

Nr.: 602

A.R. Nr.: 2012/MR/1 &
2012/MR/2 & 2012/
MR/4 & 2012/MR/6

Rep. nr.: 2013/ 2183

HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL
18^{de} kamer,

zetelend in burgerlijke zaken,
na beraad, wijst volgend arrest:

IN ZAKE VAN: 2012/MR/1 – 2012/MR/2 – 2012/MR/4

1. **DE BEERS UK LTD**, een vennootschap onder Engels recht, met maatschappelijke zetel te Charterhousestreet 17, Londen EC1N 6RA Verenigd Koninkrijk, met ondernemingsnummer 2054170,

2. **DIAMDEL N.V.**, een vennootschap onder Belgisch recht, met maatschappelijke zetel te 2018 ANTWERPEN, Schupstraat 21, ingeschreven met KBO-nummer 0404.946.690,

appellanten, vertegenwoordigd door de heer Bruce Cleaver, executief directeur van De Beers SA en directeur van De Beers UK Ltd

vertegenwoordigd en bijgestaan door Mrs. Bernard van de Walle de Ghelcke en Stefaan Loosveldt. advocaten met kantoor te 1000 BRUSSEL, Brederodestraat 13 en door Mr. Yvan Desmedt,

Eindarrest

van 26 maart 2013

CC: 128

PL: 120

IN AANWEZIGHEID VAN:

DIAMANTHANDEL A. SPIRA B.V.B.A., Diamantbeurs Kantoor 519-521, 2018 ANTWERPEN, Pelikaanstraat 78 bus 106,

vertegenwoordigd door Mr. Ralph De Wit en Mr. Arn Calewaert, advocaten te 2000 ANTWERPEN, Lange Gasthuisstraat 27 en door Mr. Jacques Bourgeois, advocaat te 1050 BRUSSEL, Marsveldplein 5,

tussenkommende partij.

EN IN ZAKE VAN: 2012/MR/6

DIAMANTHANDEL A. SPIRA B.V.B.A., Diamantbeurs Kantoor 519-521,
2018 ANTWERPEN, Pelikaanstraat 78 bus 106,

Appellante op tegenberoep;

vertegenwoordigd door Mr. Ralph De Wit en Mr. Arn Calewaert, advocaten te
2000 ANTWERPEN, Lange Gasthuisstraat 27 en door Mr. Jacques Bourgeois,
advocaat te 1050 BRUSSEL, Marsveldplein 5,

IN AANWEZIGHEID VAN

1. **DE BEERS UK LTD**, een vennootschap onder Engels recht, met
maatschappelijke zetel te Charterhousestreet 17, Londen EC1N 6RA Verenigd
Koninkrijk, met ondernemingsnummer 2054170,

2. **DIAMDEL N.V.**, een vennootschap onder Belgisch recht, met
maatschappelijke zetel te 2018 ANTWERPEN, Schupstraat 21, ingeschreven
met KBO-nummer 0404.946.690,

vertegenwoordigd en bijgestaan door Mrs. Bernard van de Walle de Ghelcke
en Stefaan Loosveldt, advocaten te 1000 BRUSSEL, Brederodestraat 13 en
door Mr. Yvan Desmedt, advocaat te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan
165;

A. Over de rechtspleging.

1. Door de partijen De Beers en Diamdel (hierna samen ook aangeduid
als "De Beers") werden op de griffie van het hof drie verzoekschriften
ingediend waarbij telkens hoger beroep wordt ingesteld tegen een beslissing
van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging.

Met het eerste verzoekschrift, dat werd ingediend op 10 mei 2012, wordt
hoger beroep ingesteld tegen een beslissing van 10 april 2012 in de zaak
'MEDE-V/M-12/002' (2012/MR/1).

Het tweede verzoekschrift (2012/MR/2, dat eveneens op 10 mei 2012 werd ingediend, viseert een beslissing van 27 april 2012 in dezelfde zaak.

Het derde verzoekschrift (2012/MR/4), dat werd ingediend op 3 augustus 2012, is gericht tegen de beslissing nr. 2012-V/M-19 van 13 juli 2012, eveneens in dezelfde zaak.

2. Bij een brief van 11 juni 2012 hebben de advocaten van partij Spira meegedeeld dat hun cliënte tussenkomt in de procedures met de rolnummers 2012/MR/1 en 2012/MR/2.

Bij een verzoekschrift dat op 3 september 2012 werd ingediend op de griffie van het hof, geeft partij Spira aan tussen te komen in de procedure met rolnummer 2012/MR/4 en tegelijk ook incidenteel beroep in te stellen tegen de reeds vermelde beslissing van 13 juli 2012.

Van dit verzoekschrift werd evenwel afstand gedaan bij een akte die op 5 september 2012 werd neergelegd op de griffie, maar zonder berusting wat het tegenberoep betreft.

3. Vervolgens heeft partij Spira op 5 september 2012 een verzoekschrift ingediend op de griffie waarbij ze tegenberoep instelt tegen de reeds vermelde bestreden beslissing van 13 juli 2012 (2012/MR/6).

4. Van alle vermelde verzoekschriften werd kennis gegeven aan de Raad voor de Mededinging en aan de Minister bevoegd voor Economie.

De Mededingingsautoriteit heeft niet te kennen gegeven dat ze wenste deel te nemen aan de voorliggende rechtspleging.

5. De termijnen om conclusie te nemen werden bepaald bij een tussenarrest van 4 september 2012, dat ook besliste over de toegang tot dossierstukken.

De zaak werd klaar gemaakt voor behandeling binnen de gestelde termijnen.

6. De partijen werden gehoord op de terechtzitting van 27 november 2012, datum waarop de zaak in beraad werd gesteld.

7. De voormelde vier procedures zijn samenhangend aangezien de drie bestreden beslissingen eenzelfde zaak betreffen die voor de voorzitter van de Raad voor de Mededinging aanhangig werd gemaakt en twee van de bestreden beslissingen een voorbereidend karakter hebben ten aanzien van de derde beslissing.

Om die reden dienen de vier procedures te worden gevoegd.

B. De bestreden beslissingen en hun feitelijke context.

8. De drie bestreden beslissingen zijn verleend binnen het kader van een aanslepende procedure, nadat Spira op 30 oktober 2009 een klacht heeft ingediend tegen De Beers bij het Auditoraat bij de Raad voor de Mededinging, wegens schending van de artikelen 2 en 3 WBEM en 101 en 102 VWEU, met name wegens de toepassing van een selectief distributiesysteem 'Supplier of Choice' (SoC) genaamd.

Binnen het kader van die procedure heeft Spira de voorzitter van de Raad verzocht om voorlopige maatregelen te bevelen, die er samengevat op neerkomen dat een opgezegde overeenkomst verder moet worden uitgevoerd.

Spira vroeg dat die maatregelen zouden gelden totdat een definitieve beslissing ten gronde, met uitputting van alle rechtsmiddelen, hetzij op Belgisch niveau, hetzij op Europees niveau, is bekomen over de verenigbaarheid van het vermelde selectieve distributiesysteem met het mededingingsrecht.

9. Over de klacht die Spira tegen het SoC-systeem op 25 september 2003 indiende bij de Europese Commissie, heeft deze Afwijzingsbeschikkingen verleend op 26 januari 2007 en 5 juni 2008.

