

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremsat den 17. september 2009¹

Indhold

I — Indledning	I - 5957
II — De relevante retsregler	I - 5958
A — Forordning nr. 1/2003	I - 5958
B — Forordning nr. 773/2004	I - 5959
III — Baggrunden for tvisten og den administrative procedure	I - 5960
IV — Retsforhandlinger	I - 5963
V — Vurdering af anbringenderne	I - 5964
A — Første anbringende: materielretlige spørgsmål vedrørende proportionalitetsprincippet	I - 5964
1. Indledende bemærkning om anvendelsen af proportionalitetsprincippet	I - 5965
2. Krav med hensyn til proportionaliteten af beslutninger om tilsagn (det første anbringendes første led)	I - 5966
3. Konkret undersøgelse af proportionaliteten af beslutningen om tilsagn (det første anbringendes andet led)	I - 5969
a) Rettens overskridelse af grænserne for den retslige kontrol	I - 5970
i) Spørgsmålet, om Kommissionen har en skønsmargin	I - 5971

1 — Originalsprog: tysk.

ii)	Rettens tilsidesættelse af Kommissionens skønsmargin	I - 5972
b)	Kommissionens øvrige kritikpunkter vedrørende Rettens fremgangsmåde	I - 5976
i)	Den påståede »urigtige gengivelse af omfanget af den foreløbige undersøgelse«	I - 5976
ii)	Ensidig hensyntagen til Alrosas argumentation og interesser . .	I - 5977
iii)	Retlig fejlagtig kvalificering af offentliggørelsen i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003	I - 5978
iv)	De påståede tilsidesættelser af artikel 82 EF	I - 5980
	— Manglende hensyntagen til De Beers' stilling som producent	I - 5981
	— Manglende hensyntagen til muligheden for et misbrug fra bydendes side i forbindelse med auktioner	I - 5982
B	— Andet anbringende: retten til at blive hørt under den administrative procedure	I - 5984
1.	Indledende spørgsmål: Er det andet anbringende uden betydning?	I - 5984
2.	Undersøgelse af det andet anbringende	I - 5985
a)	Mangelfuld begrundelse (det andet anbringendes første led)	I - 5985
b)	Princippet ne ultra petita og retten til en retfærdig rettergang (det andet anbringendes andet led)	I - 5986

KOMMISSIONEN MOD ALROSA

i) Princippet ne ultra petita	I - 5986
ii) Retten til en retfærdig rettergang	I - 5987
c) Virkningerne på Kommissionens beslutning af en eventuel fejl i forbindelse med retten til at blive hørt (det andet anbringendes fjerde led)	I - 5989
d) Rækkevidden af Alrosas ret til at blive hørt (det andet anbringendes tredje led)	I - 5990
i) Indledende bemærkning	I - 5990
ii) Kommissionens klagepunkt	I - 5991
C — Foreløbig konklusion	I - 5994
VI — Vurdering af Alrosas søgsmål i første instans	I - 5994
A — Den anfægtede beslutnings formelle lovlighed (første anbringende)	I - 5994
1. Alrosas ret til at blive hørt	I - 5994
2. Genstanden for Alrosas ret til at blive hørt	I - 5995
3. Ingen tilsidesættelse af Alrosas ret til at blive hørt	I - 5997
B — Den anfægtede beslutnings materielle lovlighed (andet og tredje anbringende)	I - 5998
1. Tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 (andet anbringende) ..	I - 5999
a) Retten til at afgive tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003	I - 5999
b) Begrænsning af gyldighedsperioden for en beslutning om tilsagn ..	I - 6000
	I - 5955

c) Foreløbig konklusion	I - 6000
2. Tilsidesættelse af artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003 samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet (tredje anbringende)	I - 6001
a) Aftalefrihed (det tredje anbringendes første led)	I - 6001
b) Proportionalitet (det tredje anbringendes andet led)	I - 6005
i) Eksistensen af et konkurrenceproblem	I - 6006
ii) Egnethed og nødvendighed af De Beers' ensidige tilsagn	I - 6007
iii) Proportionalitet i snæver betydning	I - 6008
iv) Påstået forskelsbehandling af Alrosa	I - 6008
v) Foreløbig konklusion	I - 6010
C — Foreløbig konklusion	I - 6010
VII — Sagens omkostninger	I - 6010
VIII — Forslag til afgørelse	I - 6011

I — Indledning

1. Hvilke krav følger af proportionalitetsprincippet, når Europa-Kommissionen i sin egenskab af konkurrencemyndighed accepterer tilsagn², som er afgivet af en virksomhed og har virkninger for en anden virksomheds interesser, og gør dem bindende? Dette spørgsmål, der er af væsentlig betydning for videreudviklingen af den europæiske konkurrenceret, udgør kernen i den foreliggende appel. Besvarelsen heraf er afgørende for rækkevidden af den nye beføjelse til at vedtage bindende beslutninger om tilsagn, som blev indrømmet Kommissionen i artikel 9 i forordning (EF) nr. 1/2003³. Domstolens dom kan imidlertid også berøre andre delområder af konkurrenceretten, dvs. statsstøtte- og fusionsreglerne.

2. Baggrunden for denne tvist er et tilsagn, som virksomheden De Beers i 2006 afgav over for Kommissionen for at imødegå påstanden om misbrug af en dominerende stilling (artikel 82 EF). Som den førende inden for verdenshandelen med diamanter forpligtede De Beers sig til fremover ikke at købe rådiamanter hos Alrosa, den næststørste producent, hvorved langvarige forretningsforbindelser mellem de to koncerner blev bragt til ophør. Ved beslutning i henhold til

artikel 9 i forordning nr. 1/2003 gjorde Kommissionen tilsagnet fra De Beers bindende⁴. Alrosa finder dette uforholdsmæssigt, ligesom selskabets ret til at blive hørt skal være tilsidesat. Ved Retten i Første Instans fik Alrosa annulleret den anfægtede beslutning⁵. Derefter iværksatte Kommissionen appel til prøvelse af denne dom.

