldingsduur van de maatregel, die korter, ten minste gemakkelijker in de tijd overzienbaar is.

Zie ook de samenvatting in Beslissing nr. 2012-V/M-11 van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 27 april 2012 : Zaak MEDE-V/M-12/0002, randnummers 1 tot en met 3.

24. Bij Beslissing nr. 2012-V/M-11 van 27 april 2012 en bij Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012 werd een tweede verzoek van Spira tot voorlopige maatregelen (MEDE-V/M-12/0002) ingewilligd (zie ook hierboven in randnummer 20).

Zie ook de samenvatting in Beslissing nr. 2012-V/M-11 van 27 april 2012, randnummers 3 en volgende, en in Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012, randnummers 1 en volgende.

25. Op 28 september 2012 heeft De Beers bij de voorzitter van de Raad een verzoek ingediend tot verduidelijking of aanvulling van de Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012.

Bij Beslissing nr. 2012-V/M-26 van 8 oktober 2012 heeft de voorzitter van de Raad over dit verzoek uitspraak gedaan.

26. De Beslissingen van de voorzitter van de Raad die in de vorige twee randnummers zijn vermeld, worden bestreden voor het Hof van beroep te Brussel. Hetzelfde geldt voor een beslissing van 10 april 2012, die een voorbereidende beslissing was van deze van 27 april 2012, en voor een brief van de voorzitter van de Raad van 11 oktober 2012 die verband hield met zijn beslissing van 8 oktober 2012.

Over geen van deze beroepen heeft het Hof van beroep te Brussel op heden, voor zover bekend, uitspraak gedaan. Ter hoorzitting van de voorzitter van de Raad van 20 december 2012 hebben partijen gemeld dat het Hof, toen deze zaken door het Hof in beraad werden genomen op 27 november 2012, een arrest over het beroep tegen de Beslissingen van 10 april, 27 april en 13 juli 2012 (bij het Hof van beroep te Brussel gekend met rolnummers 2012/MR/1, 2012/MR/2, 2012/MR/4) in het vooruitzicht heeft gesteld voor een datum in de tweede helft van de maand januari 2013. Het beroep tegen de Beslissingen van 8 en 11 oktober 2012 (rolnummers 2012/MR/7 en 2012/MR/8) is vandaag nog niet in beraad genomen.

27. Spira heeft zich erop beroepen dat dwangsommen, opgelegd bij Beslissing van 13 juli 2012 (zie hierboven in randnummer 21) verschuldigd zouden zijn. Dit wordt door De Beers betwist.

Bij Beslissing nr. 2012-V/M-28-AUD van 20 november 2012 heeft de auditeur vastgesteld dat De Beers wegens inbreuken op de Beslissing van de voorzitter van de Raad van 13 juli 2012 dwangsommen verschuldigd is voor een bedrag van 4.500.000 euro. Tegen die Beslissing heeft De Beers op 19 december 2012 beroep ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel (rolnummer 2012/MR/9).

III. Wat betreft de toegang door De Beers tot het verslag en het onderzoeksdossier

28. Zoals in de beschrijving van het procedureverloop vermeld, heeft kennisgeving aan De Beers van verslag en vertrouwelijkheidsbeslissingen van de auditeur plaatsgevonden bij e-mail van vrijdag 14 december 2012 omstreeks 15.40u, met uitnodiging om kennis te nemen van het onderzoeksdossier (zie hierboven in randnummer 7).

Uit deze kennisgeving mag echter niet afgeleid worden dat De Beers pas vanaf vrijdag 14 december 2012 omstreeks 15.40u van verslag en vertrouwelijkheidsbeslissingen kennis heeft kunnen nemen, en dat De Beers pas vanaf dat ogenblik toegang kon krijgen tot de stukken van het onderzoeksdossier.

