

## HOF VAN BEROEP BRUSSEL 19 OKTOBER 2011

### MEDEDINGING

**Belgisch mededingingsrecht – Procedure – Beroep tegen een beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging die voorlopige maatregelen oplegt – Annulatieverzoek – Draagwijdte van beschikkingen van de Commissie tot afwijzing van een klacht – Tijdelijke duur van de voorlopige maatregelen**

*I. Wanneer de Europese Commissie in een bepaalde zaak vóór de Belgische mededingingsautoriteit een beschikking geeft, kan deze laatste geen beslissing nemen die indruist tegen die van de Commissie. Een beschikking van de Commissie (zoals een beschikking tot afwijzing van een klacht) die evenwel geen definitieve uitspraak doet over het bestaan van een inbreuk op de Europese mededingingsregels belet de nationale mededingingsautoriteit niet om op grond van een eigen onderzoek tot een oordeel te komen dat afwijkt van dat van de Commissie.*

*II. Het is niet aan de voorzitter van de Raad voor de Mededinging om de prima facie-analyse uitgevoerd door de Auditeur 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 om de gevraagde maatregel te bevelen.*

*III. Het voorlopige karakter van de maatregel veronderstelt dat deze in geldingsduur beperkt blijft tot een bepaalde tijdsperiode en voor de partij aan wie zij is opgelegd geen onomkeerbare toestand schept in afwachting van een uitspraak over de grond van de klacht.*

*IV. Gelet op de aard van de opgelegde maatregel (een bevel tot leveren) is het voortduren ervan niet langer verantwoord zodra de klager op een volwaardige alternatieve leverancier een beroep kan doen en de input van de onderneming tegen wie het bevel tot leveren gericht is, bijgevolg niet meer onmisbaar is.*

***De Beers UK Ltd en Diamdel NV, in aanwezigheid van Diamanthatel A. Spira BVBA***

***Zet.: P. Blondeel (kamervoorzitter), E. Bodson en D. De Greef (raadsheren)***

***Pl.: Mrs. J. Marchandise, B. Van De Walle De Ghelcke, Y. Desmedt en J. Bourgeois, R. De Wit, A. Calewaert***

(...)

#### **I. Procedurevoorgaanden: de klacht van Spira en de beslissing**

1. Op 30 oktober 2009 heeft Spira bij het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging klacht ingediend tegen De Beers wegens schending van de artikelen 2 en 3 van de WBEM, en van artikelen 101 en 102 van het VWEU.

### CONCURRENCE

**Droit de la concurrence belge – Procédure – Recours contre une décision du président du Conseil de la concurrence ordonnant des mesures provisoires – Recours en annulation – Portée des décisions de rejet de plainte de la Commission européenne – Durée limitée des mesures provisoires**

*I. Lorsque la Commission européenne statue avant l'Autorité de concurrence nationale dans une affaire donnée, cette dernière ne peut prendre de décision allant à l'encontre de celle de la Commission. Cependant, une décision de la Commission (telle qu'une décision de rejet de plainte) qui ne se prononce pas définitivement sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence européennes, n'empêche pas l'Autorité de concurrence, sur la base de sa propre enquête, d'aboutir à une conclusion qui diffère de celle de la Commission.*

*II. Le président n'a pas à refaire l'analyse prima facie effectuée par l'Auditeur mais doit vérifier si son rapport motivé contient suffisamment d'éléments crédibles pour ordonner la mesure demandée, à la lumière des autres données pertinentes au dossier et des arguments des parties.*

*III. La nature provisoire de la mesure suppose que sa durée soit limitée à une période fixe, et qu'elle ne crée pas de situation irréversible pour la partie à qui elle est imposée dans l'attente d'une décision sur le fond de la plainte.*

*IV. Vu la nature de la mesure imposée (une obligation de fourniture) sa continuation n'est plus justifiée lorsque le plaignant peut faire appel à un autre fournisseur qui constitue une alternative sérieuse et que les fournitures par la société contre qui les mesures provisoires sont dirigées ne sont dès lors plus indispensables.*

2. Tegelijkertijd heeft Spira de voorzitter van de Raad voor de Mededinging verzocht om voorlopige maatregelen te nemen met toepassing van artikel 62 WBEM (...).

(...)

3. Het onderzoek door de Auditeur heeft geleid tot een gemotiveerd verslag in toepassing van artikel 62, § 5 WBEM, dat bij de voorzitter van de Raad is ingediend op 4 mei 2010 (het 'verslag').

In het verslag stelt de Auditeur voor om het verzoek in te willigen in volgende bewoordingen:

(...)

4. Op 25 november 2010 deed de voorzitter uitspraak over het verzoek van Spira inzake voorlopige maatregelen als volgt.

*Verklaart het verzoek om voorlopige maatregelen van Diamanhandel A. Spira BVBA ontvankelijk en als volgt gegrond,*

*Veroordeelt De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited tot het verrichten van leveringen van diamant aan Diamanhandel A. Spira tot beloop van [...] US dollar [...] per zicht,*

*Beveelt dat de leveringen gebeuren tegen de voorwaarden die van toepassing waren op de leveringen die De Beers UK Limited en Diamdel als vereffenaar van Diamond Trading Company (PTY) Limited (en hun eventuele rechtsvoorgangers, allen in de opsomming van voorwaarden die volgt aangeduid als 'De Beers') aan Diamanhandel A. Spira BVBA (en haar eventuele rechtsvoorgangers, allen in de opsomming van voorwaarden die volgt aangeduid als 'Spira') heeft verricht, en die gelden voor alle zichthouders, en onder meer tegen de volgende voorwaarden: [...]*

*Zegt voor recht dat het bevel tot leveren geldt vanaf 1 januari 2011 en afloopt, hetzij een maand na de dag waarop het arrest van het Gerecht van de Europese Unie wordt uitgesproken waarbij het beroep van Diamanhandel A. Spira BVBA tegen de beschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 tot afwijzing van haar klacht wordt verworpen, hetzij een maand na de dag van de beslissing van het Auditoraat waarbij de klacht van Diamanhandel A. Spira BVBA nummer MEDE-P/K-09/0019 wordt geseponeerd,*

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

(...)

### III. Beknopte weergave van de feitelijke en juridische context

7. Het hof herneemt hierna beknopt de voornaamste elementen uit de beslissing die de complexe feitelijke en juridische context van het verzoek tot voorlopige maatregelen vormen.

8. De Beers behoort tot De Beers Group, die actief is in de ontginning en verdeling van diamant. Voor de distributie van haar ruwe diamant werkt De Beers met exclusieve verdelers of zichthouders (hierna 'zichthouders'), ondernemingen die via langlopende contracten ruwe diamant afnemen van De Beers, deze bewerken en/of voortverkopen. De verkoop van ruwe diamanten gebeurt tijdens periodieke verkoopssessies in

loten die door De Beers zijn samengesteld en die 'zichten' worden genoemd.

9. In 2003 heeft De Beers de 'Supplier of Choice'-distributieregeling (afgekort: 'SoC') ingevoerd met aangepaste selectiecriteria voor zichthouders. De Beers werkt samen met een zeventigtal zichthouders wereldwijd.

10. Spira was sinds 1935 zichthouder van De Beers tot aan de invoering van SoC. Spira behoorde tot de groep van de zuivere ruwverdelers of voortverkopers. Op 2 juni 2003 werd Spira door De Beers opgezegd.