3. Tvisten mellem Kommissionen og Alrosa viser, hvilken vanskelig balanceakt det konkret kan være at sikre en rimelig afvejning mellem interessen i en effektiv håndhævelse af konkurrenceretten og virksomhedernes individuelle interesser, uden at hverken deres processuelle rettigheder eller procesøkonomien kommer til kort.

2 — Fotnoten er ikke relevant for den danske version.

3 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1).

4 — Kommissionens beslutning 2006/520/EF af 22.2.2006 om en procedure efter EF-traktatens artikel 82 og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/B-2/38.381 — De Beers), meddelt under nr. K(2006) 521 og sammenfattet i EUT 2006 L 205, s. 24; herefter også »den anfægtede beslutning«.

5 — Dom afsagt af Retten i Første Instans den 11.7.2007, sag T-170/06, Alrosa mod Kommissionen, Sml. II, s. 2601, berigtiget ved kendelse afsagt af Retten i Første Instans den 27.8.2007; herefter også »den appellerede dom« eller »førsteinstansens dom«.

II — De relevante retsregler

4. De relevante retsregler i denne sag udgøres foruden artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54 af forskellige bestemmelser i forordning (EF) nr. 1/2003 og (EF) nr. 773/2004⁶.

A — Forordning nr. 1/2003

5. Ved forordning nr. 1/2003, som har fundet anvendelse siden den 1. maj 2004⁷, blev de processuelle regler i konkurrencesager moderniseret og Kommissionens beføjelser i dennes egenskab af Fællesskabets konkurrencemyndighed udvidet.

6. Blandt Kommissionens nye beføjelser hører navnlig artikel 9 i forordning nr. 1/2003, som har overskriften »Tilsagn« og er affattet på følgende måde:

»1. Når Kommissionen agter at vedtage en beslutning, hvorefter en overtrædelse kræves

bragt til ophør, og de deltagende virksomheder tilbyder at afgive tilsagn, der imødekommer de betænkeligheder, som Kommissionen har, og som den har underrettet de pågældende virksomheder om i sin foreløbige vurdering, kan Kommissionen ved beslutning gøre disse tilsagn bindende for virksomhederne. En sådan beslutning kan vedtages for en bestemt periode, og i beslutningen konkluderes det, at der ikke længere er grund til, at Kommissionen griber ind.

2. Kommissionen kan efter anmodning eller på eget initiativ genåbne proceduren:

a) hvis de faktiske forhold ændrer sig med hensyn til et punkt, der var væsentligt for beslutningen

b) hvis de deltagende virksomheder handler i strid med deres tilsagn, eller

c) hvis beslutningen bygger på ufuldstændige, urigtige eller forvanskede oplysninger fra parterne.«

7. Desuden skal jeg henvise til artikel 7 i forordning nr. 1/2003; denne bestemmelse har overskriften »Konstatering og standsning af overtrædelser« og bestemmer følgende i stk. 1:

»Hvis Kommissionen på grundlag af en klage eller på eget initiativ konstaterer, at traktatens artikel 81 eller 82 er overtrådt, kan den ved en

6 — Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82 (EUT L 123, s. 18).

7 — Artikel 45, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

beslutning pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. I denne forbindelse kan den pålægge dem enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, der står i passende forhold til overtrædelsen, og som er nødvendig for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør. [...]

8. Artikel 27 i forordning nr. 1/2003, der regulerer høringen af parterne, klagerne og andre interesserede, har følgende ordlyd:

»1. Før Kommissionen træffer beslutning i henhold til artikel 7, 8, 23 og artikel 24, stk. 2, giver den de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der er omfattet af den procedure, som Kommissionen har iværksat, lejlighed til at udtale sig om Kommissionens klagepunkter. Kommissionen lægger kun de klagepunkter til grund for sine beslutninger, som de deltagende parter har haft lejlighed til at udtale sig om. Klagerne inddrages i vid udstrækning i proceduren. [...]

2. De deltagende parter skal sikres fuldt ud i procedureforløbet. De har ret til indsigt i Kommissionens sagsakter med forbehold af virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke afsløres. [...]

3. Hvis Kommissionen finder det nødvendigt, kan den også indhente udtalelser fra andre fysiske eller juridiske personer. Når fysiske eller juridiske personer, der godtgør, at de har tilstrækkelig interesse i sagen, anmoder om at måtte udtale sig, skal deres anmodning efterkommes. [...]

4. Når Kommissionen agter at vedtage en beslutning i henhold til artikel 9 eller 10, offentliggør den et kort resumé af sagen og hovedindholdet af de afgivne tilsagn eller den foreslåede fremgangsmåde. Tredjemand kan fremsætte bemærkninger hertil inden for en tidsfrist, som Kommissionen ved offentliggørelsen fastsætter til mindst en måned. I den forbindelse skal der tages hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke afsløres.«

B — Forordning nr. 773/2004

9. Ved forordning nr. 773/2004, der trådte i kraft den 1. maj 2004, vedtog Kommissionen gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 1/2003⁸.

⁸ — Retsgrundlaget for forordning nr. 773/2004 er artikel 33 i forordning nr. 1/2003; jf. artikel 20 i forordning nr. 773/2004 med hensyn til ikrafttrædelsen.