29. Er bestaat geen betwisting over dat De Beers kennis heeft kunnen nemen van het verslag en van de vertrouwelijkheidsbeslissing van 12 december 2012 ingevolge de e-mail van de auditeur van woensdag 12 december 2012 omstreeks 19.30u (zie hierboven in randnummer 3), en van de bijgewerkte versie van de vertrouwelijkheidsbeslissing, daterende van 13 december 2012, ingevolge de e-mail van de griffier van de Raad van donderdag 13 december 2012 omstreeks 15.55u (zie hierboven in randnummer 6).

Op donderdag 13 december 2012 hebben de raadslieden van De Beers bij e-mails ter griffie ontvangen omstreeks 10.25u en 16.00u om kopie van bepaalde stukken gevraagd. Deze kopies werden kort daarna afgeleverd aan De Beers.

30. Er is dus geen probleem van tijdige toegang tot verslag, vertrouwelijkheidsbeslissing(en) en onderzoeksdossier, in het licht van de kalender met korte termijnen voor de regeling van de procedure die de voorzitter van de Raad op woensdag 12 december 2012 heeft opgelegd. De Beers beroept zich ook niet op het feit dat zij niet tijdig toegang zou hebben gehad, maar het past niettemin deze aangelegenheid hier aan te stippen, omwille van de kennisgeving die werd verricht op vrijdag 14 december 2012 omstreeks 15.40u (zie hierboven in randnummer 7).

De kennisgeving aan De Beers verricht op vrijdag 14 december 2012 omstreeks 15.40u is, voor zover nagegaan kan worden, louter overtollig, en heeft in ieder geval geen gevolg gehad op de uitoefening van de procedurele rechten van De Beers.

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

4.1. Wat betreft de grenzen van de beoordelingsruimte in onderhavige beslissing

31. 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).

32. Spira doet gelden dat haar huidig 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), en bij haar tweede verzoek om voorlopige maatregelen (in de zaak MEDE-V/M-12/0021).

33. Bij Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012 heeft de voorzitter van de Raad, uitspraak doende over het tweede 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 13 juli 2012 voorlopige maatregelen bevolen.

Op 13 juli 2012 heeft de voorzitter van de Raad beslist dat de toepassingsvoorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen (nog) voorhanden waren op die datum, en dat hij voorzag dat deze tot binnen afzienbare tijd daarna, ten minste tot 31 december 2012, voorhanden zouden blijven. Hoewel tegen deze beslissing beroep is ingesteld, en zij niet is bevestigd in beroep (het Hof van beroep te Brussel heeft nog geen uitspraak gedaan over het beroep), blijft zij niettemin bindend voor partijen en voor de voorzitter zelf, hangende de beroepsprocedure.

Bijgevolg mogen alleen sedert 13 juli 2012 gewijzigde omstandigheden en vooruitzichten die de voorzitter van de Raad bij het wijzen van zijn beslissing op die datum niet in overweging heeft kunnen nemen, in aanmerking worden genomen 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.

34. De urgentie verdient ook een afzonderlijke vermelding.

In de Beslissing van 13 juli 2012 is overwogen dat bijzondere aandacht moet gaan naar de omstandigheid dat het meer dan tien jaar geleden is dat De Beers Spira niet meer als afnemer erkent (zie randnummer 35 van die Beslissing).

Er is een nieuw gegeven dat de urgentie beïnvloedt, in die zin dat zij geacht mag worden in grotere mate voorhanden te zijn dan op 13 juli 2012, zij het niet noodzakelijk dan op 13 juli 2012 voorzienbaar was. Op 24 en 25 oktober 2012 heeft het Gerecht van de Europese Unie het beroep van Spira tegen de Beschikkingen van de Europese Commissie waarbij de klacht van Spira tegen De Beers werd verworpen, ter zitting behandeld. Bijgevolg bestaat er een concreet perspectief op het lot van de klacht ten gronde (zie hieronder in randnummers 62 en volgende).