De door Spira gevorderde voorlopige maatregelen strekken er toe De Beers te horen bevelen Spira opnieuw als volwaardige zichthouder te erkennen op basis van de argumentatie dat SoC *prima facie* in strijd is met artikelen 101 en 102 VWEU en artikelen 2 en 3 WBEM, en Spira een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel veroorzaakt. Volgens Spira is het mededingingsrechtelijke probleem met SoC dat De Beers enkel zichthouders zou aanwijzen die zelf de ruwe diamant bewerken, en die dus geen voortverkopers zijn van ruwe diamant. Aldus zou De Beers de voortverkoop van ruwe diamant aan banden willen leggen en stroomafwaarts het gebruik van haar diamant willen controleren. Spira schrijft het aan dit opzet toe dat zijzelf, als voortverkoper van ruwe diamant, geen zichthouder van De Beers meer is.

11. Volgens de Auditeur zijn er *prima facie* voldoende aanwijzingen dat De Beers zich met SoC schuldig maakt aan misbruik van machtspositie (...).

12. De Beers heeft in mei 2001 in het kader van een aanmelding onder verordening 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 een verzoek tot vrijstelling tot de Europese Commissie gericht met betrekking tot het SoC-distributiesysteem op grond van artikel 81, 3. EG. Na een mededeling van punten van bezwaar op 25 juli 2001 werd SoC aangepast. De Beers aanvaardde onder meer verbintenissen op het vlak van de informatie die zij mag opvragen bij kandidaat zichthouders en het invoeren van de functie van een ombudsman in het kader van een specifiek geschillenbeslechtingsmechanisme. Vervolgens heeft de Commissie aan De Beers op 16 januari 2003 een troostbrief bezorgd.

13. Tegen SoC werd (onder meer) door Spira op 24 september 2003 bij de Commissie klacht ingediend. De Commissie heropende haar onderzoek naar SoC en dit werd afgesloten op 31 januari 2007. De klacht werd – kort gesteld – wegens gebrek aan Gemeenschapsbelang afgewezen nadat een aantal aanpassingen werden doorgevoerd en de samenwerking tussen De Beers en Alrosa werd afgebouwd (zie hierna randnr. 14) bij beschikking van 26 januari 2007. Deze werd aangevuld (zie hierna) door een tweede afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008 (hierna respectievelijk 'eerste afwijzingsbeschikking' en 'tweede afwijzingsbeschikking')

en samen de 'afwijzingsbeschikkingen'). Het onderzoek inzake SoC werd finaal afgesloten in juni 2008.

14. In 2003 had de Commissie een afzonderlijk onderzoek geopend naar de samenwerking tussen De Beers en Alrosa, de Russische producent van ruwe diamant. Na het uitbrengen van punten van bezwaar werden er toezeggingen aangeboden die er onder meer in bestonden dat de afname van ruwe diamant van Alrosa door De Beers werd afgebouwd. Bij beschikking van de Commissie van 22 februari 2006 werden deze toezeggingen verbindend verklaard. Bij arrest van 11 juli 2007 in de zaak *Alrosa / Commissie* (T-170/06), heeft het Gerecht van eerste aanleg (nu: het Gerecht) de beslissing van 22 februari 2006 echter tenietgedaan. Bij arrest van 29 juni 2010 heeft het Hof van Justitie in de zaak *Europese Commissie / Alrosa Company Ltd* (C-441/07) op zijn beurt het arrest van 11 juli 2007 van het Gerecht tenietgedaan en de rechtsgeldigheid van de Commissiebeschikking van 22 februari 2006 bevestigd.

De aanvullende tweede afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008 is teweeggebracht door het arrest van het Gerecht van 11 juli 2007 dat de Commissie aangezet had haar onderzoek te heropenen. De eerste afwijzingsbeschikking was immers ten dele hierop gegrond, dat de afname van ruwe diamant door De Beers van Alrosa afgebouwd zou worden. De Commissie heeft na het wegvallen van één van de redenen voor de afwijzing van de klacht van Spira deze niettemin bevestigd.

15. Spira heeft beroep ingesteld bij het Gerecht tegen de afwijzingsbeslissingen van 27 januari 2007 en 5 juni 2008 (respectievelijk op 8 april 2007 en 21 augustus 2008). De beroepen zijn nog steeds hangende voor het Gerecht. Een uitspraak op korte termijn ligt niet in het verschiet.

16. Ondertussen werden door Spira vanaf 22 oktober 2003 diverse procedures in kort geding gevoerd voor de Belgische rechter met het oog op het bekomen van voorlopige maatregelen om haar bevoorrading door De Beers te verzekeren tot aan een uitspraak ten gronde. Voorlopige maatregelen werden bevolen en meermaals verlengd. Deze maatregelen vielen evenwel op 20 oktober 2008 ten gevolge van een arrest van het hof van beroep te Antwerpen van dezelfde datum waardoor twee beschikkingen van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Antwerpen teniet werden gedaan. Hiertegen werd met succes cassatieberoep ingesteld door Spira en de zaak werd op 18 februari 2010 door het Hof van Cassatie verwezen naar het hof van beroep van Gent.

17. Nadat eind oktober 2008 De Beers de bevoorrading van Spira stopzette, heeft Spira zich tot de Raad voor de Mededinging gewend en een klacht met een verzoek tot voorlopige maatregelen ingediend op 30 oktober 2009. In haar klacht ten gronde verzoekt Spira om de opheffing van het SoC-systeem en de ontmanteling van Diamdel en ondergeschikt om de aanpassing van SoC zodat zuivere verdelers

van ruwe diamant opnieuw kunnen beschikken over een voldoende aanbod bij De Beers.

Het onderzoek ten gronde van de klacht van Spira bij de Raad is nog hangende. De procedure voor het hof van beroep te Gent, na cassatie, is geschorst hangende de procedure voor de Raad.

#### IV. Aangaande het beroep van De Beers

18. De Beers betwist de wettigheid van de beslissing en beroept zich op de volgende vernietigingsgronden:

- de beslissing is genomen op basis van een onvolledig dossier, schendt de verplichting tot effectieve handhaving van het EU-mededingingsrecht en de verplichting tot loyale samenwerking met de Europese Commissie;
- de beslissing schendt de rechten van verdediging van De Beers;
- de beslissing besluit ten onrechte tot het bestaan van een *prima facie*-inbreuk;
- de beslissing is aangetast door motiveringsgebreken;
- de beslissing besluit ten onrechte tot het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel in hoofde van Spira;
- de beslissing motiveert de opgelegde voorlopige maatregelen niet afdoende, de maatregelen zijn niet tijdelijk en strijdig met het EU-recht. Deze vernietigingsgrond wordt slechts ondergeschikt ingeroepen voor zover er gronden zijn om voorlopige maatregelen op te leggen.