10. Artikel 10 i forordning nr. 773/2004 var på det tidspunkt, hvor den anfægtede beslutning blev vedtaget, affattet på følgende måde:

»1. Kommissionen meddeler skriftligt de berørte parter de klagepunkter, der er fremført mod dem. Meddelelsen af klagepunkter stiles til hver enkelt part.

2. Ved fremsendelse af meddelelsen af klagepunkter til de berørte parter fastsætter Kommissionen en frist for disse parters indgivelse af skriftlige bemærkninger til den. Kommissionen er ikke forpligtet til at tage hensyn til skriftlige indlæg modtaget efter fristens udløb.

[...]«

11. Artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 773/2004 fastsatte desuden følgende:

»Kommissionen skal give de parter, som den har rettet en meddelelse af klagepunkter til, indsigt i sagsakterne, hvis de anmoder derom. Aktindsigt gives efter fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter.«

12. De ændringer, der i mellemtiden er foretaget af forordning nr. 773/2004⁹, er først trådt i kraft efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning og finder derfor ikke anvendelse i den foreliggende sag.

III — Baggrunden for tvisten og den administrative procedure

13. Ifølge Rettens konstateringer¹⁰ kan baggrunden for den foreliggende tvist og den administrative procedure ved Kommissionen beskrives på følgende måde.

14. Alrosa Company Ltd¹¹ er et selskab hjemmehørende i Mirny (Rusland). Det virker navnlig på verdensmarkedet for produktion og levering af rådiamanter, hvor det er den næststørste aktør. Selskabet arbejder hovedsageligt i Rusland, hvor det driver efterforsknings-, brydnings-, vurderings- og leveringsvirksomhed samt juvelerforretning.

15. De Beers-koncernen¹², hvori De Beers SA, der er hjemmehørende i Luxembourg, er det største holdingselskab, virker på

9 — Forordning nr. 773/2004 blev ændret dels ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1792/2006 af 23.10.2006 (EUT L 362, s. 1), dels ved Kommissionens forordning (EF) nr. 622/2008 af 30.6.2008 (EUT L 171, s. 3).

10 — Den appellerede doms præmis 8-26 og 179.

11 — Herefter »Alrosa«.

12 — Herefter også »De Beers«.

verdensmarkedet for produktion og levering af rådiamanter, hvor det er den største aktør. Selskabet arbejder hovedsageligt i Sydafrika, Botswana, Namibia og Tanzania samt i Det Forenede Kongerige, hvor det driver efterforsknings-, brydnings-, vurderings-, leverings-, forretnings- og forarbejdningsvirksomhed samt juvelerforretning og dermed dækker hele diamantsektoren.

årligt, mens De Beers forpligtede sig til at købe disse. Alrosa kunne imidlertid for fjerde og femte år af gennemførelsen af den anmeldte aftale gives tilladelse til at nedsætte denne salgsværdi til 700 mio. USD. Værdien 800 mio. USD, som blev fastsat ud fra de ved indgåelsen af den anmeldte aftale gældende priser, svarede til omkring halvdelen af Alrosas årlige produktion og hele selskabets produktion, der blev eksporteret til andre lande end Fællesskabet af Uafhængige Stater (SNG).

16. Den 5. marts 2002 informerede Alrosa og De Beers Kommissionen om en aftale, der var indgået den 17. december 2001 mellem Alrosa og to datterselskaber til De Beers-koncernen. Formålet med denne anmeldelse var at få udstedt en negativattest eller en fritagelse i henhold til forordning nr. 17¹³, som stadig var gældende på daværende tidspunkt.

19. Efter at have modtaget anmeldelsen indledte Kommissionen to parallelle procedurer, den ene i henhold til artikel 81 EF og den anden i henhold til artikel 82 EF.

17. Den anmeldte aftale, som blev en del af allerede langvarige forretningsforbindelser mellem Alrosa og De Beers, vedrørte hovedsageligt virksomheden med levering af rådiamanter. Aftalen blev indgået for en periode på fem år, at regne fra den dag, hvor Kommissionen over for de kontraherende parter bekræftede, at den ikke var i strid med artikel 81, stk. 1, EF eller artikel 82 EF.

20. Den 14. januar 2003 rettede Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Alrosa og De Beers (sag COMP/E-3/38.381), hvori den anførte, at den anmeldte aftale kunne udgøre en konkurrencebegrænsende aftale i strid med artikel 81, stk. 1, EF, og at den ikke kunne fritages i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Kommissionen tilsendte endvidere samme dag en særskilt klagepunktsmeddelelse til De Beers (sag COMP/E-2/38.381), hvori den anførte, at aftalen kunne udgøre misbrug af dominerende stilling i strid med artikel 82 EF.

18. Alrosa forpligtede sig til i denne periode at sælge naturlige rådiamanter fremstillet i Rusland til De Beers for ca. 800 mio. USD

21. Den 31. marts 2003 indgav Alrosa og De Beers fælles skriftlige indlæg som

13 — Rådets forordning (EØF) nr. 17 af 6.2.1962 — Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81). Denne forordning var forgængeren til forordning nr. 1/2003, hvorved den blev erstattet med virkning pr. 1.5.2004.

svar på klagepunktsmeddelelsen i sag COMP/E-3/38.381 til Kommissionen.

22. Den 1. juli 2003 rettede Kommissionen en supplerende klagepunktsmeddelelse til Alrosa og De Beers, hvori den anførte, at den anmeldte aftale ligeledes kunne udgøre en konkurrencebegrænsende aftale i strid med EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, og at den ikke kunne fritages i henhold til EØS-aftalens artikel 53, stk. 3. Kommissionen rettede endvidere samme dag en særskilt supplerende klagepunktsmeddelelse til De Beers, hvori den anførte, at den anmeldte aftale ligeledes kunne udgøre misbrug af dominerende stilling i strid med EØS-aftalens artikel 54.