4.2. Wat betreft de draagwijdte van het verslag van de auditeur van 12 december 2012

35. In het verslag van 12 december 2012 behandelt de auditeur de vraag of er gewijzigde omstandigheden en vooruitzichten zijn ten aanzien van de toestand in aanmerking genomen in de Beslissing van 13 juli 2012 (voor de pertinentie van dit beoordelingscriterium, zie hierboven in randnummer 33, laatste alinea).

36. 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 12 december 2012, in de beoordeling en de beslissing door de voorzitter van de Raad geldt het volgende.

In het arrest van 19 oktober 2011 (rolnummer 2010/MR/1) 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).

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 (2010/MR/1), randnummers 64, 65, 74).

4.3. Boordeling

37. Volgens het verslag van de auditeur zijn er geen wijzigingen ten aanzien van de toestand op 13 juli 2012 wat betreft de vraag of De Beers prima facie een machtspositie bekleedt op de relevante

PUBLIEKE VERSIE

markt, alsmede wat betreft de vraag of De Beers prima facie een misbruik van deze machtspositie kan worden verweten.

38. In verband met het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor Spira of de schade aan het algemeen economisch belang, die dringend vermeden moeten worden, leidt de auditeur uit haar onderzoek na 7 november 2012, datum van het derde en voorliggende verzoek om voorlopige maatregelen, af dat Spira nog steeds duidelijk moeilijkheden ondervindt bij haar zoektocht naar een nieuwe leverancier.

39. Het weze herhaald dat alleen die verweermiddelen van De Beers onderzocht moeten worden die zouden kunnen verwijzen naar gewijzigde omstandigheden sinds 13 juli 2012.

40. Met betrekking tot het prima facie misbruik van machtspositie doet De Beers gelden dat haar marktaandeel aanzienlijk is gedaald en dat haar concurrenten sterker zijn geworden.

Het blijkt echter niet dat het sinds 13 juli 2012 gewijzigde omstandigheden betreft.

41. Nog met betrekking tot het prima facie misbruik van machtspositie doet De Beers gelden dat bepaalde argumenten die in het verslag tegen haar gebruikt worden, niet opgaan.

Het gaat meer bepaald om de vaststellingen in het verslag luidens welke de verkopen door De Beers alsmede haar verkoopprijzen zijn gestegen, Rio Tinto eraan denkt de markt te verlaten en BHP Billiton haar diamantactiviteiten aan Harry Winston verkoopt, en de mijnen die in productie zullen gaan geen bedreiging vormen voor De Beers.

42. De stijging van verkopen door en prijzen van De Beers wordt in het verslag gelezen in rapportering door De Beers over het jaar 2011. Het gaat dan ook niet over recente gegevens die in de Beslissing van 13 juli 2012 niet in aanmerking genomen konden worden.

43. Volgens De Beers valt niet in te zien hoe de afstoting van de diamantactiviteiten aangekondigd door Rio Tinto en BHP Billiton de positie van De Beers zou versterken. Volgens de auditeur heeft De Beers evenwel ook zonder eventuele versterking een prima facie machtspositie.

44. Het verwachte in productie gaan van mijnen wordt door de auditeur in haar verslag van 17 april 2012 in aanmerking genomen, en betreft dus andermaal geen gegeven van na de Beslissing van 13 juli 2012.

45. Met betrekking tot het ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel voor Spira doet De Beers gelden dat Spira sinds maart 2012 geen enkele poging meer heeft ondernomen om nog door andere leveranciers te worden bevoorrad.

Het antwoord van de auditeur hierop luidt dat Spira wel degelijk nog bepaalde producenten [...] heeft gecontacteerd in recente maanden, en dat overigens nieuwe verzoeken door Spira aan producenten geen zin meer zouden hebben gehad, aangezien deze werken met een bepaald aantal geselecteerde klanten.

Daarop antwoordt De Beers dan weer dat er geen reden is om aan te nemen dat Spira niet tot de geselecteerde klanten van bepaalde producenten zou kunnen behoren, indien zij daarom zou vragen. De Beers verwijst naar een antwoord dat [...] in het raam van het onderzoek heeft verstrekt, waaruit niet afgeleid zou kunnen worden dat [...] niet zou willen leveren aan Spira.