Tegen deze beslissingen heeft Spira telkens een verzoek tot nietigverklaring ingediend bij het Gerecht van de Europese Unie.

De op die verzoeken volgende procedure is nog steeds hangende voor het GEU, maar op 25 oktober 2012 heeft de mondelinge behandeling plaats gevonden. Een arrest zou worden verwacht in de loop van 2013.

10. In een gemotiveerd verslag dat met toepassing van artikel 62 §5 WBEM op 4 mei 2010 werd ingediend, wordt voorgesteld om het verzoek in te willigen volgens de door de auditeur aangegeven modaliteiten.

Bij een beslissing van 25 november 2010 volgt de voorzitter van de Raad de strekking van het verslag en verklaart de vordering gegrond.

Over de duur van de maatregelen besliste hij dat het opgelegde bevel geldt vanaf 1 januari 2011 en afloopt, hetzij een maand na de dag waarop het GEU beslist over de door Spira ingediende beroepen en deze verwerpt, hetzij een maand na de dag waarop het Auditoraat de klacht van Spira seponeert.

11. De Beers heeft tegen de beslissing van 25 november 2010 beroep ingesteld.

Het hof heeft hierover geoordeeld bij een arrest van 19 oktober 2011.

Het dictum van het arrest luidt dat het hoger beroep in een aangegeven mate gegrond is, met name waar de beslissing van 25 november 2010 beslist over de duur van de opgelegde voorlopige maatregel.

Over dié duur stelt het dictum van 's hofs arrest van 19 oktober 2011:

" 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".

12. Met het zicht op de naderende vervalddag voor de voorlopige maatregelen op 30 april 2012 heeft Spira dan op 16 januari 2012 een nieuw verzoekschrift ingediend om voorlopige maatregelen te bekomen.

De essentie van dit verzoek houdt in dat Spira nog langer wenst te worden beleverd volgens door haar geciteerde modaliteiten en zulks, wat de duur van de maatregelen betreft: *"tot een door de Voorzitter in redelijkheid te bepalen datum, ondergeschikt tot 30 juni 2013, waarna de geldingsduur van de te bevelen maatregel verstrijkt, tenzij tegen die datum hetzij 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, hetzij 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 een vernietiging van het sepot".*

In haar schriftelijke opmerkingen van 23 april 2012 heeft Spira die vordering ondermeer aldus nader gepreciseerd dat:

- om een nieuwe voorlopige maatregel werd verzocht vooraleer de duur van de toen nog lopende maatregel zou verstrijken;
- wat de omvang van de levering betreft, de waarde ervan diende te worden vastgesteld op 7.507.370 US dollar.

Ondergeschikt verzocht ze om toepassing van een indexpercentage van 39,75% op de waarde van de ruwe diamant die zij in de loop van 2011 heeft afgenomen, hetgeen leidde tot een totale waarde van 49.731.673 US dollar, hetzij 4.973.167 US dollar per zicht.

13. De eerste bestreden beslissing van 10 april 2012 -die betiteld wordt als 'beschikking'- roept de partijen en de auditeur op om te worden gehoord op een zitting van 19 april 2012 aangaande de regeling van het verloop van de procedure nadat de voorzitter heeft vastgesteld dat het auditoraat op de voormelde datum nog geen verslag ten gronde heeft ingediend over de klacht van Spira en evenmin een sepotbeslissing heeft genomen, terwijl hij aanneemt dat zulks niet tegen 30 april 2012 zal gebeuren.

Verder houdt hij er rekening mee dat de auditeur een verslag over het tweede verzoek om voorlopige maatregelen kan indienen voor 30 april 2012 en dat de op 25 november 2010 opgelegde maatregelen niet kunnen voortduren na 30 april 2012 indien hij niet ten laatste in die zin beslist voor die datum.

Zou deze datum verstrijken zonder dat tot voortduren van die maatregelen is beslist, dan zou de mogelijkheid op het voortduren ervan voor Spira definitief in het gedrang komen, zo luidt de motivering voor de oproeping.

Vervolgens suggereert de voorzitter (randnummer 14. van de beslissing) om, voor het geval over het tweede verzoek om voorlopige maatregelen niet voor 30 april 2012 kan worden beslist wegens het recht van De Beers om zich te verdedigen, de mogelijkheid of wenselijkheid te onderzoeken om de voorlopige maatregelen van 25 november 2010, al dan niet ongewijzigd, voorlopig en tijdelijk te verlengen tot na 30 april 2012 in afwachting van de behandeling van het tweede verzoek.

14. De navolgende beslissing van 27 april 2012 stelt ondermeer vast dat de auditeur op 17 april 2012 een gemotiveerd verslag heeft ingediend en geeft aan dat ze recht doet op een verzoek om de maatregelen die op 25 november 2010 werden bevolen voorlopig te verlengen, in afwachting van de behandeling van het tweede verzoek om voorlopige maatregelen.

Verder geeft ze aan dat 's hofs arrest van 27 april 2012 niet zeker en noodzakelijk heeft beslist dat voorlopige maatregelen ten voordele van Spira, zoals die op 25 november 2010 werden bevolen, onder geen beding een geldingsduur kunnen hebben die verstrijkt na 30 april 2012.

De voorzitter beslist dan dat het op 25 november 2010 opgelegde bevel tot leveren, onder verbeurte van een dwangsom, geldt tot en afloopt op vrijdag 13 juli 2012.

Verder worden termijnen bepaald om schriftelijke opmerkingen in te dienen en wordt een hoorzitting vastgesteld op 31 mei 2012.

15. In het gemotiveerd verslag dat de auditeur op 17 april 2012 heeft ingediend, geeft ze aan dat de wettelijke voorwaarden om voorlopige maatregelen te bevelen, zoals bepaald in artikel 62 §1 WBEM, zijn vervuld.

Het voorstel luidt om aan De Beers als bevel op te leggen om verder diamanten te leveren aan Spira *'op de wijze zoals dit in het verleden onder de gedurende 68 jaar geldende contractuele voorwaarden gebeurde, met levering van diamanten in dezelfde kwantiteit, tot beloop van 4.590.615 USD per zicht, waarbij eiseres op gelijke wijze wordt behandeld als andere zichthouders'*.

Verder wordt over de duur van het bevel voorgesteld het *'te handhaven tot een definitieve beslissing ten gronde, met uitputting van alle rechtsmiddelen, op hetzij Belgisch, hetzij Europees niveau is bekomen over de verenigbaarheid van het Supplier of Choice-systeem, met het Europese mededingingsrecht, meer bepaald met de artikelen 2 tot en met 5 WBEM en de artikelen 101 en 102 VWEU'*.

Ook wordt voorgesteld het bevel op te leggen onder verbeurte van een dwangsom van 1.500.000 € per vastgestelde overtreding.

16. In haar navolgende schriftelijke opmerkingen handhaaft Spira het standpunt dat ze verwoordt in haar geschrift van 23 april 2012, maar voegt ze toe, wat de gevraagde leveringen betreft, dat De Beers ook zou worden bevolen om aan haar, zoals aan alle zichthouders, ruwe diamant 'ex plan' en 'special stones' te leveren.