23. Den 7. juli 2003 afgav Alrosa og De Beers mundtlige indlæg for Kommissionen.

24. Den 12. september 2003 gav Alrosa tilsagn¹⁴ om gradvist at nedbringe salget af rådiamanter til De Beers fra det sjette år for den anmeldte aftales ikrafttræden, og at man fra 2013 ikke længere ville sælge rådiamanter til De Beers. Alrosa trak imidlertid efterfølgende disse tilsagn tilbage.

25. Den 14. december 2004 meddelte Alrosa og De Beers i fællesskab tilsagn¹⁵ for at imødegå de af Kommissionen udtrykte betænkeligheder. Disse fælles tilsagn fastsatte en gradvis nedsættelse af Alrosas salg af rådiamanter til De Beers, hvoraf værdien skulle nedbringes fra 700 mio. USD i 2005 til 275 mio. USD i 2010; derefter skulle salget maksimalt være på dette niveau.

26. Den 3. juni 2005 offentliggjorde Kommissionen en meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende*¹⁶ vedrørende Alrosas og De Beers fælles tilsagn. Den opfordrede heri tredjemand til at fremsætte bemærkninger inden for en måned. Desuden oplyste den om sin hensigt til, under forbehold af resultatet af markedstesten, at vedtage en beslutning, hvorved de fælles tilsagn ville blive gjort bindende.

27. Efter denne offentliggørelse fremlagde 21 tredjemænd deres bemærkninger for Kommissionen, som oplyste Alrosa og De Beers herom den 27. oktober 2005. Samtidig opfordrede Kommissionen i betragtning af resultatet af markedstesten de to virksomheder til inden udgangen af november 2005 at fremlægge nye fælles tilsagn, der skulle tilsigte et fuldstændigt ophør af deres forretningsforbindelser fra 2009.

14 — Herefter »Alrosas ensidige tilsagn«.

15 — Herefter »De Beers og Alrosas fælles tilsagn«.

16 — EUT C 136, s. 32.

28. Den 25. januar 2006 afgav De Beers ensidige tilsagn¹⁷ for at imødegå de betænkeligheder, som Kommissionen havde givet udtryk for¹⁸. På grundlag af disse ensidige tilsagn forpligtede De Beers sig til gradvis at ned sætte sine indkøb af rådiamanter hos Alrosa; værdien heraf skulle nedbringes fra 600 mio. USD i 2006 til 400 mio. USD i 2008, hvorefter indkøbene skulle ophøre fuldstændigt.

29. Den 26. januar 2006 tilsendte Kommissionen Alrosa et uddrag af disse ensidige tilsagn fra De Beers og opfordrede selskabet til at fremsætte bemærkninger hertil. Kommissionen tilsendte ligeledes Alrosa en kopi af de ikke fortrolige versioner af tredjemands bemærkninger.

30. Efterfølgende er der foretaget en meningsudveksling mellem Alrosa og Kommissionen vedrørende visse forhold under proceduren i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003 og betydningen heraf i denne sag. Bl.a. spørgsmålene om aktindsigt, kontradiktionsretten og, særligt, høringsretten blev drøftet. Alrosa kommenterede derudover i skrivelse af 6. februar 2006 De Beers' ensidige tilsagn og de andre parter bemærkninger.

31. Den 22. februar 2006 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori den anførte i artikel 1: »De tilsagn, der fremgår af bilaget, er bindende for De Beers.« Den pågældende beslutnings artikel 2 har følgende ordlyd: »Den i denne sag iværksatte procedure afsluttes.« Den anfægtede beslutning blev vedtaget i en procedure efter artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54. Den parallelle procedure på grundlag af artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 bortfaldt dermed¹⁹.

IV — Retsforhandlinger

32. Alrosa anlagde den 29. juni 2006 sag ved Retten i Første Instans til prøvelse af den anfægtede beslutning og nedlagde påstand om, at den pågældende beslutning annulleres, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Kommissionen derimod nedlagde påstand om frifindelse og om, at Alrosa tilpligtes at betale sagens omkostninger. I henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement blev der anvendt en hasteprocedure²⁰.

33. Ved den appellerede dom tog Retten den 11. juli 2007 Alrosas påstand til følge. Den annullerede den anfægtede beslutning og tilpligtede Kommissionen at be-

17 — Herefter »De Beers' ensidige tilsagn«.

18 — Kommissionen har i appelskriftet understreget, at dette var den endelige version af tilsagn, som var afgivet over for den for første gang i slutningen af november 2005 eller begyndelsen af december 2005, og som var undergået en række redaktionelle ændringer indtil den 26.1.2006.

19 — Som det fremgår af den appellerede doms præmis 185, har Kommissionen ved skrivelse af 22.2.2006 underrettet Alrosa om, at den »procedure, der vedrørte Alrosa«, var blevet afsluttet.

20 — Jf. den appellerede doms præmis 30.

tale egne omkostninger såvel som Alrosas omkostninger.

— Kommissionen tilpligtes at træffe alle øvrige foranstaltninger, som Domstolen måtte finde passende.

34. I appelskriftet, indgået til Domstolens Justitskontor den 24. september 2007²¹, har Kommissionen nu nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Der afsiges endelig dom, hvorved Kommissionens frifindes for annullationspåstanden, der lå til grund for sag T-170/06.

— Sagsøgeren i sag T-170/06 tilpligtes at betale sagens omkostninger for begge instanser.