46. Terecht stelt De Beers dat « cliënteel » geen versteend bestand is, doch dat leveranciers regelmatig nieuwe klanten opnemen en contracten met bestaande klanten niet verlengen. Het is inderdaad niet omdat Spira vele jaren lang niet heeft kunnen afnemen van bepaalde leveranciers, dat in die toestand geen wijziging kan optreden.

In tegenstelling tot hetgeen De Beers voorhoudt, houdt de auditeur er in het verslag echter geen andere opvatting op na.

Met de auditeur mag worden aangenomen dat Spira niet op enkele maanden tijd (sinds 13 juli 2012 dus) wel één of meerdere leveranciers zou kunnen vinden, waar dit tevoren niet het geval was.

Bovendien vermeldt Spira in haar schriftelijke opmerkingen enkele recente initiatieven die tegenspreken dat zij de laatste maanden geen contact met leveranciers meer zou hebben gezocht en dat zij de mogelijkheden van afname van diamant niet zou opvolgen.

47. Besluit (zie hierboven in randnummer 33, laatste alinea). Met uitzondering van een feitelijk gegeven dat de urgentie betreft (zie hierboven in randnummer 34 en hieronder vanaf randnummer 62), zijn er geen gewijzigde omstandigheden sedert de Beslissing van de voorzitter van de Raad van 13 juli 2012 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 er zich niet meer op kan beroepen dat het dringend is een toestand te vermijden die voor haar een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken.

V. Wat betreft de omvang van de leveringsverplichting

5.1. Waarde van de zichten

48. In haar schriftelijke opmerkingen ingediend bij de voorzitter van de Raad op 14 december 2012 vordert Spira leveringen tot beloop van [...] US\$ per zicht.

Dit bedrag wordt als volgt bekomen. Het basisbedrag belooft [...] US\$, dit is het bedrag van de veroordeling opgelegd bij Beslissing van de voorzitter van de Raad van 25 november 2010, veroordeling die is bevestigd bij arrest van het Hof van beroep te Brussel van 19 oktober 2011. Dit basisbedrag moet volgens Spira worden geïndexeerd, ten einde haar toe te laten hetzelfde aantal karaat aan ruwe diamant aan te kopen bij De Beers. Deze indexering zou [...] % moeten bedragen, zodat de waarde per zicht wordt gebracht op [...] US\$.

49. In het verslag van de auditeur wordt voorgesteld de waarde van de veroordeling per zicht als volgt te bepalen, volgens een methode die al is toegepast in de Beslissing van 13 juli 2012.

In 2012 heeft Spira, over [...] zichten, diamant afgenomen voor een waarde van [...] US\$. Dit bedrag wordt verminderd met [...] %, tot [...] US\$. Aldus zou het verzoek volgens de auditeur ingewilligd worden tot beloop van [...] US\$ per zicht, aangezien er ook in 2013 [...] zichten zullen plaatsvinden.

De vermindering met [...] % stemt overeen met de gemiddelde prijsvermindering van alle categorieën ruwe diamant van De Beers in 2012 ten aanzien van 2011. Dit percentage was nog niet bekend toen het verslag is ingediend op 12 december 2012, en is kenbaar gemaakt in een e-mail van de raadsliden van De Beers aan de inspecteur van de Algemene Directie Mededinging van 14 december 2012 die door de auditeur is ingediend bij de voorzitter van de Raad ter hoorzitting van 20 december 2012.

50. De Beers houdt er een andere redenering op na, die als volgt luidt. In de Beslissing van 13 juli 2012 werd een basisbedrag van [...] US\$ in aanmerking genomen, dat gelijk is aan een tiende van de totale waarde die door Spira in 2011 is afgenomen. Dat basisbedrag is door de voorzitter vermeerderd met [...] %, anticiperend op prijsverhoging in de toekomst, dat wil zeggen in (de tweede helft van) 2012.