Wat de duur van de op te leggen maatregel betreft, sluit Spira zich aan bij het standpunt van de auditeur en in ondergeschikte orde verzoekt ze om *'een redelijke termijn op grond van de door het Hof te Brussel en de Voorzitter ontwikkelde criteria'*. Meer ondergeschikt verzocht ze om een redelijke termijn van 24 maand vanaf de te verlenen beslissing, hetgeen leidt tot een einddatum rond medio 2014.

17. De Beers heeft in drie geschriften die op 27 februari 2012 (voor het gemotiveerde verslag), 25 april 2012 en 25 mei 2012 (na het gemotiveerde verslag) werden ingediend, opmerkingen geformuleerd.

Daarin geeft ze vooreerst de loop van de gebeurtenissen aan sedert de indiening van het verzoekschrift en ondermeer ook dat ze geen nadeel kan ondervinden van het feit dat het Auditoraat heeft beslist om geen onderzoek te voeren, niettegenstaande de zaak al bijna drie jaar hangende is.

Het verzoek van Spira houdt volgens haar overigens geen nieuwe elementen van betekenis in.

18. Uitgedrukt in termen van principes luidt het door De Beers ontwikkelde standpunt als volgt:

- het verzoek kan niet worden ontvangen want het is een poging om 's hofs arrest van 19 oktober 2011 te omzeilen, waarbij de geldigheidsduur van de voorlopige maatregelen werd bepaald op uiterlijk 30 april 2012;

- uit het gemotiveerd verslag blijkt dat er geen evoluties zijn die nieuwe voorlopige maatregelen zouden kunnen wettigen: er zijn geen nieuwe elementen inzake marktbeschrijving of de vermeende dominante positie van De Beers en de beweerde noden van Spira zijn evenmin gewijzigd, integendeel zijn deze laatste verminderd; het Auditoraat besliste om vooralsnog geen onderzoek ten gronde te voeren; wegens het gezag van gewijsde van 's hofs arrest van 19 oktober 2011 kan het verzoek dan niet worden ontvangen;

- in elk geval is het verzoek ongegrond: de verplichting om verder te beleveren is niet verantwoord aangezien Spira zich elders kan bevoorraden; het nadeel is niet voorhanden en de kans dat in de weigering om te beleveren een misbruik wordt gevonden is ook niet meer voorhanden.

Elk van die beginselen wordt vervolgens ontwikkeld met ruime motivering.

19. Zodoende besloot De Beers hoofdzakelijk dat de voorzitter diende vast te stellen dat de geldigheidsduur van de voorlopige maatregelen die op 25 november 2010 werden bevolen, krachtens 's hofs arrest van 19 oktober 2011 zouden verstrijken op 30 april 2012 en dat het verzoek om die maatregelen na 30 april 2012 te handhaven niet ontvankelijk is of minstens ongegrond.

Zou de voorzitter niet ingaan op de gevraagde maatregelen ter vrijwaring van de rechten van verdediging en zonder uitstel beslissen over het verzoek van Spira, dan vroeg De Beers om:

- te zeggen dat de voorwaarden voor het toekennen van voorlopige maatregelen niet langer zijn vervuld en het verzoek te verwerpen;
- ondergeschikt:
 - de duur van de maatregelen te beperken tot ten hoogste zes maanden te rekenen vanaf het ogenblik van de uitspraak;
 - de leveringsplicht van De Beers te beperken tot 3.556.817 US dollar per Zicht.

20. De bestreden beslissing van 13 juli 2012 verklaart het verzoek van Spira ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Ze veroordeelt De Beers tot het verrichten van leveringen van diamant aan Spira tot beloop van maximaal 4.270.340 US dollar per zicht en zegt voor recht dat het bevel tot leveren afloopt op 31 december 2012.

Verder zegt ze voor recht dat het bevel tot leveren, vervat in het beschikende gedeelte van de beslissing 2010/V/M-47 van 25 november 2010, wordt hernomen voor het overige en legt ze een dwangsom op van 1.500.000 euro per overtreding van het bevel.

21. De voorzitter overweegt samengevat ondermeer dat uit 's hofs arrest van 19 oktober 2011 moet worden afgeleid dat op die datum de toepassingsvoorwaarden voor het bevelen van voorlopige maatregelen nog voorhanden waren en dat zulks het geval zou blijven tot ten minste 30 april 2012, datum die gekwalificeerd wordt als *'vervaldatum onder voorbehoud van mogelijke verlenging'*.

Verder geeft hij aan dat enkel sedert 19 oktober 2011 gewijzigde omstandigheden en vooruitzichten die het hof op die datum niet in overweging heeft kunnen nemen, er kunnen toe leiden om te beslissen dat er geen prima facie inbreuk meer zou zijn of dat Spira niet meer zou kunnen aanvoeren dat het dringend is een toestand te vermijden die voor haar een ernstig, onmiddellijk en onherstelbaar nadeel kan veroorzaken.

Vervolgens worden gegevens aangehaald uit het verslag van de auditeur, die het hof eerder niet in aanmerking heeft kunnen nemen.

Ze betreffen het bestaan van een prima facie machtspositie en de onmisbaarheid van de input van ruwe diamant van De Beers als element van uitsluiting door middel van het SoC-systeem en de aanwezigheid van urgentie.

22. Onder de rubriek 'beslissing' geeft de bestreden beslissing van 13 juli 2012 dan aan dat de terugval van het marktaandeel van De Beers van 60% à 65% in 2010 tot 34% in 2011, niet afdoet aan het prima facie bestaan van de machtspositie, rekening houdend ook met de andere indicatoren die door de auditeur worden aangegeven.

Betreffende het bestaan van de prima facie inbreuk en het verweer hierover, dat voornamelijk de toepassingsvoorwaarden voor een constructieve leveringsweigerings betreft, wordt overwogen dat dit al eerder werd verworpen en niet meer ter beoordeling kan worden voorgelegd.

Voor de onmisbaarheid van de input meent de voorzitter dat de bevindingen van de auditeur dienen te worden gevolgd.

Over de urgentie ten slotte, overweegt de beslissing dat niettegenstaande Spira al tien jaar geleden werd opgezegd, de omstandigheden specifiek zijn en er geen lange verlengingen meer aan de orde zijn. Ook wordt aangegeven dat op 27 april 2012 al werd beslist dat een verlenging van voorlopige maatregelen na 30 april 2012 niet werd uitgesloten door 's hofs arrest van 19 oktober 2011.

Verder wordt gesteld dat de auditeur in haar verslag aangeeft dat over het voeren van een onderzoek ten gronde eerst zal worden beslist nadat het Gerecht te Luxemburg heeft beslist over het beroep van Spira tegen de afwijzende beschikkingen van de Commissie van 27 januari 2007 en 5 juni 2008.

De -veronderstelde- verantwoording hiervoor (randnummer 48.), die volgens de voorzitter ook kan stoelen op de bevoegdheid van het Auditoraat in zake het prioriteitenbeleid, luidt dat indien het Gerecht de beschikkingen vernietigt, de zaak opnieuw wordt behandeld door de Europese Commissie en niet (meer) door de Belgische Mededingingsautoriteit.