#### ***Eerste en tweede middel: geen toegang tot de artikel 7(1) brieven die de Commissie aan Spira heeft verstuurd op 4 augustus 2006 en 13 november 2007***

##### *A. Bespreking*

19. In beide brieven in uitvoering van artikel 7(1) van verordening 773/2004 van 4 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het verdrag heeft de Commissie haar voornemen te kennen gegeven de klacht van Spira tegen SoC te verwerpen. De Beers meent dat deze brieven op gedetailleerde wijze het initieel standpunt van de Commissie weergeven met de redenen waarop haar voornemen steunt om de klacht van Spira af te wijzen en daarom essentieel zijn om het verzoek om voorlopige maatregelen afdoende te kunnen onderzoeken. Deze brieven zijn volgens De Beers intrinsiek verbonden met de afwijzingsbeschikkingen en vullen de daarin uiteengezette afwijzingsgronden verder aan zoals blijkt uit de herhaalde verwijzingen naar deze brieven in de afwijzingsbeschikkingen.

De Beers heeft toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van deze brieven gevraagd aan de voorzitter die dit verzoek heeft afgewezen.

De Beers meent dat hierdoor het onderzoek van de voorzitter gevoerd werd op basis van een onvolledig dossier. De voorzitter zou m.a.w. een onvolledig onderzoek uitgevoerd heb-

ben. De rechten van verdediging van De Beers zouden zijn geschonden omdat de voorzitter De Beers toegang had moeten verlenen tot deze brieven die documenten ‘à décharge’ zouden uitmaken voor De Beers.

De voorzitter zou tevens zijn verplichting tot samenwerking (van de mededingingsautoriteit) met de Commissie geschonden hebben door de artikel 7 (1) brieven niet te onderzoeken zodat hij niet in staat was om zich ervan te vergewissen dat zijn beslissing niet zou ingaan tegen de afwijzingsbeschikkingen.

### B. Beoordeling

20. De voorzitter stelt in casu terecht dat de lectuur van de afwijzingsbeschikkingen volstaat om voldoende inzicht te hebben in de afwijzingsmotieven van de Commissie (beslissing randnr. 79).

Het hof stelt vast dat de mogelijke elementen à décharge afdoende blijken uit de uitvoerige antwoorden van de Commissie op de reactie van Spira op de artikel 7 (1) brieven zoals uiteengezet in de afwijzingsbeschikkingen. De mogelijkheid dat deze motieven nog meer gedetailleerd zijn uitgewerkt in de artikel 7 (1) brieven, neemt niet weg dat alle relevante elementen ongetwijfeld door Spira werden bestreden en kennelijk door de Commissie werden beantwoord.

21. Bovendien zijn de artikel 7 (1) brieven onderdeel van de procedure voor het Gerecht en van vertrouwelijke aard en maakt De Beers het niet aannemelijk dat de kennisname van een (niet-vertrouwelijke versie) van de artikel 7 (1) brieven onontbeerlijk zou zijn om een afdoend verweer te kunnen voeren. De toegang tot deze stukken werd door het hof afgewezen in zijn tussenarrest van 1 maart 2011.

22. Ten slotte berust de argumentatie van De Beers dat de voorzitter eerst kennis had moeten nemen van deze brieven op de verkeerde premisse dat de voorzitter in het kader van een beslissing over het opleggen van voorlopige maatregelen een volledig onderzoek moet verrichten naar alle elementen à charge en à décharge (zoals in een onderzoek ten gronde over de klacht van Spira). De voorzitter dient enkel te beschikken over alle relevante informatie op het tijdstip van zijn beslissing nodig om te beslissen over het verzoek tot voorlopige maatregelen. Hij beschikt over een appreciatiebevoegdheid om te oordelen over de relevantie van deze informatie in het licht van de afweging die hij dient te maken in het kader van de gevorderde voorlopige maatregelen. Hij heeft deze appreciatiebevoegdheid niet kennelijk overschreden en heeft zijn oordeel op dit punt afdoende gemotiveerd.

23. Ten overvloede wijst het hof nog op het voorlopig en voorbereidend karakter van de artikel 7 (1) brieven van de Commissie waardoor deze in de regel niet vatbaar zijn voor een rechterlijke toetsing. Enkel een finale afwijzingsbeschikking (nadat de klager de kans heeft gehad om op de argumenten van de Commissie te antwoorden) voldoet aan deze vereiste en dient daarom alle elementen (à décharge) te

bevatten die de Commissie er toe nopen een klacht af te wijzen.

De argumentatie van De Beers in verband met de verplichting van de voorzitter tot loyale samenwerking met de Commissie om tegenstrijdige beslissingen te vermijden wordt hierna behandeld.

### **Derde middel: geen prima facie-inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie**

#### A. Bespreking

24. De Beers huldigt het standpunt dat de voorzitter, in het licht van de afwijzingsbeschikkingen, niet meer wettig kon besluiten tot het bestaan van een *prima facie*-inbreuk op het verbod van machtsmisbruik. De voorzitter zou tevens door te overwegen dat voorlopige maatregelen kunnen worden opgelegd op grond van het feit dat tegen de afwijzingsbeschikkingen beroep werd ingesteld door Spira bij het Gerecht de draagwijdte en met name de voorlopige geldigheid van deze afwijzingsbeschikkingen hebben miskend.

25. De Beers voert verder nog aan dat de voorzitter een foutieve (te weinig strikte) toetsingsstandaard hanteert bij het vaststellen van een *prima facie*-inbreuk in de beslissing.

(1) SCHENDING VAN ARTIKEL 16, 2. VAN DE VERORDENING 1/2003 EN MISKENNING VAN DE AFWIJZINGSBESCHIKKINGEN

26. De vaststelling van een *prima facie*-inbreuk zou onverenigbaar zijn met de Afwijzingsbeschikkingen en daarom strijden met artikel 16, 2. van verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 dat een uniforme toepassing van het EU-mededingingsrecht nastreeft (conclusie De Beers, nr. 64).

De Beers meent dat de voorzitter niet meer tot de bevinding kon komen dat er sprake is van een *prima facie*-inbreuk van zodra de Commissie in een eindbeslissing de aangevoerde feiten ontoereikend heeft bevonden om een inbreuk vast te stellen en beslist heeft de klacht van Spira te verwerpen op grond van het feit dat de kans om een inbreuk vast te stellen op basis van deze klacht laag is (conclusie De Beers, nrs. 65 en 67). Dezelfde relevante feiten kunnen de vaststelling van een *prima facie*-inbreuk door een nationale mededingingsautoriteit dan niet meer verantwoorden, zo luidt de redenering. Volgens De Beers mag de voorzitter bijgevolg in zijn beslissing tot het verlenen van voorlopige maatregelen niet meer steunen op diezelfde feiten (conclusie De Beers, nr. 67).

Volgens De Beers hebben de afwijzingsbeschikkingen weliswaar geen declaratoir karakter maar ontlenen zij hun gezag aan het grondig onderzoek van de argumenten van de klager door de Commissie. Bovendien kan de Commissie formeel wettelijk gezien niet beslissen dat er geen schending is van artikelen 101 en 102 van het VWEU (buiten de uitzonderlijke hypothese van art. 10 van de verordening 1/2003) en heeft zij in feite willen aangeven dat er naar haar oordeel

geen sprake was van een inbreuk (conclusie De Beers, nr. 68).

Alleen een substantiële wijziging van omstandigheden of nieuwe feiten zou een andere beslissing, die indruist tegen de afwijzingsbeschikkingen, kunnen rechtvaardigen (conclusie De Beers, nr. 69). Volgens De Beers werden alle feitelijke elementen in het verslag waarop de beslissing steunt, eerder al door de Commissie onderzocht en roept ook de beslissing zelf geen nieuwe feitelijke elementen in (Conclusie De Beers, nr. 70 met vergelijkende tabel verslag – afwijzingsbeschikking). Bijgevolg werd in de beslissing onvoldoende rekening gehouden met de gedetailleerde analyse van de feiten en beoordelingen die reeds door de Commissie werden gemaakt en haar bevindingen schragen.