Welnu, aldus De Beers, nu gebleken is dat de prijzen in werkelijkheid met [...] % verminderd zijn in 2012, past het het basisbedrag van [...] US\$ met [...] % te verminderen tot [...] US\$ per zicht.

51. Met de auditeur kan worden aangenomen dat de gemiddelde afname tijdens 2012 richtinggevend is voor de veroordeling voor de nabije toekomst. Het blijkt niet dat Spira grotere behoeften heeft om ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel af te wenden. Prijswijzingen in 2013 vallen niet te voorspellen, zodat het bedrag per zicht niet in min of meer aangepast behoeft te worden.

Aldus bedraagt de waarde van de leveringsverplichting per zicht [...] US\$.

5.2. Specifieke uitvoeringsmodaliteiten

52. In het voorliggende verzoek om voorlopige maatregelen vordert Spira alle categorieën van ruwe diamant van De Beers te kunnen aankopen.

53. In haar verslag verklaart de auditeur dat Spira in beginsel recht heeft op levering van alle categorieën en dozen van ruwe diamant, met uitzondering van diamanten “ex plan” en uitzonderlijke stenen. Zij bepleit evenwel gelijke behandeling van Spira en de zichthouders. Zichthouders kunnen niet, net voor elk zicht, kiezen uit alle categorieën of dozen, maar zijn onderworpen aan een bepaalde procedure. Hetzelfde zou volgens de auditeur moeten gelden voor Spira.

Randnummer 260 van het verslag van 12 december 2012:

“Er dient (...) een planning van de wensen van Spira m.b.t. de aard van de diamanten te worden opgesteld door Spira per jaar. Spira dient aan te geven, binnen de grenzen van het bedrag dat aan hen per zicht wordt toegestaan, welke de dozen diamanten zijn die Spira het komende jaar wenst aan te kopen. Vervolgens dienen de procedures verder te verlopen zoals voor de zichthouders, voor elk zicht dient Spira te worden uitgenodigd om hun bestellingen voor het volgende zicht te bevestigen, tijdens de week voor het zicht zal De Beers aan Spira de toewijzing per doos bevestigen. Indien De Beers niet in staat zou zijn om een bepaalde doos diamanten te leveren voor een bepaald zicht vanwege een tekort zal dit gebrek aan levering geen inbreuk op de beschikking uitmaken indien Spira op dezelfde manier wordt behandeld als elke andere zichthouder die zich in dezelfde situatie bevindt.”

54. De Beers doet gelden dat de keuzemogelijkheid van Spira verder verengd moet worden tot het aantal verschillende dozen die een zichthouder met een gelijkaardig profiel als Spira toegewezen krijgt in de huidige SoC-contractperiode (in de veronderstelling, die De Beers betwist, dat voorlopige maatregelen bevolen moeten worden). Volgens De Beers kan het profiel van de zichthouder waaraan Spira beantwoordt worden bepaald wat betreft de aangekochte categorieën en wat betreft de totale waarde van de afnames van ruwe diamant per jaar. Bij toepassing van deze criteria zou Spira maximum [...] dozen diamant moeten aanwijzen die zij in 2013 wenst aan te kopen. In werkelijkheid geeft De Beers zelf aan dat het gemiddeld gaat van [...] dozen, hetgeen afgerond op [...] dozen komt.

55. Spira heeft per brief van 21 december 2012 (zie hierboven in randnummer 17), zoals aangekondigd ter hoorzitting van 20 december 2012, [...] categorieën van diamanten opgegeven waartoe haar keuze met betrekking tot levering door De Beers beperkt zou worden, in alfabetische orde:

[...]

56. De aangelegenheid van het aantal categorieën en dozen die tot de leveringsverplichting van De Beers respectievelijk tot het afnamerecht van Spira behoren dient zich, bij de beoordeling van het derde verzoek om voorlopige maatregelen, als volgt aan.