C. De standpunten van de appellanten.

i) Wat De Beers betreft.

23. Partij De Beers voert vooreerst verweer tegen excepties die door Spira worden tegengeworpen op twee punten en die volgens haar als gevolg hebben dat geen van de drie door De Beers ingestelde beroepen kan worden ontvangen.

De eerste betreft de eventuele nietigheid van de inleidende verzoekschriften wegens ontbrekende vermeldingen en de ontstentenis van kennisgeving aan Spira.

De tweede betreft de ontvankelijkheid van de beroepen tegen de beslissing van 10 april en 27 april 2012: de eerste zou enkel de in staatstelling van de zaak betreffen en de tweede heeft haar uitwerking verloren.

24. Over de beslissing van 27 april 2012 betoogt ze in het bijzonder ook nog dat Spira zich niet op artikel 19, 2^olid Gerechtelijk Wetboek heeft gesteund om een maatregel te vragen en dat dit voorschrift de voorzitter ook niet de rechtsgrond verschaft om te beslissen, wegens de draagwijdte van artikel 62 §1 WBEM zelf.

Ze wijst er overigens op dat het auditoraat over de op 27 april 2012 besliste maatregel ook geen verslag heeft uitgebracht.

25. Vervolgens luidt haar eerste grief dat het gezag van gewijsde werd geschonden van 's hofs arrest van 19 oktober 2011: de voorlopige maatregelen eindigen op 30 april 2012, behoudens indien de uitzonderingsgevallen zich voordoen maar deze zijn niet voorhanden.

Ze klaagt zich dat ze gedurende jaren wordt verplicht om Spira te bevoorraden, terwijl het Auditoraat verzuimt om een onderzoek ten gronde te voeren. In dit verband maakt ze ook gewag van schending van artikel 6 van het EVRM en haar recht om binnen een redelijke termijn de zaak tegen haar afgehandeld te zien: wegens dezelfde vermeende feiten en inbreuken wordt ze al sedert 2003 geconfronteerd met klachten.

26. Ondergeschikt voert ze aan dat de beslissingen ook artikel 62 §1 WBEM schenden aangezien deze bepaling voorschrijft dat een restrictieve praktijk kan worden geschorst die het voorwerp van het onderzoek uitmaakt, terwijl er in het voorliggende geval weliswaar een klacht is ingediend, maar er geen onderzoek ten gronde wordt gevoerd.

27. Verder bekritiseert ze dat de bestreden beslissing geen integraal onderzoek voert naar de voorwaarden die artikel 62 WBEM stelt om voorlopige maatregelen te kunnen toestaan.

Er zou onterecht geen rekening worden gehouden met informatie die dateert van na 25 november 2010 op grond van de bekritiseerde overweging dat het hof op 19 oktober 2011 zou hebben aangenomen dat de voorwaarden om voorlopige maatregelen in stand te houden toen en ook een afzienbare tijd nadien, minstens tot 30 april 2012, vervuld bleven.

28. Volgens De Beers zijn ook de voorwaarden gesteld in artikel 62 WBEM hoe dan ook niet vervuld.

Er is prima facie geen machtspositie wegens haar tot 34% gedaald marktaandeel, ongeacht de wijze waarop het wordt berekend. In dit verband worden rechtspraak van het GEU en Richtsnoeren van de Europese Commissie aangehaald.

Er zijn alternatieve bevoorradingsbronnen: 65% van de wereldproductie van ruwe diamant (in waarde) is in handen van concurrenten van De Beers, 70% van de productie van de tweede grootste producent (die een marktaandeel heeft van 25% tot 29%) is beschikbaar voor de internationale markt en bevoorrading op de secundaire markt is eveneens mogelijk.

Er is evenmin spoed: Spira heeft geen inspanningen geleverd om ervoor te zorgen dat ze niet van de markt verdwijnt voor het geval de beleving door De Beers stopt en ze heeft ook geen vaste contractuele leveringsplichten tegenover haar cliënteel.

Ten slotte merkt ze op dat uit de redengeving van de beslissing en uit het door de voorzitter verspreide persbericht blijkt dat de maatregelen in werkelijkheid voor onbepaalde duur worden toegestaan, aangezien ze quasi automatisch zullen verlengd worden tot de uitkomst van de procedure voor het GEU, ongeacht wat dit gerecht zou beslissen.

In antwoord op een door Spira aangevoerd argument, stelt De Beers desbetreffend ook nog dat het Unierecht niet vereist dat de nationale rechter rechtsbescherming verleent aan de klager bij de Europese Commissie wegens schending van het communautaire gemeenschapsrecht totdat er na uitputting van alle rechtsmiddelen definitief over die klacht uitspraak is gedaan en dat de voorzitter van de Raad ook geen nationale rechter is in de vermelde zin.

29. De conclusie luidt dan voor De Beers dat de bestreden beslissingen dienen te worden vernietigd en dat het tegenberoep van Spira, waarvan de ontvankelijkheid overigens twijfelachtig zou zijn, moet worden verworpen.

ii) Wat Spira aangaat.

30. Spira werpt vooreerst tegen dat de drie verzoekschriften waarbij hoger beroep wordt ingesteld, behept zijn met een vormgebrek dat de absolute nietigheid van de beroepen voor gevolg heeft: artikel 76 §4, lid 4 WBEM werd geschonden. De verzoekschriften werden haar niet betekend.

Ook geeft ze aan dat de verzoekschriften haar ondernemingsnummer niet vermelden.

Betreffende de beroepen die de rolnummers 2012/MR/1 en 2012/MR/2 kregen, doet Spira gelden dat ze niet ontvankelijk zijn, aangezien de uitwerking van de twee betrokken beslissingen is opgehouden.

Betreffende het beroep dat het rolnummer 2012/MR/4 kreeg, werpt Spira daarenboven een grond tot nietigheid tegen omdat de inleidende akte die werd betekend de dag en het uur van de verschijning niet vermeldt.

31. Over de grieven ten gronde van De Beers luidt haar standpunt dat het gezag van gewijsde van 's hofs arrest van 19 oktober 2011 in niets aan het opleggen van nieuwe voorlopige maatregelen in de weg staat.

Een nieuwe voorlopige maatregel kan worden gevraagd indien de voorwaarden daartoe zijn vervuld en het enkele feit dat er geen regeling meer bestaat, waardoor er behoefte is ontstaan aan een nieuwe voorlopige regeling, volstaat om nieuwe maatregelen te rechtvaardigen, zo luidt de stelling. Desbetreffend verwijst ze ook naar een arrest van het Hof van cassatie van 18 februari 2010.

Betreffende de toepassingsvoorwaarden van artikel 62 WBEM meent ze dat wegens het vermelde cassatiearrest er geen nieuwe feiten vereist zijn om een nieuwe voorlopige maatregel te rechtvaardigen. Niettemin geeft ze aan dat ze tal van nieuwe dossierstukken heeft bezorgd aan de auditeur.

32. Overigens wijst Spira er nog op dat krachtens de artikelen 4 VEU en 3 VWEU de nationale rechters gehouden zijn om de individuele klager te beschermen tot het GEU heeft beslist.