(...)

(II) FOUTIEVE TOETSINGSSTANDAARD

30. De voorzitter overweegt (randnr. 114) dat hij bij de beoordeling van het *prima facie*-bestaan van een inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie zich de vraag moet stellen of een kwalificatie van de aangevoerde en door de Auditeur weerhouden feiten als misbruik van machtspositie (na een onderzoek ten gronde) mogelijk is, dat wil zeggen, niet kennelijk onredelijk is. De voorzitter vereist dus dat er een reële mogelijkheid bestaat dat de klacht gegrond is.

31. In randnummer 115 voegt de voorzitter hier nog aan toe dat naar gelang de omstandigheden de drempel om een *prima facie*-inbreuk in aanmerking te nemen lager kan gelegd worden indien de verzoeker zich terecht kan beroepen op het dringend vermijden van een toestand die voor hem een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken.

32. Volgens De Beers is de door de voorzitter gebruikte toetsingsstandaard om een *prima facie*-inbreuk vast te stellen in rechte onjuist. Er moet volgens De Beers, met verwijzing naar de rechtspraak van het Gerecht inzake voorlopige maatregelen, sprake zijn van een '*ernstige twijfel*' over de wettigheid van de aangeklaagde praktijk. Dit betekent dat er voldoende ernstige aanwijzingen moeten zijn dat een onderzoek ten gronde kan leiden tot de vaststelling van een inbreuk.

33. In casu zou de voorzitter zich zonder wettelijke basis bevoegd hebben geacht om de toetsingsstandaard te moduleren (te verminderen) naar mate de verzoeker zich terecht kan beroepen op het dringend vermijden van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel (conclusie De Beers, nrs. 56-60) en er zich toe beperkt hebben vast te stellen dat het niet manifest onredelijk is om de in het verslag vastgestelde feiten als een misbruik van machtspositie te beschouwen (*idem*, nrs. 61-63). Hierdoor zouden voorlopige maatregelen worden opgelegd in zaken waarvan het waarschijnlijk is dat een onderzoek ten gronde zal uitmonden in het verwerpen van de klacht. De voorzitter zou hierdoor het verslag een onaantastbaarheid geven die strijdig is met de rechten van de verdedi-

ging. Hij had zelf in de beslissing moeten bepalen en motiveren dat er ernstige twijfels bestonden over de wettigheid van SoC om een *prima facie*-inbreuk te kunnen vaststellen.

(...)

B. Beoordeling

(I) SCHENDING VAN ARTIKEL 16, 2. VAN DE VERORDENING 1/2003 EN MISKENNING VAN DE AFWIJZINGSBESCHIKKINGEN

35. In weerwil van de vaststelling van de Commissie in haar afwijzingsbeschikkingen (met name van een lage graad van waarschijnlijkheid dat een inbreuk kan worden gevonden en die onvoldoende is om tot een complex onderzoek over te gaan) oordeelt de voorzitter, steunend op de bevindingen in het verslag, niettemin dat er sprake is van een *prima facie*-inbreuk.

De Belgische mededingingsautoriteit dient er conform artikel 16, 2. van verordening 1/2003 over te waken geen beslissingen te nemen op basis van de Europese mededingingsregelen over ondernemingsgedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een definitieve beschikking van de Commissie wanneer die onverenigbaar zijn met deze eerdere beschikkingen. Het verzoek van Spira is mede gesteund op een inbreuk op artikelen 101 en 102 van het VWEU zoals blijkt uit de beslissing (randnr. 1).

36. Een beschikking van de Commissie (zoals een afwijzingsbeschikking) die evenwel geen definitieve uitspraak doet over het bestaan van een inbreuk op de Europese mededingingsregels bindt als dusdanig de nationale rechtscolleges niet en verhindert dus ook het opleggen van voorlopige maatregelen niet zoals de voorzitter terecht stelt.

Een dergelijke beslissing staat er immers niet aan in de weg, dat de nationale rechterlijke instanties voor wie een beroep op Europese mededingingsregels wordt gedaan, op grond van een eigen onderzoek, tot een oordeel komen dat afwijkt van dat van de Commissie.

37. Hoewel het standpunt van de Commissie in casu de nationale rechterlijke instanties dus niet juridisch bindt, vormt dit standpunt niettemin een feitelijk gegeven waarmee zij rekening kunnen houden bij hun beoordeling (*cf.* in verband met troostbrieven de beschikking van het Hof van Justitie (1<sup>ste</sup> kamer) van 16 september 1997 in de zaak *Koelman / Commissie* (C-59/96 P), r.o. 44).

Dit geldt met name ook voor de betreffende Afwijzingsbeschikkingen in onderhavige zaak die geen definitieve uitspraak doen over het al dan niet bestaan van een inbreuk (zoals de Commissie zelf uitdrukkelijk stelt onder meer op p. 6 en 21 van de brief van 26 januari 2007):

*de Commissie herinnert er aan dat het niet de bedoeling is van onderhavige beoordeling om vast te stellen of er al dan niet een inbreuk was zoals U beweert (vertaling door het hof, brief 26 januari 2007, p. 21).*

en uitdrukkelijk verwijzen naar het motief van de afwezigheid van een Gemeenschapsbelang, zelfs indien de afwezigheid van Gemeenschapsbelang mee gesteund is op een te geringe kans om een inbreuk vast te stellen en de noodzaak van een diepgaand en complex onderzoek:

*er is geen Gemeenschapsbelang om uw klacht verder te onderzoeken omwille van de te lage waarschijnlijkheid van het vinden van een inbreuk, wat het uitvoeren van een complex onderzoek niet zou rechtvaardigen (vertaling door het hof, brief 5 juni 2008, p. 14).*

38. Het feit dat de Commissie een grondig onderzoek zou hebben gevoerd en met name op pagina 21 uitdrukkelijk aangeeft dat de argumenten van Spira niet afdoende zijn (het aangevoerde feitenmateriaal is contradictoer of ondersteunt de klacht niet) verandert de draagwijdte van die afwijzingsbeschikkingen niet en impliceert nog niet dat het vaststellen van een inbreuk uitgesloten is en *a fortiori* niet dat er geen inbreuk is. De Commissie geeft immers aan dat het vaststellen van een inbreuk een complex onderzoek zou vereisen (p. 14 van de tweede afwijzingsbeschikking van 5 juni 2008).

Wanneer dergelijke voorlopige analyse van de Commissie voor de nationale rechter in ieder geval slechts een feitelijk gegeven uitmaakt waarmee hij niet verplicht is rekening te houden in een procedure ten gronde bij de toepassing van artikel 101 of 102 van het VWEU geldt dit in het bijzonder wanneer de nationale rechter zich uitspreekt over voorlopige maatregelen nadat tegen deze afwijzingsbeschikkingen bij het Gerecht beroep is aangetekend door de verzoeker.