Krachtens de Beslissing van 25 november 2010, bevestigd bij arrest van 19 oktober 2011, en hernomen bij Beslissing van 13 juli 2012, zoals, voor zoveel nodig, uitgelegd bij Beslissing van 8 november 2012, is de leveringsplicht van De Beers, die geldt tot 31 december 2012, niet beperkt tot ruwe diamant [...]

Thans stelt Spira zelf een omschrijving voor van het voorwerp van haar verzoek om voorlopige maatregelen, namelijk afnamerecht respectievelijk leveringsverplichting beperkt tot de [...] categorieën vermeld in randnummer 55 hierboven. Daarmee wordt alleszins het maximum van het aantal categorieën bepaald.

57. Met de auditeur moet worden aangenomen dat het voor de toekomst aangewezen is een kader aan te reiken voor de leveringen van De Beers aan Spira, aangezien zij niet beheerst worden door het contractuele kader dat geldt tussen De Beers en haar zichthouders.

Het past om, zoals door De Beers gevorderd wordt, Spira te verplichten om maximum [...] verschillende dozen aan te wijzen die zij in 2013 (tot 7 oktober, zie hieronder in randnummer 63) wenst aan te kopen. Doet Spira dit niet, dan is De Beers ontslagen van de bij deze Beslissing opgelegde leveringsplicht.

58. Met betrekking tot andere aangelegenheden dan het aantal categorieën en dozen, die in verslag en schriftelijke opmerkingen besproken worden, zoals het uitstel (“deferral”) en de toegang tot het extranet, is er geen reden om anders te beslissen dan bij het inwilligen van het eerste en het tweede

verzoek om voorlopige maatregelen. Met betrekking tot deze andere aangelegenheden wordt het beschikkende gedeelte van de Beslissing van 13 juli 2012, waar het verwijst naar het beschikkende gedeelte van de Beslissing van 25 november 2010, hernomen. Met betrekking tot de dwangsom, zie onder VII. hierna.

VI. Wat betreft de geldingsduur van huidige voorlopige maatregelen (na 31 december 2012)

59. Wat de verlengbaarheid van de voorlopige maatregelen betreft, moet worden verwezen naar het feit dat over het principe van verlengbaarheid is beslist in de Beslissing van 27 april 2012, beslissing die weliswaar in beroep wordt bestreden en niet bevestigd is, maar die niettemin vandaag bindend blijft.

60. Kan de verlengbaarheid op zich niet in vraag gesteld worden, dan moet het verweermiddel van De Beers onderzocht worden, luidens hetwelk de klacht ten gronde niet meer onderzocht kan worden, gelet op het feit dat de redelijke termijn bedoeld in artikel 6 EVRM overschreden is, zodat evenmin nog voorlopige maatregelen opgelegd kunnen worden die op de klacht ten gronde geënt zijn.

61. Uit de omstandigheid dat de klacht van Spira bij de Raad voor de Mededinging dateert van 30 oktober 2009 kan echter niet worden afgeleid dat intussen de redelijke termijn voor een veroordeling ten gronde verstreken zou zijn.

Het onderzoek ten gronde is nog niet aangevat door de Belgische Mededingingsautoriteit, omdat het resultaat van het beroep van Spira bij het Gerecht van de Europese Unie tegen de Beschikkingen van de Europese Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 waarbij de klacht van Spira tegen De Beers is verworpen, afgewacht wordt. Dit is een objectieve en redelijke verantwoording voor het uitblijven van het onderzoek ten gronde. Overigens lijkt aan deze wachttijd binnenkort een einde te zullen komen, zoals wordt overwogen in volgend randnummer.

62. Wat betreft de duur van de verlenging. In haar verslag stelt de auditeur voor de voorlopige maatregelen te verlengen tot 30 september 2013.