Om tegenstrijdigheid te voorkomen tussen een beslissing van de Europese gerechten en van de nationale rechter, moet deze zich ervan onthouden om een definitieve uitspraak te doen en onderzoeken of voorlopige maatregelen noodzakelijk zijn in afwachting van het einde van de Europese procedures.

33. Het onderwerp van het tegenberoep betreft twee aspecten van de bestreden beslissing van 13 juli 2012: de geldingsduur van de voorlopige maatregel en de omvang van de leveringsverplichting.

De korte geldingsduur van de voorlopige maatregel noopt Spira om continu procedures te voeren, terwijl het aanslepen van de onderzoeksprocedures haar niet kunnen worden toegerekend.

Wat de omvang van de leveringsplicht betreft, wenst Spira dat deze gehandhaafd blijft op het niveau dat bepaald werd in de beslissing van 25 november 2010 (5.372.000 US\$), maar geïndexeerd met een percentage van 15,96% tot 6.229.371 US\$.

34. Zodoende besluit Spira dat de door De Beers ingestelde hogere beroepen niet toelaatbaar zijn wegens nietigheid van de inleidende akten en dat ze minstens ongegrond zijn.

Ze vraagt om haar tegenberoep te ontvangen en gegrond te verklaren en:

- om De Beers het bevel op te leggen om haar verder te blijven beleveren op de wijze zoals dit in het verleden onder de gedurende 68 jaar contractueel geldende voorwaarden gebeurde, met levering van diamanten in dezelfde kwaliteit, met een minimale leveringsverplichting van US\$ 6.229.371 per zicht;

- wat de samenstelling van de levering betreft, te bevelen dat Spira het recht moet hebben om alle categorieën ruwe diamant van De Beers aan te kopen;

- het bevel te handhaven tot 15 april 2014;

- één en ander 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 interest vanaf de datum van verbeurte.

D. Beoordeling.

i) Over de excepties geput uit nietigheden.

35. Spira werpt vooreerst tegen dat de drie verzoekschriften waarbij De Beers hoger beroep instelt artikel 76 §2, lid 4 WBEM schenden en zodoende nietig zijn. De verzoekschriften werden haar niet toegestuurd, maar aan haar advocaten.

Artikel 76 §2 lid 4 WBEM schrijft voor: *'Binnen vijf dagen na het indienen van het verzoekschrift moet de verzoeker, op straffe van nietigheid van het verzoek, een afschrift van het verzoekschrift bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs toesturen aan de partijen aan wie kennis werd gegeven van de aangevochten beslissing zoals blijkt uit de kennisgevingsbrief bedoeld in artikel 67, aan de Raad voor de Mededinging evenals aan de minister indien hij de verzoeker niet is.'*

Artikel 67, eerste lid schrijft voor dat de beslissingen van de Raad en van zijn voorzitter door de griffie bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs worden ter kennis gebracht van de partijen, de klagers en de minister alsook van elke persoon die overeenkomstig artikel 48 §5, derde lid, of artikel 57, §2 een belang kan doen gelden en die aan de Raad heeft gevraagd te worden gehoord.

De derde en vierde alinea's van hetzelfde artikel schrijven het volgende voor:

' De beslissingen bedoeld in het eerste lid vermelden de partijen aan wie de kennisgeving moet worden gestuurd.

Op straffe van nietigheid vermeldt de kennisgeving de termijn inzake beroep alsook de wijze waarop dit beroep kan worden ingesteld. De brief omvat als bijlage de namen, hoedanigheden en adressen van de partijen aan wie de beslissing is ter kennis gebracht.'

36. Uit het dossier van de rechtspleging voor de voorzitter van de Raad blijkt dat de bestreden beslissing van 10 april 2012 de namen vermeldt van de partijen en van de auditeur aan wie van de beslissing kennis wordt gegeven, maar dat een brief van kennisgeving met een bijlage zoals bedoeld in artikel 67, lid 4 WBEM niet werd verstuurd.

Betreffende de bestreden beslissingen van 27 april 2012 en 13 juli 2012 blijkt uit de door De Beers meegedeelde kopies van dossierstukken betreffende de rechtspleging dat die beslissingen als laatste paragraaf de identiteit vermelden van de partijen aan wie kennis wordt gegeven zoals bepaald in artikel 67, eerste lid WBEM en dat in de bijlage, zoals bedoeld in artikel 67, vierde lid WBEM de identiteit van die partijen en van de Minister wordt hernomen, met daarbij de adressen van de minister en van de advocaten van die partijen.

37. Aangezien geen enkele van de drie bestreden beslissingen de adressen vermeldt van de betrokken partijen en in de twee kennisgevingen van de beslissingen van 27 april 2012 en 13 juli 2012 enkel de adressen van de advocaten worden toegevoegd, werd het adres van Spira nergens aangegeven.

Om te voldoen aan artikel 76 §2, lid 4 WBEM diende De Beers een afschrift van de verzoekschriften te sturen aan de partijen *'zoals blijkt uit de kennisgevingsbrief bedoeld in artikel 67'*.

In het voorliggende geval is zulks gebeurd voor de verzoekschriften betreffende de beslissingen van 27 april 2012 en 13 juli 2012, door ze te versturen naar het adres van de advocaten van Spira.

Voor het verzoekschrift tegen de beslissing van 10 april 2012 - dat op 10 mei 2012 werd ingediend - ontbreekt de bijlage bedoeld in artikel 67 vierde lid WBEM, maar bleken de nuttige gegevens voorhanden, na de kennisgeving van de beslissing van 27 april 2012, waartegen bij het hof werd opgekomen op dezelfde dag als tegen de beslissing van 10 april 2012.

38. Zodoende voldoen de drie inleidende verzoekschriften aan het bepaalde in artikel 76§2 lid 4 WBEM en zijn ze niet uit dien hoofde met nietigheid behept.

39. De tweede exceptie betreffende nietigheid, die enkel het derde verzoekschrift (2012/MR/4) betreft, is geput uit het

gegeven dat in het aan Spira toegezonden afschrift van het verzoekschrift de plaats, dag en uur van de verschijning voor het hof niet werd ingevuld, in strijd met het bepaalde in artikel 76 §2, derde lid WBEM.

Het ontbrekende gegeven - dat wel voorkomt in de twee exemplaren van het verzoekschrift die werden ingediend op de griffie: hof van beroep te Brussel, 18^{de} kamer, lokaal 1.D op 04 september 2012 om 9 uur - werd nadien door de advocaten van De Beers meegedeeld aan de advocaten van Spira per brief van 4 september 2004.

Overigens wordt de ontbrekende vermelding van het ondernemingsnummer van Spira door geen enkel voorschrift opgelegd.

40. Het euvel heeft de belangen van Spira duidelijk niet geschaad.

Immers, ze is niet enkel op de inleidende zitting verschenen, maar heeft reeds op 3 september 2012 een verzoekschrift tot tussenkomst met incidenteel beroep ingediend op de griffie en op de inleidende zitting van 4 september 2012 deelgenomen aan de rechtspleging door toegang te vragen tot dossierstukken (procedure dossier en onderzoek dossier), hetgeen haar bij een arrest van dezelfde dag ook werd toegestaan.