39. De feitelijke vaststelling van de Commissie dat er in casu een te lage graad van waarschijnlijkheid is om een complex onderzoek te verantwoorden is in wezen een opportuiniteitsoordeel en vormt slechts één element van het dossier en verhindert de nationale rechter dus niet om op grond van een evaluatie van het geheel der relevante gegevens in het dossier tot een andere conclusie te komen en tot het bestaan van een *prima facie*-inbreuk te besluiten.

40. *Mutatis mutandis* dient dezelfde redenering gevolgd te worden waar het de bevoegdheid van de voorzitter van de nationale mededingingsautoriteit betreft om voorlopige maatregelen te treffen. De afwijzingsbeslissingen evenals de daarin opgenomen feitelijke vaststellingen en conclusies van de Commissie over de geringe waarschijnlijkheid van het vaststellen van een inbreuk binden om voormelde redenen de nationale mededingingsautoriteit evenmin. Niets belet bijgevolg de nationale mededingingsautoriteit om in het kader van haar eigen prioriteitenbeleid vooralsnog een meer volledig en 'complex' onderzoek te voeren naar een mogelijke inbreuk (zoals de Commissie dit noodzakelijk acht om een inbreuk te vinden) en haar voorzitter om in afwachting van de uitkomst van dat onderzoek een voorlopige maatregel op te leggen op grond van artikel 62, § 1 WBEM indien hij

meent na een *prima facie*-onderzoek dat daartoe de voorwaarden vervuld zijn.

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

42. Gelet op de draagwijdte en met name op de uitdrukkelijke bewoordingen in de afwijzingsbeschikkingen waarbij ondubbelzinnig wordt aangegeven dat er (i) geen uitspraak wordt gedaan over het al dan niet bestaan van een inbreuk en (ii) dat zij gesteund zijn op het ontbreken van een voldoende Gemeenschapsbelang om een complex onderzoek te voeren, kan er geen sprake zijn van de schending van de bindende kracht van die afwijzingsbeschikkingen ook al geeft de Commissie daarin aan dat zij slechts een geringe kans ziet om een inbreuk te vinden.

Het is niet aan het hof of aan de voorzitter van de Raad om te gissen naar mogelijke achterliggende motieven van de Commissie achter deze verwoording. Met een verdere toelichting over een mogelijke tegenstrijdigheid met de afwijzingsbeschikkingen in een navolgend schrijven van de Commissie d.d. 6 december 2010 (stuk 2, De Beers) aan De Beers kan geen rekening worden gehouden om de juiste draagwijdte van de eerdere afwijzingsbeschikkingen vast te stellen temeer nu de Commissie zelf verklaart in dat schrijven in de procedure voor het hof te zullen tussenkomen *indien zij dit nodig acht op grond van haar bevoegdheid onder verordening 1/2003, hetgeen zij kennelijk niet nodig heeft geoordeeld*:

*“DG Mededinging heeft de Belgische mededingingsautoriteit reeds geattendeerd op het gevaar van een inconsistente toepassing van de EU-mededingingsregels. Artikel 11, 4. van verordening 1/2003 laat de Commissie evenwel niet toe om formeel tussen te komen in procedures inzake voorlopige maatregelen. Dit neemt niet weg dat de Commissie haar bevoegdheden onder verordening 1/2003 kan gebruiken om een samenhangende toepassing van het EU-mededingingsrecht te verzekeren, met name in de context van een mogelijke beroepsprocedure voor het Brusselse hof van beroep. De noodzaak om op te treden zal moeten beoordeeld worden indien en wanneer een beroepsprocedure wordt aangevat” (vrije vertaling van het hof). (stuk 2, De Beers, p. 2).*

43. Niettegenstaande het feit dat de vaststellingen en de beoordeling van de Commissie in haar afwijzingsbeschikkingen niet juridisch bindend zijn voor en een andere draagwijdte hebben dan het *prima facie*-onderzoek van de Auditor en de beoordeling door de voorzitter, ligt het voor de hand dat afwijzingsbeschikkingen door hun aard elementen bevatten die ontlastend kunnen zijn voor De Beers.

De Beers heeft zich in de procedure voor de voorzitter uitdrukkelijk op deze afwijzingsbeschikkingen beroepen (beslissing, randnr. 53, 4<sup>de</sup> al.) en met name door te stellen dat vele feitelijke beweringen van het verslag door de afwij-

zingsbeschikkingen worden tegengesproken (beslissing, randnr. 85, *in fine* en 92, 1<sup>ste</sup> al.). Een apart onderdeel van de beslissing is geheel gewijd aan het verweer van De Beers gesteund op de afwijzingsbeschikkingen (beslissing, par. 7.2, (iii), randnrs. 124-131) en vermeldt uitdrukkelijk de kritiek van De Beers in haar memorie waar zij de Auditeur verwijt in haar Verslag met name in te gaan tegen de feitelijke vaststellingen en juridische conclusies van de Commissie zonder aan te tonen dat er marktontwikkelingen zijn die een andere *prima facie*-beoordeling rechtvaardigen (beslissing, randnr. 124).

44. Gelet op het feit dat De Beers in haar memorie zich uitdrukkelijk en meermaals specifiek op de inhoud van deze afwijzingsbeschikkingen beroept als elementen *à décharge* en op het feit dat de bevindingen en conclusies vervat in de afwijzingsbeschikkingen uitgaan van de Europese mededingingsautoriteit kan niet worden betwist dat deze bevindingen en conclusies pertinent zijn en een bijzonder belang hebben voor de *prima facie*-beoordeling van een mogelijke inbreuk wanneer zij in wezen op dezelfde feiten berusten.

45. Hieruit volgt dat de Auditeur, bij zijn onderzoek naar dezelfde feiten, en de voorzitter, bij zijn beoordeling van het verslag, deze elementen van motivering waarop De Beers zich uitdrukkelijk beroept niet zonder meer naast zich neer mogen leggen of tot andere vaststellingen of conclusies kunnen komen zonder aannemelijk te maken dat de Commissie deze feiten kennelijk onjuist heeft vastgesteld of beoordeeld.

De Auditeur en de voorzitter kunnen aan deze elementen van motivering slechts voorbij gaan op grond van geloofwaardige en doorslaggevende elementen waarmee de Commissie geen of onvoldoende rekening heeft gehouden. Een beduidende wijziging in omstandigheden of andere feiten waarmee de Commissie geen rekening heeft gehouden kunnen een afwijkend standpunt verantwoorden. Voor zover het om een doorslaggevend element in de beoordeling gaat, dient dan niet op de overige elementen van motivering van de Commissie te worden geantwoord.

(...)

57. De overwegingen uit het verslag en de beslissing die aangeven dat de Auditeur en de voorzitter zich niet gebonden achten om op alle motieven van de afwijzingsbeschikkingen te antwoorden, staan er niet aan de weg dat de voorzitter wel degelijk rekening gehouden heeft met de motieven van de afwijzingsbeschikkingen als een feitelijk gegeven maar tot een andere *prima facie*-beoordeling is gekomen dan de Commissie door zich te steunen op nieuwe elementen uit het verslag die een afwijking ten aanzien van de beoordeling van de Commissie in principe kunnen rechtvaardigen.

58. Dit onderdeel van het derde middel faalt bijgevolg waar het ten onrechte stelt dat de beslissing geen nieuwe feitelijke elementen inroept die als grondslag voor de beslissing kunnen dienen en die niet reeds door de Commissie werden

beoordeeld. Het berust op een verkeerde lezing van het verslag waarop de beslissing uitdrukkelijk is gesteund.