Voor 30 september 2013 zal naar alle waarschijnlijkheid duidelijk geworden zijn of het onderzoek van de klacht ten gronde van Spira tegen De Beers wordt voortgezet, hetzij door de Europese Commissie, hetzij door de Belgische Mededingingsautoriteit.

Het ligt immers in de lijn der verwachtingen dat voor die datum het arrest van het Gerecht van de Europese Unie wordt uitgesproken over het beroep van Spira tegen de Beschikkingen van de Europese Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 waarbij de klacht van Spira tegen De Beers is verworpen. Dat beroep werd inderdaad behandeld ter zitting van het Gerecht van 24 en 25 oktober 2013. De samenstelling van de kamer van het Gerecht die het beroep in beraad heeft genomen kan naar verluidt na 30 september 2013 niet meer worden verzekerd ingevolge het mandatenstelsel van de rechters. Om die reden wijst het feit dat de zaak ter zitting is behandeld voor het einde van het mandaat van één van de rechters erop, dat het arrest voor 30 september 2013 zal volgen.

Wordt het beroep gegrond verklaard, dan wordt de klacht van Spira opnieuw in behandeling genomen door de Europese Commissie (zie randnummer 48 van de Beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012).

Wordt het beroep verworpen, dan moet de Belgische Mededingingsautoriteit beslissen of zij de klacht die bij haar is ingediend, in onderzoek stelt.

63. In die omstandigheden past het de voorlopige maatregelen die bij huidige Beslissing bevolen worden niet langer dan tot 30 september 2013 te laten duren.

Dit betekent dat Spira kan deelnemen aan de zichten die aanvangen op [...]. (De overige zichten in 2013 vangt aan [...].) Aangezien het zicht van 30 september aanvangt op die dag, en eindigt op 4 oktober 2013, is het aangewezen om de volledige duur van dit zicht in de geldingsduur van de huidige voorlopige maatregelen te begrijpen.

Aldus eindigt de geldingsduur op, zeg maar, maandag 7 oktober 2013 om middernacht (die maandag inbegrepen dus).

64. Wordt het arrest van het Gerecht (geruime tijd) voor 7 oktober 2013 geweest, en ontstaat ingevolge dit arrest een toestand waarbij voorlopige maatregelen niet meer verantwoord kunnen zijn of niet meer aangewezen zijn, dan kan de meest gerede partij aan de voorzitter van de Raad de opheffing ervan vragen en op korte termijn bekomen.

65. Indien het Hof van beroep te Brussel, uitspraak doende over het beroep tegen de Beslissingen van de voorzitter van de Raad van 10 april 2012, 27 april 2012 en 13 juli 2012 (2012/MR/1, 2012/MR/2 en 2012/MR/4), bij arrest dat voor 7 oktober 2013 wordt gewezen beslist dat de voorlopige maatregelen niet meer kunnen voortduren na een datum die voor 7 oktober 2013 valt, dan moet aan het arrest van het Hof van beroep onmiddellijke en volledige uitwerking gegeven kunnen worden.

Dit geldt ook, al is op de datum bepaald in het arrest van het Hof van beroep bedoeld in vorige alinea, nog geen uitspraak gedaan over het beroep dat zou worden ingesteld tegen de huidige Beslissing. Dit laatste is waarschijnlijk: het beroep tegen de Beslissingen van 10 april, 27 april en 13 juli 2012 is vandaag immers al in beraad genomen door het Hof van beroep te Brussel (op 27 november 2012), terwijl tegen de heden uitgesproken Beslissing pas in de loop van de maand januari 2013 beroep ingesteld kan worden.

Om die reden past het te beslissen dat de voorlopige maatregelen ophouden te gelden wanneer het arrest van het Hof van beroep bedoeld in de eerste alinea van dit randnummer wordt gewezen, dan wel op de datum die bij dat arrest wordt beslist. Aldus duren de voorlopige maatregelen niet langer dan zij volgens het Hof van beroep te Brussel mogen duren, en hoeft het resultaat van de beroepsprocedure tegen huidige Beslissing niet meer te worden afgewacht.