36. Ved Domstolen blev der først indgivet skriftlige indlæg og derpå, den 3. juni 2009, afholdt mundtlig forhandling i sagen.

V — Vurdering af anbringenderne

37. Kommissionen har fremført to anbringender til støtte for appellen af førsteinstansens dom, hvoraf det første vedrører materielretlige spørgsmål i forbindelse med anvendelsen af proportionalitetsprincippet, mens det andet vedrører retten til at blive hørt under den administrative procedure.

35. Alrosa har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger samt andre udenretlige omkostninger og udgifter, som Alrosa har haft i forbindelse med den foreliggende sag.

A — Førsteanbringende: materielretliges spørgsmål vedrørende proportionalitetsprincippet

38. Med sit første anbringende har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig fortolkning og anvendelse af proportionalitetsprincippet i den foreliggende sag. I denne forbindelse har den også gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig fortolkning af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 og artikel 82 EF samt begået begrundelsesfejl, givet omstændighederne urigtigt og overskredet grænserne for den retslige kontrol.

²¹ — Originaleksemplaret af stævningen, der oprindeligt blev indgivet pr. fax, blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 26.9.2007.

39. Baggrunden herfor er spørgsmålet, om Retten i den foreliggende sag korrekt antog, at der forelå alternative løsninger til De Beers' ensidige tilsagn — nemlig De Beers' og Alrosas fælles tilsagn — som havde påvirket Alrosas interesser mindre negativt, og som Kommissionen ikke kunne have undladt at tage hensyn til.

1. Indledende bemærkning om anvendelsen af proportionalitetsprincippet

40. I kartelsager forfølger Kommissionen målet om at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrøjes [artikel 3, stk. 1, litra g), EF]. Med henblik herpå griber Kommissionen ind dels over for aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som har konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkning (artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53) og dels ind og over for misbrug af dominerende stillinger (artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54). For at imødekomme Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder står det virksomheder frit for at afgive tilsagn, som Kommissionen kan gøre bindende ved beslutning i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003.

41. Parterne er i princippet enige om, at Kommissionens beslutninger i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003 skal opfylde proportionalitetsprincippet.

42. Artikel 9 i forordning nr. 1/2003 indeholder i modsætning til artikel 7 heri ganske vist ingen udtrykkelig henvisning til proportionalitet. Som et af fællesskabsrettens almindelige grundsætninger er proportionalitetsprincippet imidlertid et kriterium for lovligheden af enhver af fællesskabsinstitutionernes retsakter²², herunder beslutninger truffet af Kommissionen i dens egenskab af konkurrencemyndighed²³.

43. Såfremt tilsagn, der er afgivet af en eller flere virksomheder, viser sig at være uforholdsmæssige under hensyntagen til Kommissionens mål om at sikre, at konkurrencen ikke fordrøjes, må den ikke gøre disse tilsagn bindende. Den skal tværtimod gøre virksomheden eller virksomhederne opmærksom på, at tilsagnene er uforholdsmæssige, og i givet fald foreslå ændringer heraf. Såfremt en tilsagnspakke kan opdeles, er der desuden intet

22 — Jf. blandt mange andre dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schröder, Sml. s. 2237, præmis 21, af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 13, af 12.7.2001, sag C-189/01, Jippes, m.fl., Sml. I, s. 5689, præmis 81, af 9.3.2006, sag C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie og Natuur en Milieu, Sml. I, s. 2443, præmis 28, og af 24.5.2007, sag C-45/05, Maatschap Schoneville-Prins, Sml. I, s. 3997, præmis 45.

23 — Jf. f.eks. dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen (»Magill«-dommen), Sml. I, s. 743, præmis 93, og af 18.12.2007, sag C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen (»Cementbouw«-dommen), Sml. I, s. 12129, præmis 52.

til hinder for, at Kommissionen kun gør en del af tilsagnene bindende²⁴.

44. Det er imidlertid heftigt omtvistet blandt parterne, hvilke præcise krav der følger af proportionalitetsprincippet for beslutninger om tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003.

2. Krav med hensyn til proportionaliteten af beslutninger om tilsagn (det første anbringendes første led)

45. Spørgsmålet, om Retten har anvendt korrekte kriterier ved undersøgelsen af den anfægtede beslutnings proportionalitet, er et retsspørgsmål, der kan gøres gældende under appel²⁵.

46. Ifølge fast retspraksis følger det af proportionalitetsprincippet, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må gå videre end nødvendigt og passende for gennemførelsen af det lovligt tilsigtede formål, hvorved det

forudsættes, at hvis det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål²⁶.

47. Den appellerede dom er baseret på den antagelse, at proportionalitetsprincippet har samme virkning i forbindelse med beslutninger om tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003 som i forbindelse med beslutninger om forbud i henhold til forordningens artikel 7²⁷. Efter Rettens opfattelse har artikel 7 og artikel 9 samme formål, da det eneste særlige forhold i forbindelse med artikel 9 er, at Kommissionen fritages for at følge de procedurer, der er pålagt den i henhold til artikel 85 EF, og særligt at bevise overtrædelsen²⁸.

48. Kommissionen har ganske rigtigt anfægtet Rettens tilgang i denne henseende.

49. Retten har ikke taget hensyn til grundlæggende forskelle mellem artikel 9 og artikel 7 i forordning nr. 1/2003, som er af væsentlig betydning for undersøgelsen af

24 — I denne retning også den appellerede doms præmis 88 og 139.

25 — I denne retning dom af 25.1.2007, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, Sml. I, s. 729, præmis 40, af 10.7.2008, sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala («Impala»-dommen), Sml. I, s. 4951, præmis 117, og af 16.12.2008, sag C-47/07 P, Masdar (UK) mod Kommissionen, Sml. I, s. 9761, præmis 77.