De vraag of het verslag of de beslissing het aannemelijk maken dat deze nieuwe elementen ook effectief een afwijking van de feitelijke en juridische conclusies van de Commissie rechtvaardigen dient in het kader van dit middel zoals het door De Beers is geformuleerd en bij afwezigheid van een ernstige betwisting hierover niet verder te worden onderzocht.

59. Het middel faalt eveneens waar het aanvoert dat er sprake is van een miskenning van de bindende kracht of het vermoeden van (voorlopige) rechtsgeldigheid van de afwijzingsbeschikkingen wanneer de voorzitter het feitelijke gegeven in aanmerking neemt (randnr. 126) dat de afwijzing niet definitief is gezien de Commissie mogelijk haar beslissing moet herzien na een eventueel vernietigingsarrest door het Gerecht over de afwijzingsbeschikkingen.

## (II) FOUTIEVE TOETSINGSSTANDAARD

60. De WBEM voorziet in een systeem van voorlopige maatregelen om te kunnen verzekeren dat eindbeslissingen van de Raad waarbij een onderneming bevel opgelegd wordt een verboden praktijk te staken, nog een nuttig effect hebben.

Artikel 62, § 1 WBEM maakt daarbij geen uitdrukkelijke melding van de vereiste van het bestaan van een *prima facie*-inbreuk. Deze gegrondheidsvereiste is evenwel een impliciete voorwaarde om voorlopige maatregelen te kunnen verantwoorden.

Het zou immers niet verenigbaar zijn met het bewarend karakter van voorlopige maatregelen indien voorafgaand de vaststelling van een inbreuk na een diepgaand onderzoek ten gronde vereist zou zijn. Anderzijds is het niet met de vrijheid van ondernemen bestaanbaar en zou het tot misbruik van de procedure aanleiding kunnen geven dat een praktijk door de voorzitter zou kunnen verboden worden zonder de reële mogelijkheid dat de hem voorgelegde en weerhouden feiten na een grondig onderzoek als inbreuk worden gekwalificeerd. De vereiste van het ogenschijnlijk bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is daarom een gegrondheidsvoorwaarde (D. VANDERMEERSCH, *De mededingingswet*, Kluwer, 2007, p. 304 e.v.) om die praktijk te kunnen schorsen.

61. De toetsingsstandaard van een *prima facie*-inbreuk betekent alleszins dat er meer dan een theoretische, d.w.z. een reële, mogelijkheid moet bestaan om de aangevoerde feiten, zo deze op het eerste gezicht als geloofwaardig overkomen, als een inbreuk (misbruik van machtspositie) te kwalificeren zonder dat daartoe eerst een grondig onderzoek dient te gebeuren. Wel dient de voorzitter uitdrukkelijk in zijn beslissing vast te stellen dat *prima facie* de constitutieve elementen voor een inbreuk voorhanden zijn (waaronder het bestaan van een *prima facie*-machtspositie, een ondernemingspraktijk die misbruik kan uitmaken en de afwezigheid

op het eerste gezicht van ernstige rechtvaardigingsgronden). Hij dient hierbij te steunen op alle gegevens van het dossier waaronder het verslag.

62. In randnummer 116 stelt de voorzitter vast dat de belangenafweging in het voordeel van Spira speelt, dat dit gegeven de *prima facie*-beoordeling van de inbreuk weliswaar beïnvloedt maar dat daarmee de *prima facie* inbreuk niet zonder meer vaststaat.

Hoewel de voorzitter in randnummer 115 – zonder wettelijke grondslag aan te geven – aangeeft dat de toetsingsdrempel voor het in aanmerking nemen van een *prima facie*-inbreuk kan verlaagd worden naar gelang van de omstandigheden, blijkt nergens expliciet uit de beslissing dat hij deze drempel ook daadwerkelijk zou verlaagd hebben. Deze overweging ondersteunt dan ook de beslissing niet en dient te worden beschouwd als een *obiter dictum*. Het middel berust op een verkeerde lezing van de beslissing waar het de voorzitter verwijt zonder wettelijke basis een verlaagde toetsingsdrempel te hanteren omwille van het gegeven dat verzoeker zich ‘terecht’ kan beroepen op het dringend vermijden van een toestand die een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel uitmaakt. Het debat over de vraag of er louter op basis van een belangenafweging voorlopige maatregelen kunnen worden opgelegd, is gelet op het voorgaande zonder voorwerp. De voorzitter heeft zich niet louter op een belangenafweging gebaseerd.

63. De Beers verwijt de voorzitter verder dat hij zonder eigen beoordeling zich er toe beperkt heeft een marginale toetsing uit te voeren en vast te stellen dat de bevindingen van het verslag inzake een *prima facie*-inbreuk niet ‘manifest onredelijk’ zijn terwijl hij op basis van alle gegevens van het dossier inbegrepen de schriftelijke opmerkingen van verweerder in de procedure voor de voorzitter en zonder een hogere bewijswaarde aan het verslag toe te kennen had moeten bepalen en motiveren waarom er ‘ernstige twijfels’ bestaan omtrent de wettigheid van het onderzochte gedrag (conclusie De Beers, nrs. 61-63).

64. Zoals reeds aangegeven heeft de voorzitter in tegenstelling tot wat De Beers voorhoudt de vereiste van een *prima facie*-inbreuk wel degelijk als een afzonderlijke gegrondheidsvereiste beoordeeld en in de beslissing gemotiveerd.

In randnummer 123 maakt de voorzitter zich de gegevens aangereikt in het verslag eigen en oordeelt hij dat het:

*niet kennelijk onredelijk [is] om de feitelijke gegevens die de auditeur in aanmerking neemt op het eerste gezicht als geloofwaardig te beschouwen, en om op grond van deze gegevens uit te gaan van een prima facie-inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie als grondslag voor het nemen van voorlopige maatregelen.*

In randnummers 117 tot 122 overloopt en beoordeelt de voorzitter verder de overwegingen uit het verslag die achtereenvolgens betrekking hebben op (i) de *prima facie*-machts-

positie van De Beers op de wereldwijde markt voor de verkoop van ruwe diamant en (ii) de mogelijkheid om misbruik af te leiden uit mogelijke uitsluitingseffecten verbonden aan het SoC (met verwijzing naar een mogelijke kwalificatie als constructieve leveringsweigeringsbronnen en de afwezigheid van alternatieve bevoorradingsbronnen en de mogelijk negatieve effecten op de mededinging tussen zichhouders en niet-zichhouders).

Met verwijzing naar de richtsnoeren van de Commissie (mededeling van de Commissie – richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.C* 24 februari 2009, 45/7) overweegt de voorzitter tevens dat de vaststellingen van de Auditeur in zijn verslag conform zijn met de vereiste objectieve onmisbaarheid van het product en de mogelijke uitschakeling van de mededinging stroomafwaarts (randnr. 121) en met de vereiste van afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond (randnr. 122).