Hieruit blijkt dat niettegenstaande het verzuim, de proceshandeling haar doel heeft bereikt, zodat het met toepassing van artikel 867 Gerechtelijk Wetboek niet tot nietigheid kan leiden.

Overigens dient te worden opgemerkt dat mocht over de exceptie anders worden beslist, zulks met toepassing van artikel 76§2, lid 6 WBEM voor gevolg zou hebben dat ook het tegenberoep van Spira niet zou kunnen worden toegelaten.

41. De exceptie wegens nietigheid die door De Beers wordt tegengeworpen betreffende het tegenberoep is eveneens gestoeld op schending van artikel 76§2 lid 4, maar wegens een andere formaliteit.

Er zou niet blijken dat binnen de vijf dagen na de indiening van het verzoekschrift een afschrift ervan werd toegestuurd aan de partijen vermeld in het bedoelde voorschrift.

Evenwel blijkt uit een door Spira ingediend dossierstuk dat die formaliteit werd nageleefd.

42. De excepties geput uit beweerde nietigheden van de beroepen ingesteld door De Beers en van het tegenberoep ingesteld door Spira worden verworpen.

ii) De ontvankelijkheid van de beroepen ingesteld tegen de beslissingen van 10 april 2012 en 27 april 2012.

43. Volgens Spira houdt de beslissing van 10 april 2012 geen enkele beslissing over de zaak zelf in, maar betreft ze enkel maatregelen om de zaak in gereedheid te brengen. Om die reden zou een rechtsmiddel daartegen niet kunnen worden aangewend, zoals artikel 747 §2, lid 4 Gerechtelijk Wetboek voorschrijft.

Voor de twee beroepen die op 10 mei 2012 werden ingesteld, wordt door Spira daarenboven aangevoerd dat de twee bestreden beslissingen hun uitwerking hebben gehad. De klok kan niet worden teruggedraaid en om die reden zou De Beers ook geen belang hebben bij het hoger beroep.

44. De ontvankelijkheid van het hoger beroep dient te worden beoordeeld op het ogenblik waarop het wordt ingesteld.

Blijkt tijdens de loop van de rechtspleging voor de appelrechter dat er zich sedert de uitspraak van de bestreden beslissing een evolutie heeft voorgedaan die maakt dat het hoger beroep geheel doelloos is geworden, dan volgt hieruit enkel dat er geen reden meer bestaat om er uitspraak over te doen.

45. De beslissing van 10 april 2012, die vijf bladzijden tekst beslaat, kan bezwaarlijk bestempeld worden als een beschikking in de zin van artikel 747 Gerechtelijk Wetboek, die enkel het in gereedheid brengen van de rechtspleging betreft.

Er blijkt immers uit dat de voorzitter een reeks beschouwingen wijdt aan de draagwijdte van 's hofs arrest van 19 oktober 2011 en met name overweegt (randnummer 4.5) dat de voorlopige maatregelen in beginsel lopen tot 30 april 2012, maar dit ook vroeger of later kan zijn, nadat hij even voordien (randnummer 4.4.) overweegt dat wegens dat arrest aan de geldingsduur van de maatregelen een einde moet worden gesteld, ondermeer indien op 30 april 2012 geen verslag ten gronde over de klacht is ingediend.

Verder stelt hij vast dat een verslag ten gronde nog niet is ingediend en dat het zich laat aanzien dat zulks ook niet zou gebeuren voor 30 april 2012.

Ook geeft hij aan (randnummer 14.) dat op een per 19 april 2012 geplande hoorzitting de partijen zouden worden gehoord over een mogelijke voorlopige en tijdelijke verlenging van de voorlopige maatregelen tot na 30 april 2012, overigens zonder dat Spira hierom had gevraagd. Deze laatste heeft eerst in navolgend op 23 april 2012 ingediende schriftelijke opmerkingen een vordering ingesteld om te bekomen dat voorlopig als maatregel zou worden opgelegd hetgeen ze als voorlopige maatregelen vroeg.

46. Met die redengeving geeft de bedoelde beslissing, die ambtshalve werd genomen, aan dat desgevallend kon worden beslist tot verlenging van de voorlopige maatregelen na 30 april 2012, niettegenstaande de ontstentenis van een verslag ten gronde over de klacht en bij wijze van voorlopige maatregel, zelfs indien er geen verslag van de auditeur over het tweede verzoek van Spira zou voorhanden zijn.

De Beers, die de mening was toegedaan dat de beslissing haar recht van verdediging schendt en impliciet beslist dat de maatregelen die op 25 november 2010 waren beslist voorlopig konden voortduren tot na 30 april 2012, terwijl zulks volgens haar strijdt met 's hofs arrest van 19 oktober 2011, had dan wel degelijk belang om die beslissing aan te vechten.

47. Ten aanzien van de beslissing van 27 april 2012, die de door De Beers uitgesloten geachte maatregel dan effectief treft en op grond waarvan deze laatste verbeuring van dwangsommen riskeert, voert De Beers bijkomende gronden tot vernietiging aan. Ook geeft ze aan dat nu de voorzitter uitspraak doet over een geschilpunt en de ontvankelijkheid van het tweede verzoek impliciet aanvaardt, de uitspraak over de grond van het tweede verzoek van Spira niet diende te worden afgewacht.

Het lijdt geen twijfel dat De Beers belang heeft om die beslissing aan te vechten.

48. Overigens dient te worden overwogen dat het verweer volgens hetwelk 'de klok niet kan worden teruggedraaid' en dat om die reden het beroep zijn belang zou verliezen nog om een andere reden geen doel kan treffen.

Immers, het hof oefent als appelrechter volle rechtsmacht uit en het instellen van hoger beroep heeft voor gevolg dat de zaak wordt onttrokken aan de rechter die de beslissing heeft uitgesproken.

Het hoger beroep heeft dus voor gevolg dat de rechter wiens beslissing wordt bestreden niet verder meer kan beslissen over de zaak.

Dit algemeen beginsel geldt op dezelfde wijze voor het hoger beroep waarin artikel 75 WBEM voorziet en de toepassing ervan verschilt niet al naargelang een bestreden beslissing oordeelt over de grond van een geschil dan wel over het voorlopige. Het tweede lid van het vermelde artikel schrijft trouwens voor dat het hof evoluties die zich hebben voorgedaan sedert de bestreden beslissing in aanmerking kan nemen.

49. Anders uitgedrukt, het feit dat de voorzitter van de Raad voor de Mededinging verder beslist over een zaak die hem wegens het ingestelde hoger beroep is onttrokken, kan niet voor gevolg hebben dat een ingesteld hoger beroep geen belang meer zou vertonen wegens het aflopende effect van een bestreden beslissing.

Alle door De Beers ingestelde hogere beroepen zijn ontvankelijk en hebben hun belang behouden.

iii) De grieven ten gronde van De Beers.

50. De eerste grief van De Beers luidt dat de bestreden beslissingen van 27 april 2012 en 13 juli 2012 het gezag van gewijsde schenden van 's hofs arrest van 19 oktober 2011.

Volgens haar hielden de op 25 november 2010 bevolen voorlopige maatregelen per 30 april 2012 op uitwerking te hebben, zonder mogelijkheid om die te verlengen, aangezien de enige uitzonderingen die op de vervalddag voor hun geldingsduur waren bepaald, op deze laatste datum niet voorhanden waren.