26 — Jf. i den henseende atter den ovenfor i fodnote 22 nævnte retspraksis.

27 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 101, 103 og 104 samt præmis 140.

28 — Den appellerede doms præmis 87 og 95.

proportionaliteten af Kommissionens beslutninger.

50. I modsætning til artikel 7 er artikel 9 i forordning nr. 1/2003 ikke et instrument til at fastslå overtrædelser af konkurrencereglerne²⁹, men giver kun Kommissionen mulighed for effektivt at imødekomme konkurrencemæssige betænkeligheder for fremtiden.

51. Kendetegnende for artikel 9 i forordning nr. 1/2003 er bestræbelsen på at sikre procesøkonomi. Kommissionen løser de konkurrenceproblemer, den har identificeret, uden på forhånd at fastslå en overtrædelse³⁰ i samarbejde med de pågældende virksomheder og støtter sig i den forbindelse på disses frivillige tilsagn. I forbindelse med en beslutning i henhold til artikel 7 skal den derimod i givet fald selv finde frem til foranstaltninger, hvilket kræver betydeligt mere omfattende og langvarige undersøgelser samt en mere omfattende vurdering af de faktiske forhold.

52. De særlige forhold i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 påvirker undersøgelsen af proportionaliteten af beslutninger om tilsagn, der er vedtaget i henhold til denne bestemmelse, i to henseender.

29 — Konstateringen i den appellerede doms præmis 87 om, at en beslutning i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003 medfører »en afslutning af proceduren med at fastslå og straffe en overtrædelse af konkurrencereglerne«, kan i det mindste misforstås.

30 — Jf. i den henseende andet punktum i betragtning 13 til forordning nr. 1/2003.

53. For det første skal der i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 stilles større krav med hensyn til *egnetheden* af de tilsagn, der gøres bindende. Hvis sådanne tilsagn ikke er *åbenbart egnede* til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer, har Kommissionen ret til at afvise dem. Kun på denne måde er det muligt at opfylde målet i artikel 9 i forordning nr. 1/2003, nemlig at sikre en hurtig og effektiv løsning på konkurrenceproblemerne, uden at det kræver en større undersøgelse og vurdering fra Kommissionens side. Kommissionen behøver ikke at acceptere tilsagn, hvis egnethed først kan vurderes efter en indgående undersøgelse fra Kommissionens side.

54. For det andet skal der ved vurderingen af, om tilsagnene er *nødvendige* for at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer, sondres mellem, om det er den tilsagnsgivendes eller tredjemands interesser, der berøres.

55. Mens det uden videre kan formodes³¹, at tilsagnene er nødvendige med hensyn til den tilsagnsgivendes virksomheds (i dette tilfælde De Beers') interesser, er en sådan formodning

31 — Jf. i den henseende — vedrørende en fusionskontrolprocedure — mit forslag til afgørelse af 26.4.2007 i Cementbouw-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 23, punkt 69.

ikke mulig, når tredjemands (i dette tilfælde Alrosas) interesser berøres. Tilsagnene stammer nemlig ikke fra tredjemand, hvilket indebærer, at den omstændighed, at tilsagnene er afgivet frivilligt, heller ikke kan være nogen garanti for, at dennes interesser varetages. Tværtimod skal det med hensyn til tredjemands interesser altid undersøges, om tilsagnene går ud over, hvad der er nødvendigt for at løse de pågældende konkurrenceproblemer.

56. Kommissionen er med hensyn til beslutninger i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003 ganske vist ikke forpligtet til selv at opstille mindre indgribende alternativer til de tilsagn, der er afgivet over for den. Alligevel skal den undersøge, om alle de alternativer til sådanne tilsagn — i dette tilfælde navnlig De Beers' og Alrosas fælles tilsagn — som den har kendskab til, udgør mindre indgribende midler til at løse de identificerede konkurrenceproblemer, hvorved tredjemands interesser ikke påvirkes eller påvirkes i mindre grad.

57. Kommissionen skal imidlertid i den forbindelse kun tage hensyn til alternativer, der er *lige så egnede* som de afgivne tilsagn til at løse de identificerede konkurrenceproblemer.

Såvel de faktisk afgivne tilbud som eventuelle alternativer hertil skal således være *åbenbart* egnede til at løse konkurrenceproblemerne³².

58. Retten har således urigtigt foreholdt Kommissionen, at den undlod at tage hensyn til »alternativ og mindre indgribende løsninger for virksomhederne [...] ved at påberåbe sig de påståede vanskeligheder ved fastsættelsen heraf«³³. Ifølge det idémæssige formål med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 skal bedømmelsen af alternativer nemlig ikke kræve omfattende og langvarige undersøgelser eller vurderinger. I forbindelse med proceduren efter artikel 9 kan Kommissionen undlade at tage hensyn til alternativer, hvis egnethed ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan konstateres uden en sådan indsats.

59. I modsætning til Rettens opfattelse³⁴ kan det således absolut forekomme, at Kommissionen i forbindelse med artikel 9 forkaster visse løsninger, som den skulle have undersøgt i forbindelse med artikel 7 i forordning nr. 1/2003. På grund af den tilstræbte procesøkonomi er udvalget af de mulige midler til at løse et konkurrenceproblem i forbindelse

32 — Jf. i den henseende atter punkt 53 i dette forslag til afgørelse.

33 — Den appellerede doms præmis 154.

34 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 101, 140 og 154.

med artikel 9 nemlig gennemgående mindre, end det muligvis havde været i forbindelse med artikel 7.

ved. En sådan forventning nyder imidlertid højest en begrænset beskyttelse i lyset af den almene interesse i en ufordrejet konkurrence.