Uit het voorgaande blijkt afdoende dat de voorzitter, weliswaar steunend op de bevindingen van het verslag die hij zich eigen maakt, een eigen beoordeling heeft gemaakt van het vervuld zijn van de *prima facie*-inbreukvereiste en de opgelegde maatregelen niet enkel gesteund heeft op een belangenafweging. Het feit dat de voorzitter in randnummer 123 aangeeft dat het niet kennelijk onredelijk is om de feitelijke gegevens die de Auditeur in aanmerking neemt op het eerste gezicht als geloofwaardig te beschouwen en op grond van deze gegevens uit te gaan van een *prima facie*-inbreuk betekent niet dat hij geen eigen beoordeling van deze gegevens heeft gemaakt maar enkel dat deze beoordeling overeenstemt met deze van de Auditeur en beantwoordt aan de vereisten voor de vaststelling van een *prima facie*- of ogen-schijnlijke inbreuk.

Het middel faalt voor zover het de voorzitter verwijt de beslissing niet te steunen op een eigen beoordeling.

65. In de structuur van artikel 62 WBEM is een eerste beoordeling van de ontvankelijkheid en gegrondheid van het verzoek tot voorlopige maatregelen door de Auditeur steeds het uitgangspunt van de beoordeling van de voorzitter. Het heeft bijgevolg een centrale plaats in deze beoordeling. Het is niet aan de voorzitter om de *prima facie*-analyse uitgevoerd door de Auditeur 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.

De Beers heeft in de procedure voor de voorzitter de kans gehad zich te verweren tegen het verslag. Uit randnummer 122 blijkt dat de voorzitter met name ook expliciet geantwoord heeft op de kritiek van De Beers in haar memorie met betrekking tot de volgens haar vereiste waarschijnlijkheid



van schade voor gebruikers en de beweerde aanwezigheid van objectieve rechtvaardigingsgronden (door de Commissie erkende efficiëntieverbeteringen tengevolge van Soc) op grond van de afwijzingsbeschikkingen. Er is dan ook geen sprake van een schending van de rechten van de verdediging nu De Beers niet aantoont dat de voorzitter het verslag zonder meer zou hebben overgenomen zonder rekening te houden met andere elementen uit het dossier en met name met de kritiek van De Beers op de bevindingen van het verslag. De voorzitter dient daarbij evenwel niet expliciet te antwoorden op alle aangevoerde kritieken op de bevindingen van de Auditeur.

Dit onderdeel van het middel berust op een verkeerde lezing van de beslissing voor zover het stelt dat de voorzitter de beslissing uitsluitend steunt op een marginale toetsing van het verslag en aldus ten onrechte een hogere bewijswaarde toekent aan het verslag en de rechten van de verdediging schendt. Uit niets blijkt dat De Beers geen effectieve mogelijkheid tot tegenspraak ten aanzien van de bevindingen van het verslag heeft gehad tijdens de procedure voor de voorzitter.

66. Indien de bevindingen van de Auditeur in zijn verslag door andere elementen in het dossier ernstig weersproken worden (bv. in de afwijzingsbeschikkingen) komt het aan de voorzitter toe om te beoordelen of de bevindingen van de Auditeur voldoende geloofwaardig en doorslaggevend zijn om deze elementen opzij te schuiven zonder evenwel tot een beoordeling van de diverse argumenten die de grond van de zaak raken te moeten over gaan (zie verder m.b.t. het middel inzake motiveringsgebrek).

De *prima facie*-inbreukvereiste verplicht de voorzitter niet in zijn beslissing te motiveren waarom er ‘ernstige twijfels’ bestaan omtrent de wettigheid van het onderzochte gedrag zoals De Beers ten onrechte aanvoert (conclusie De Beers, nr. 62). Belgische rechtspraak of rechtsleer waaruit de toepassing van dergelijke strikte toetsingsstandaard moet blijken, wordt door De Beers trouwens niet aangegeven.

Voor de *prima facie*-vaststelling van een inbreuk volstaat dat er een reële kans bestaat dat in het kader van een onderzoek ten gronde een inbreuk wordt vastgesteld die de mededinging beperkt. De overweging van de voorzitter *dat het niet kennelijk onredelijk is om de feitelijk gegevens die de auditeur in aanmerking neemt op het eerste gezicht als geloofwaardig te beschouwen en om op grond van deze gegevens uit te gaan van een prima facie-inbreuk op het verbod van misbruik van machtspositie* (randnr. 123) impliceert noodzakelijk dat er een meer dan theoretisch risico op het vinden van een inbreuk bestaat.

67. De vraag of de beslissing effectief het mogelijke bestaan van een inbreuk ook aannemelijk maakt dient in het kader van dit middel voor zover het enkel de vereiste toetsingsstandaard betreft niet te worden beantwoord.

Dit onderdeel van het derde middel faalt naar recht voor zover het aanvoert dat de beslissing nalaat de door de rechtspraak gehanteerde toetsingsstandaard te volgen die zou vereisen dat er een ernstige twijfel bestaat over de wettigheid van de onderzochte praktijk.

#### ***Vierde middel: motiveringsgebreken***

(...)

De motivering van de voorzitter aangaande de vereiste belangenafweging laat het hof toe vast te stellen dat de beslissing op dit punt adequaat werd gemotiveerd.

#### ***Vijfde middel: de beslissing besluit ten onrechte tot het bestaan van een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel***

(...)

De motivering van de voorzitter aangaande het vereiste ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel laat het hof toe vast te stellen dat de beslissing op dit punt adequaat werd gemotiveerd.

#### ***Zesde middel: gebrekkige motivering en omvang en duur van de voorlopige maatregelen***

##### *A. Bespreking*

102. Ondergeschikt betoogt De Beers dat de voorlopige maatregelen (i) in het verslag niet afdoende werden gemotiveerd, (ii) niet van tijdelijke aard zijn en (iii) in strijd zijn met het EU-recht.

103. Wat het gebrek aan motieven betreft, zou de voorzitter aan De Beers niet de mogelijkheid hebben gegeven om haar opmerkingen te formuleren over de voorlopige maatregelen en de beslissing zou niet gemotiveerd zijn op het vlak van de bepaling van de omvang en het bedrag van de minimumleveringsplicht per zicht (... USD) in functie van de noodzaak om het nadeel voor Spira te voorkomen. De Beers meent dat de voorzitter Spira had moeten vragen dit bedrag te rechtvaardigen, wat niet is gebeurd. Zij betoogt dat als gevolg hiervan haar rechten van verdediging zijn geschonden en dat de opgelegde maatregelen buitensporig zijn.

Dat buitensporig karakter zou onder meer moeten blijken uit het feit dat Spira voorraden kon aanleggen die zij vanaf oktober 2008 tot december 2010 heeft aangewend (periode zonder levering van De Beers) en elders aankopen kon doen om in de markt te blijven nadat de levering door De Beers was gestopt (conclusie De Beers, nr. 147).

104. Wat de duur van de voorlopige maatregelen betreft betoogt De Beers dat deze zijn opgelegd in functie van gebeurtenissen waarop geen tijdsbepaling staat: een uitspraak van het Gerecht in het beroep van Spira tegen de afwijzingsbeschikkingen of een beslissing van de Auditeur tot seponeren van de klacht. Aldus houdt de maatregel geen

verband met de nood van Spira en wordt het principe van het tijdelijk karakter van voorlopige maatregelen geschonden.

105. De maatregel zou ook de EU-regel van de voorlopige geldigheid van de afwijzingsbeschikkingen schenden door de duur van de maatregel te koppelen aan de uitkomst van de procedure voor het Gerecht (conclusie De Beers, nr. 154).