66. Op grond van dezelfde overwegingen moeten de voorlopige maatregelen die bij huidige Beslissing opgelegd worden, vervangen worden door voorlopige maatregelen met andere modaliteiten waartoe zou worden beslist door het Hof van beroep te Brussel uitspraak doende over het beroep tegen de Beslissingen van 10 april, 27 april en 13 juli 2012, en dit vanaf de datum van het arrest of bepaald in het arrest.

VII. Wat betreft de dwangsom en het toezicht op de uitvoering van de voorlopige maatregelen

67. In haar schriftelijke opmerkingen van 20 december 2012 vraagt De Beers, in meest ondergeschikte orde, dat “een procedure wordt voorzien die de partijen toelaat een snelle oplossing te krijgen voor geschillen over de precieze uitvoeringsmodaliteiten, zonder dat er ondertussen dwangsommen verbeurd kunnen worden”.

Ter hoorzitting van 20 december 2012 is gebleken dat De Beers denkt aan een zogenaamde “Monitoring Trustee”, die tot taak zou hebben op de uitvoering van de leveringsverplichting toe te zien.

68. Er is geen reden om aan te nemen dat De Beers zelf niet zou weten welke handelingen te stellen of na te laten om de veroordeling uit te voeren die bij deze Beslissing wordt uitgesproken. Het optreden van een derde persoon is niet nodig.

Zo er moeilijkheden bij de uitvoering rijzen kan de meest gerede partij zich wenden tot het bij wet bevoegde orgaan.

Dwangsommen kunnen slechts verschuldigd zijn indien De Beers zich effectief schuldig maakt aan inbreuk op de veroordeling. Of dit, in geval van betwisting, het geval is, wordt beslist in de daartoe geëigende procedure.

Het is niet omdat partijen en/of de auditeur het onderling oneens zouden kunnen zijn over de vraag of dwangsommen verschuldigd zijn, of omdat verbeurde dwangsommen kunnen oplopen, dat geen veroordeling tot betaling van een dwangsom meer uitgesproken zou worden.

Om deze redenen,

De voorzitter van de Raad voor de Mededinging,

- Verklaart het verzoek om voorlopige maatregelen van Diamanthatel 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 NV als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited NV tot het verrichten van leveringen van diamant aan Diamanthatel A. Spira BVBA tot beloop van maximaal [...] US\$ ([...]) per zicht,
- Zegt voor recht dat de leveringsverplichting die bij deze Beslissing wordt opgelegd geldt voor de categorieën vermeld in randnummer 55 van het overwegende gedeelte van deze Beslissing, en voor de [...] dozen die Diamanthatel A. Spira BVBA dient aan te wijzen zoals wordt beslist in randnummer 57 van het overwegende gedeelte van deze Beslissing,
- Zegt voor recht dat dit bevel tot leveren geldt tot en afloopt op 7 oktober 2013, onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt beslist,
- Zegt dat dit bevel tot leveren ophoudt te gelden indien, bij arrest van het Hof van beroep te Brussel dat wordt gewezen voor 7 oktober 2013, uitspraak doende over het beroep tegen de Beslissingen van 10 april 2012, nr. 2012-V/M-11 van 27 april 2012 en nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012 (bij het Hof van beroep gekend met rolnummers 2012/MR/1, 2012/MR/2 en 2012/MR/4), beslist wordt dat geen voorlopige maatregelen opgelegd worden vanaf een datum voor 7 oktober 2013, of dat vanaf een datum voor 7 oktober 2013 voorlopige maatregelen opgelegd worden die niet geheel overeenstemmen met deze die bij huidige Beslissing opgelegd worden,
- 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, wat betreft het aantal categorieën en dozen, en 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).

Aldus beslist en uitgesproken door Stefaan Raes, voorzitter van de Raad voor de Mededinging, op maandag 31 december 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.