60. Den almene interesse i at finde en hurtig og procesøkonomisk løsning på konkurrenceproblemer berettiger, at udvalget af mulige foranstaltninger i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 begrænses. Virksomheder, som afgiver tilsagn, accepterer bevidst, at deres indrømmelser i givet fald går ud over, hvad Kommissionen efter en indgående undersøgelse selv kunne pålægge dem i en beslutning i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003. Som følge af, at den kartelsag, der er indledt over for dem, indstilles, opnår de til gengæld hurtigt retssikkerhed og kan undgå konstateringen af en overtrædelse af konkurrencereglerne, som ville være til skade for dem, samt eventuelt risikoen for en bøde.

62. Ved ikke at tage hensyn til de særlige forhold omkring proceduren efter artikel 9 i forordning nr. 1/2003 anvendte Retten en alt for streng proportionalitetsstandard på den anfægtede beslutning og foretog derved urigtig retsanvendelse. Denne urigtige retsanvendelse var årsagen til, at den anfægtede beslutning blev annulleret. Det første anbringendes første led er derfor begrundet og giver grundlag for at ophæve den appellerede dom.

61. Tredjemand vil i de fleste tilfælde også drage fordel af, at en virksomhed afgiver relativt vidtgående indrømmelser over for Kommissionen for at undgå en forbudsbeslutning. Som det imidlertid klart fremgår af den foreliggende sag, kan tilsagn efter artikel 9 i forordning nr. 1/2003 undertiden også skade en tredjemands interesser. Dette er navnlig tilfældet, såfremt tredjemanden har haft en forventning om, at en praksis, som anvendes af en virksomhed med en dominerende stilling på markedet, og som giver anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder, vil vare

3. Konkret undersøgelse af proportionaliteten af beslutningen om tilsagn (det første anbringendes andet led)

63. Derudover har Kommissionen fremsat en række detaljerede kritikpunkter mod den appellerede dom med hensyn til den konkrete anvendelse af proportionalitetsprincippet i den foreliggende sag. Kritikken vedrører Rettens vurdering af alternativerne til De Beers' ensidige tilsagn, der blev gjort bindende. Retten var af den opfattelse, at

Kommissionen burde have taget hensyn til disse alternativer³⁵.

64. Alrosa har indledningsvis generelt bestridt, at Kommissionens argumentation kan realitetsbehandles, da der dermed kun rejses tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder.

65. Det er korrekt, at en appel er begrænset til retsspørgsmål, og at Domstolen ikke må erstatte Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne med sin egen³⁶. Det følger af artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, at alene Retten er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen — når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet — dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder³⁷.

66. Det ser ved en umiddelbar betragtning faktisk ud som om, at Kommissionen kun har fremført sit første anbringendes andet

led som påskud for at rejse tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne, hvilket ikke kan realitetsbehandles under en appelsag.

67. Ved en nærmere betragtning er det imidlertid muligt af Kommissionens — særdeles omstændeligt formulerede — klagepunkter at udlede bl.a. den påstand, at Retten overskred grænserne for den retslige kontrol ved undersøgelsen af proportionaliteten af den anfægtede beslutning. Dette spørgsmål, som jeg nu hovedsageligt vil behandle [jf. afsnit a)], er et retsspørgsmål³⁸, som kan efterprøves under en appelsag. Derefter vil jeg kort behandle Kommissionens øvrige kritikpunkter [jf. afsnit b)].

a) Rettens overskridelse af grænserne for den retslige kontrol

68. Kommissionen har anført, at Retten overskred grænserne for den retslige kontrol ved at erstatte Kommissionens vurdering af markedsforholdene med sin egen. Dette klagepunkt er navnlig rettet mod den appellerede

35 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 154.

36 — Dom af 23.4.2002, sag C-62/01 P, Campogrande mod Kommissionen, Sml. I, s. 3793, præmis 24, af 22.6.2006, sag C-24/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5677, præmis 34 og 35, og af 15.3.2007, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. I, s. 2331, præmis 137.

37 — Fast retspraksis, jf. dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 48, af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 51, af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 41, og af 2.4.2009, sag C-431/07 P, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2665, præmis 137.

38 — Dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 37-49, og af 22.11.2007, sag C-525/04 P, Spanien mod Lenzing, Sml. I, s. 9947, præmis 56-61, samt Impala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 135-150, navnlig præmis 143.

doms præmis 134, 135, 138 og 153, hvori Retten behandler de mulige alternativer til De Beers' ensidige tilsagn. Der er i den forbindelse tale om dels De Beers' og Alrosas fælles tilsagn, dels Alrosas forslag om hvert år at sælge en del af sine rådiamanter ved auktion til højstbydende.

overvejelser. I denne henseende har Kommissionen en skønsmargin³⁹.

69. For at fastslå, om dette klagepunkt er begrundet, skal det for det første undersøges, om Kommissionen i den foreliggende sag havde en skønsmargin ved vurderingen af de af De Beers afgivne tilsagn, og for det andet, om Retten tilsidesatte denne skønsmargin.