#### B. Beoordeling

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

De grief van De Beers betreffende de duur van de besliste maatregel is in dit opzicht gegrond.

(...)

109. Wat de tijdsduur van de maatregel betreft voert De Beers nog aan dat de motivering ervan geen verband houdt met de noden van Spira. Het laten voortduren van voorlopige maatregelen op een ogenblik dat Spira zich zou kunnen bevoorraden bij een andere handelspartner en de input van De Beers zou kunnen missen, zou strijdig zijn met het tijdelijk en voorlopig karakter van de opgelegde maatregel.

De voorzitter motiveert de duurtijd van het bevel tot leveren als volgt:

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

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

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

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

*Vandaag is onzeker of de klacht van Spira bij de Belgische mededingingsautoriteit tot een onderzoek zal leiden dat afgerond wordt in een verslag aan de Raad voor de Mededinging met punten van bezwaar ten laste van Spira [lees De Beers]. Het is dan ook gepast om op het bevel tot leveren een termijn te stellen die binnen afzienbare tijd verstrijkt.*

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

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

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

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

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

110. Het voorlopige karakter van de maatregel veronderstelt dat deze in geldingsduur beperkt blijft tot een bepaalde tijdsduur en voor De Beers geen onomkeerbare toestand schept in afwachting van een uitspraak over de grond van de klacht die door Spira bij de Raad is ingediend.

111. Gelet op de aard van de opgelegde maatregel (een bevel tot leveren) is het voortduren ervan niet langer verantwoord zodra Spira op een volwaardige alternatieve leverancier een beroep kan doen en de input van De Beers bijgevolg niet meer onmisbaar is. Niet alleen is het vereiste nadeel dan niet meer aanwezig in hoofde van Spira, de kans dat een misbruik ten gevolge van leveringsweigering wordt bewezen is dan ook niet meer reëel.

Het tijdelijk karakter van de maatregel vereist bijgevolg dat hij qua duur beperkt blijft tot wat noodzakelijk is om het ern-

stig en onherroepelijk nadeel in hoofde van Spira te vermijden. Zoals de beslissing zelf terecht aangeeft, kunnen zich omstandigheden voordoen die maken dat het bevel niet meer aangepast is.

Op dit punt houdt de duur van de opgelegde maatregel geen rekening met het feit dat het vereiste nadeel in hoofde van Spira niet noodzakelijk blijft duren tot aan de door de beslissing weerhouden procedurele gebeurtenissen en dat de omvang der zichten in de loop van de tijd kan evolueren.

112. De geldingsduur van de voorlopige maatregel dient vervolgens ook in de tijd beperkt te blijven, tot de redelijke termijn die noodzakelijk is om de Auditeur toe te laten een verslag in te dienen betreffende de klacht ten gronde van Spira en indien dit verslag besluit tot het bestaan van een verboden praktijk, tot een kamer van de Raad voor de Mededinging ten gronde zal hebben beslist.

Besluit dit verslag tot een sepot, dan dienen de voorlopige maatregelen van kracht te blijven tot over een eventueel verhaal tegen dit sepot is beslist.

In dit verband stelt het hof vast dat het verslag werd ingediend zes maanden na de indiening van de klacht en dat de beslissing werd uitgesproken ruim zes maanden na de indiening van het verslag.

113. Het hoofdberoep is bijgevolg gedeeltelijk gegrond in zoverre de duurtijd van de opgelegde maatregel (i) niet verenigbaar is met de motieven van de beslissing die er toe hebben geleid dat de overwegingen van de afwijzingsbeschikkingen ter zijde worden geschoven; (ii) niet beperkt blijft tot een redelijke termijn die de Auditeur moet toelaten een verslag uit te brengen over de klacht van Spira en (iii) niet toelaat rekening te houden met toekomstige ontwikkelingen wat betreft de noden van Spira inzake bevoorrading door De Beers en de evolutie van de omvang der zichten.

114. De Beers verzoekt in haar verzoekschrift het hof om in geval van vernietiging van de beslissing haar volle rechtsmacht uit te oefenen en zich in de plaats te stellen van de voorzitter en te beslissen over het niet vervuld zijn van de voorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen. Spira verzet zich tegen de uitoefening door het hof van de aldus begrepen volle rechtsmacht er op wijzend dat niet voldaan is aan de voorwaarden waaronder volgens rechtspraak van het hof zij de zaak zelf kan afhandelen. In conclusie stelt De Beers anderzijds dat de volle rechtsmacht het hof niet toelaat zich in de plaats te stellen van de voorzitter en voorlopige maatregelen op te leggen op grond van artikel 62 WBEM zoals Spira ondergeschikt vraagt in geval van vernietiging van de beslissing.

115. Boven is gebleken dat het hoger beroep slechts gegrond is in de mate de beslissing de geldingsduur van de opgelegde maatregel vaststelt. Over die duur dient opnieuw te worden beslist. De vaststelling van die duur betreft geen uitoefening van een eigen bevoegdheid van de mededingingsautoriteit

maar een toepassing van artikel 62 WBEM, dat de voorwaarden bepaalt waaronder voorlopige maatregelen kunnen worden genomen. Bijgevolg beslist het hof zelf over de geldingsduur van de genomen maatregel op grond van zijn volle rechtsmacht.

116. Onder de randnummers 110-112 is aangegeven welke criteria in aanmerking dienen te worden genomen voor de bepaling van de geldingsduur.

In het voorliggende geval leiden ze er toe dat de duur dient te worden beperkt in functie van het tijdsbestek dat vereist is voor de indiening van het verslag ten gronde door de Auditeur, hetgeen binnen een naar omstandigheden redelijke termijn dient te gebeuren. Rekening houdend met de termijn die vereist bleek om een verslag in te dienen omtrent de voorlopige maatregelen en met het feit dat inmiddels zeventien maanden zijn verstreken, moet worden aangenomen dat de redelijke termijn voor de indiening van een verslag ten gronde verstrijkt op 30 april 2012.

117. Overigens belet niets de voorzitter opnieuw te beslissen over voorlopige maatregelen indien er zich evoluties voordoen die zulks wettigen, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van een belanghebbende partij, en onder meer ook in functie van de noden van Spira inzake bevoorrading door De Beers en de omvang der zichten, of wegens de duur van een bijkomend onderzoek door het Auditoraat na een eventuele vernietiging van een sepot.

(...)

Om deze redenen

HET HOF

(...)

Beslist op tegenspraak;

Verklaart het hoofdberoep van appellanten ontvankelijk en in de hierna volgende mate gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep van de tussenkomende partij onontvankelijk;

Doet de beslissing teniet in zoverre ze beslist over de duur van de opgelegde maatregel;

Zegt dat de geldingsduur van de bevolen maatregel verstrijkt op 30 april 2012, tenzij tegen die datum:

– de Auditeur een met redenen omkleed verslag ten gronde over de klacht gekend onder nummer MEDE-P/K-09/0019 heeft ingediend op grond van artikel 45, § 4 WBEM;

– de Auditeur een met redenen omkleed verslag heeft ingediend met toepassing van artikel 45, § 2 WBEM en hiertegen een verhaal zoals bedoeld in artikel 45, § 3 WBEM wordt ingesteld en zulks leidt tot vernietiging van het sepot.

(...)