51. Zoals onder randnummer 11. boven reeds werd aangegeven, heeft het hof op 19 oktober 2011 geoordeeld dat de op 25 november 2010 opgelegde voorlopige maatregelen binnen de voorwaarden van artikel 62 WBEM konden worden opgelegd, maar dat hun geldingsduur, zoals die door de voorzitter werd beslist, niet kon gehandhaafd blijven.

De redenen voor de beperking van de geldingsduur zijn dat een voorlopige maatregel, die geacht wordt een wachtoestand te creëren, noodzakelijkerwijs beperkt dient te blijven in de tijd, dat de wachttijd daarenboven een redelijk karakter dient te hebben en dat het wettelijke kader van artikel 62 WBEM binnen hetwelk de voorzitter van de Raad voor de Mededinging zulke maatregel kan beslissen gevoelig verschilt van het normerend kader dat de bevoegdheidsuitoefening door de kortgedingrechter beheerst.

Het redelijk karakter werd bepaald in functie van de redelijke duur die bepaald werd voor de indiening door het Auditoraat van een gemotiveerd verslag over de grond van de klacht, nadat hierover in een eerste gemotiveerd verslag van de auditeur op het eerste gezicht werd geoordeeld, dat ze voorlopige maatregelen kon wettigen.

Het hof gaf daarbij verder aan dat een mogelijke evolutie in de omstandigheden die ten grondslag liggen aan de voorlopige maatregelen onverlet laat dat de voorzitter opnieuw zou beslissen over voorlopige maatregelen. Zulks is inherent aan het voorlopig regelen van rechten in een veranderende context: nieuwe marktgegevens kunnen het nemen van nieuwe voorlopige maatregelen wettigen.

52. Zodoende besliste het hof dat, behoudens in het geval waarin zich extern - op de markt - wijzigende omstandigheden zouden voordoen, de geldingsduur van de bevolen maatregel verstrijkt op 30 april 2012 en dat die vervalddag enkel zijn betekenis verliest in twee gevallen van een intern - in het onderzoek - gewijzigde omstandigheid:

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

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

53. In de bestreden beslissing van 10 april 2012 nu geeft de voorzitter aan (randnummer 8.) dat Spira anticipeert op de afloop van de voorlopige maatregelen per 30 april 2012 door het tweede verzoek om voorlopige maatregelen in te dienen en aldus beoogt het verstrijken van de geldingsduur op 30 april 2012 te verhinderen.

Van externe sedert 19 oktober 2011 gewijzigde omstandigheden heeft Spira evenwel geen gewag gemaakt en die worden ook niet aangehaald in één van de drie bestreden beslissingen.

Spira vermeldt in conclusies wel dat zij de auditeur een aantal nieuwe bewijsstukken heeft bezorgd, maar die zijn kennelijk niet van die aard dat ze de auditeur nieuw materiaal aanreiken om onderzoek te voeren. In haar verzoekschrift van 16 januari 2012 vermeldt zij immers dat slechts op twee punten een bijwerking van de gegevens nuttig blijkt omdat de gegevens uit hun aard tijdsgebonden zijn. Het betreft de blijvende dominante positie van De Beers op de markt voor ruwe diamant en de blijvende dreiging van verwijdering van Spira uit de markt.

De externe omstandigheden boden aldus geen grond om nieuwe maatregelen, weze het onder de vorm van verlenging van de duur van lopende bevelen tot beleving ten laste van De Beers, te verantwoorden.

54. De voorzitter heeft op 10 april 2012 al vastgesteld dat de auditeur nog geen verslag ten gronde had ingediend in de zaak MEDE-P/K-0019 en dat evenmin tot een sepot was beslist.

Uit het verslag van de auditeur van 17 april 2012 over het tweede verzoek om voorlopige maatregelen, blijkt dat een verslag ten gronde over de klacht niet zou worden ingediend tegen 30 april 2012 en dat tegen die datum evenmin over een sepot zou worden beslist.

De toestand was per 27 april 2012 op het per 10 april 2012 aangegeven punt dus niet gewijzigd.

Spira geeft overigens in haar inleidende verzoekschrift van 16 januari 2012 aan dat zij op 29 november 2011 al werd ingelicht door het Auditoraat dat het onderzoek niet tegen 30 april 2012 zou zijn afgerond.

55. Het voormelde noopt tot het besluit dat geen van de twee interne gewijzigde omstandigheden die het verstrijken van de geldingsduur van de maatregelen konden verhinderen zich hebben voorgedaan.

Zodoende hebben krachtens 's hofs arrest van 19 oktober 2011 de op 25 november 2010 aan De Beers opgelegde maatregelen met ingang van 1 mei 2012 hun uitwerking verloren.

56. Ten overvloede weze hieraan toegevoegd dat sedert 17 april 2012 niet enkel vaststond dat het verslag ten gronde over de klacht niet tegen 30 april 2012 zou worden ingediend, maar ook dat het niet eens tegen een latere bepaalde of zelfs bepaalbare datum zou worden ingediend.

Het verslag geeft immers aan - en de bestreden beslissing van 13 juli 2012 herneemt zulks (randnummer 48.) - dat de auditeur eerst over het verder zetten van het onderzoek zal beslissen nadat het GEU zich zal hebben uitgesproken over de beroepen van Spira tegen de Afwijzingsbeschikkingen.

Evenwel heeft het hof op 19 oktober 2011 al beslist dat de duur van de voorlopige maatregelen niet kon worden bepaald in functie van de uitkomst van een geding dat Spira heeft aangespannen tegen twee Afwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie en dat nog hangende is voor het Gerecht van de Europese Unie, dat zich sedert 25 oktober 2012 beraadt over zijn beslissing.

57. Het behoort weliswaar tot de prerogatieven van het Auditoraat om te beslissen dat het onderzoek van de klacht van Spira geen prioriteit vormt, maar dan kan niet tegelijk staande worden gehouden dat de voorwaarden bepaald in artikel 62 WBEM zijn vervuld om voorlopige maatregelen te beslissen.

Overigens kan de vermeende verantwoording voor het stilzitten in functie van de uitspraak van het GEU geen stand houden om een dubbele reden.

Immers, worden de beroepen van Spira tegen de Afwijzingsbeschikkingen van de Europese Commissie verworpen, dan verandert de feitelijke context van het onderzoek in geen enkel opzicht en kan er dus ook geen reden bestaan om af te wachten of het beroep wordt verworpen.

Worden de beroepen ingewilligd en wordt hieruit afgeleid dat enkel de Europese Commissie nog onderzoeksbevoegdheid over de klacht heeft, zodat het Auditoraat ze niet langer kan of behoort te behandelen, dan kan onder het stelsel van artikel 62 WBEM de Mededingingsautoriteit hoe dan ook geen voorlopige maatregelen opleggen bij ontstentenis van onderzoek over de klacht.

58. Zou het tweede op 16 januari 2012 ingediende verzoek van Spira worden beschouwd als een nieuwe klacht, die de aanzet zou moeten vormen voor een tweede onderzoek, dan zou de conclusie over voorlopige maatregelen niet anders luiden.

Immers, artikel 62 WBEM biedt een klager de mogelijkheid om de schorsing te bekomen van restrictieve mededingingspraktijken die het voorwerp van het onderzoek uitmaken.

De vermelding onder randnummer 54. van het verslag van de auditeur volgens dewelke artikel 62 WBEM als één van de drie voorwaarden enkel vereist dat er een klacht ten gronde bestaat, kan dan ook niet worden beaamd.

Uit het verslag van de auditeur van 17 april 2012 blijkt nu (randnummer 70) dat ze van mening is dat het nog steeds gepast is om een onderzoek ten gronde te doen naar het Supplier of Choice systeem, maar tegelijk dat het Auditoraat vooralsnog niet zinnens is om een onderzoek te voeren en dat het over de vraag of alsnog een onderzoek zal worden gevoerd pas zal beraadslagen nadat het GEU heeft beslist (randnummer 51).

59. Zelfs indien Spira zou worden gevolgd dat artikel 62 WBEM niet vereist dat het onderzoek wordt gevoerd door de Belgische Mededingingsautoriteit, dan nog zou alleen maar kunnen worden vastgesteld dat zulks geen afdoende grond kan opleveren voor de inwilliging van haar verzoek.

Ook op Europees niveau wordt immers geen enkel onderzoek gevoerd.

60. Zodoende moet worden besloten dat ook de tweede grief van De Beers betreffende de schending van artikel 62 WBEM gegrond is.

Zou het gezag van gewijsde van 's hofs arrest van 19 oktober 2011 niet aan het verlengen van een voorlopige maatregel met ingang van 1 mei 2012 in de weg staan, dan nog moet worden besloten dat bij ontstentenis van het voeren van onderzoek ten gronde, een nieuwe voorlopige maatregel niet kan worden toegekend.

61. Anders dan Spira betoogt, wordt door de conclusie dat in de voorliggende externe en interne omstandigheden voorlopige maatregelen door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging niet meer kunnen worden beslist, niet tekort gekomen aan de verplichting van de nationale rechter en de nationale mededingingsautoriteit om mee te werken aan de handhaving van de artikelen 101 en 102 VWEU.

Op dit ogenblik zijn er op het niveau van de Europese Unie enkel uitvoerbare beslissingen van de Europese Commissie die te kennen geven dat de klacht van Spira niet wordt behandeld wegens ontstentenis van voldoende Gemeenschapsbelang.

Een gebrek aan medewerking met Europese instanties kan thans dan ook niet aan de orde zijn.

Verder sluit de onmogelijkheid om voorlopige maatregelen te bekomen bij de mededingingsautoriteit niet uit dat het algemene rechtskader die mogelijkheid wel kan bieden door een beroep te doen op de gewone rechtscolleges.

(iv) Het tegenberoep van Spira.

62. De gegrondheid van de grieven van De Beers noopt tot de conclusie dat het tegenberoep moet worden verworpen.

Het strekt er immers enkel toe om ruimere maatregelen te bekomen dan diegene die bij de bestreden beslissing van 13 juli 2012 werden toegekend.

(v) De gedingkosten.

63. De appellanten De Beers worden in het gelijk gesteld en zijn zodoende gerechtigd op rechtsplegingvergoeding, die ten laste komt van de Belgische Staat, nu Spira niet de geïntimeerde en hun tegenpartij is.

In hun syntheseconclusie die werd neergelegd in elk van de drie thans door het hof gevoegde zaken, vorderen zij toekenning van 'de rechtsplegingvergoeding'.

Hieruit moet worden afgeleid dat zij aanspraak maken op het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding, in dit geval voor een vordering die niet op geld waardeerbaar is.

De drie rechtsplegingen worden gevoegd, maar zulks belet niet dat er voor elk van de hogere beroepen, die ieder een afzonderlijke processuele band doen ontstaan en waarin voor elk van de bestreden beslissingen een standpunt wordt beargumenteerd, een rechtsplegingvergoeding dient te worden toegekend.

Overeenkomstig de schaal vastgesteld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 is het basistarief van de geïndexeerde rechtsplegingvergoeding 1.320 euro.

64. Appellante op tegenberoep Spira die niet in het gelijk wordt gesteld, is niet gerechtigd op rechtsplegingvergoeding.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF,**

Rechtsprekende na tegenspraak,

In acht genomen de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken,

Voegt de zaken met de rolnummers 2012/MR/1, 2012/MR/2, 2012/MR/4 en 2012/MR/6

Verleent partij Bvba Diamanthatel A. Spira akte dat ze afstand doet, zonder berusting, van het tegenberoep dat ze op 3 september 2012 heeft ingesteld.

Ontvangt de door De Beers ingestelde beroepen en het op 5 september 2012 door Spira ingestelde tegenberoep.

Ontvangt ook de tussenkomst van Spira in de door De Beers ingestelde beroepen.

Verklaart de beroepen van De Beers gegrond en het tegenberoep van Spira ongegrond;

Vernietigt de drie bestreden beslissingen van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging van 10 april 2012, 27 april 2012 en 13 juli 2012.

Zegt dat bij ontstentenis van indiening van een gemotiveerd verslag ten gronde door de auditeur betreffende de door Spira op 30 oktober 2009 ingediende klacht, de aan De Beers opgelegde voorlopige maatregelen opgehouden hebben uitwerking te hebben met ingang van 1 mei 2012.

Veroordeelt de Belgische Staat tot betaling van de gedingkosten, die begroot worden op 582 EUR rolrechten en 3.960 EUR rechtsplegingvergoeding verbonden aan de hogere beroepen ingesteld door de appellanten De Beers.

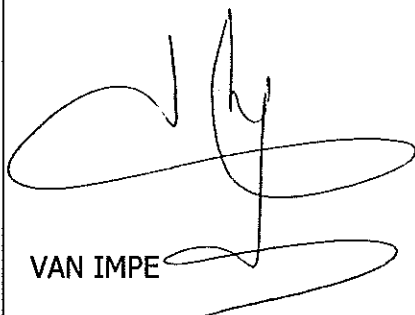
Stelt vast dat er geen kosten te begroten zijn verbonden aan het tegenberoep ingesteld door partij Spira.

Aldus na beraadslaging gevonnist door:

- Dhr. Paul BLONDEEL,
- Dhr. Koenraad MOENS,
- Mevr. Ilse VERHELST

kamervoorzitter,
raadsheer,
plaatsvervangend raadsheer,

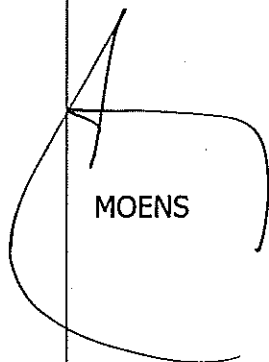
en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 18^{de} kamer van het hof van beroep te Brussel door P. Blondeel met bijstand van griffier D. Van Impe op 26 maart 2013.



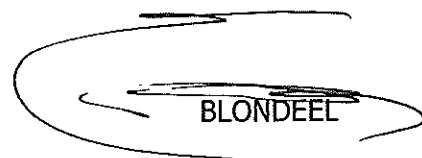
VAN IMPE



VERHELST



MOENS



BLONDEEL