71. I modsætning til Rettens opfattelse⁴⁰ er der med hensyn til vurderingen af tilsagn afgivet af virksomheder ingen grundlæggende forskel mellem procedurer efter artikel 9 i forordning nr. 1/2003 og fusionskontrolprocedurer. I begge tilfælde skal Kommissionen nemlig træffe en beslutning med karakter af prognose, hvor det skal vurderes, hvordan markedet vil udvikle sig i fremtiden i lyset af tilsagnene. Den omstændighed, at »eksisterende praksis« i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 er baggrunden for proceduren, ændrer intet ved, at der er behov for en fremadrettet »økonomisk analyse« af tilsaghenes forventede virkninger på markedsudviklingen.

i) Spørgsmålet, om Kommissionen har en skønsmargin

72. Retten var derfor forpligtet til i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 at indrømme Kommissionen samme skønsmargin, som ifølge retspraksis er tillagt den

70. Undersøgelsen af, om visse foranstaltninger er egnede og nødvendige for at løse et af Kommissionen identificeret konkurrenceproblem, kræver komplicerede økonomiske

39 — Af grundlæggende betydning med hensyn til Kommissionens skønsmargin i konkurrencesager er dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34; jf. endvidere dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 279.

40 — Den appellerede doms præmis 108-110.

i forbindelse med vurderingen af tilsagn på fusionsområdet⁴¹.

foreliggende sag havde undladt at foretage en sådan vurdering af markedsudviklingen og de alternativer til De Beers' ensidige tilsagn, som den havde kendskab til.

73. Dette ændres heller ikke af Rettens konstatering af, at Kommissionen i den foreliggende sag overhovedet ikke har »foretaget en kompleks økonomisk analyse«⁴². Rettens konstatering i den henseende vedrører nemlig alene »opstillingen af andre løsninger«, hvilket Kommissionen efter Rettens opfattelse afslog at gøre. Som tidligere nævnt er Kommissionen i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 imidlertid overhovedet ikke forpligtet til selv at opstille sådanne alternativer til de tilsagn, der er afgivet over for den.

75. Det forholder sig derfor således, at Kommissionen i den foreliggende sag var tillagt og også udnyttede en skønsmargin. I det følgende vil jeg se nærmere på, om Retten har tilsidesat denne skønsmargin, hvilket Kommissionen har gjort gældende.

74. Det afgørende er — og dette har Retten ikke taget hensyn til — at Kommissionen inden vedtagelsen af enhver beslutning efter artikel 9 i forordning nr. 1/2003 skal foretage en *vurdering af den markedssituation*, som de tilbudte tilsagn indgår i. Den skal undersøge, hvilke virkninger disse tilsagn vil have på den fremtidige markedsudvikling, og om de alternativer, som den har kendskab til, er lige så egnede til at løse det identificerede konkurrenceproblem. Dette kræver i sig selv komplekse økonomiske vurderinger. Retten har ikke fastslået, at Kommissionen i den

ii) Rettens tilsidesættelse af Kommissionens skønsmargin

76. Retten har fastslået, at »[den omtvistede beslutning] er behæftet med et urigtigt skøn, som i øvrigt fremstår åbenbart«⁴³. Det skal undersøges, om Retten med denne konstatering opfylder de retlige krav, eller om den har overskredet grænserne for den retslige kontrol med hensyn til kommissionsbeslutninger.

41 — Rettens dom af 3.4.2003, sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 78, og af 30.9.2003, sag T-158/00, ARD mod Kommissionen, Sml. II, s. 3825, præmis 328; jf. desuden mit forslag til afgørelse i Cementbouw-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 23, punkt 67.

42 — Den appellerede doms præmis 123-125, navnlig præmis 125.

43 — Den appellerede doms præmis 126.

77. Den omstændighed, at der foreligger et vist skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer ikke, at Fællesskabets retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Tværtimod har de ret til at undersøge, om Kommissionens beslutninger er materielt lovlige med henblik på at konstatere, om de faktiske omstændigheder er korrekt gengivet, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn⁴⁴. I den forbindelse må de ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner⁴⁵.

78. Retten var således beføjet til at undersøge, om de af Kommissionen fastslåede faktiske forhold kunne støtte den konklusion, den havde draget heraf, nemlig at De Beers' ensidige tilsagn ikke kun var egnede, men også nødvendige for at løse det identificerede konkurrenceproblem.

79. Som Retten rigtigt har anført i denne henseende, skal Kommissionen i henhold til proportionalitetsprincippet, inden den træffer en beslutning om tilsagn, undersøge, om mindre indgribende foranstaltninger, som den har kendskab til, er egnede; først hvis disse mindre indgribende foranstaltninger findes uegnede til at imødekomme de konkurrencemæssige betænkeligheder, den har identificeret, må den vælge den mest indgribende løsning⁴⁶.

80. Det er ubestridt i den foreliggende sag, at Kommissionen havde kendskab til alternative løsninger med mindre indgribende virkninger for Alrosas interesser, navnlig De Beers' og Alrosas fælles tilsagn⁴⁷. Kommissionen nåede imidlertid — ikke mindst i betragtning af resultaterne af den markedstest, den havde foretaget — til den konklusion, at sådanne alternative løsninger ikke var egnede til at løse de konkurrenceproblemer, den havde identificeret⁴⁸.

81. Kun hvis Kommissionens sidstnævnte konklusion ikke kunne støttes på de fastslåede

44 — Impala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 144.

45 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tetra Laval, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 39, og Impala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 145. Den retspraksis, der først blev udviklet i forbindelse med fusionskontrol, har i mellemtiden fået betydning langt ud over dette retsområde og kan finde anvendelse ved undersøgelsen af, om kommissionsbeslutninger er behæftet med åbenbart urigtige skøn; jf. dommen i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 57, og dom af 6.11.2008, sag C-405/07 P, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 8301, præmis 55, samt Rettens dom af 27.9.2006, forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP og T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Dresdner Bank mod Kommissionen, Sml. II, s. 3567, præmis 67.

46 — I denne retning også den appellerede doms præmis 131.

47 — Den appellerede doms præmis 132.

48 — I denne retning betragtning 41 og 42 til anfægtede beslutning.

faktiske forhold, havde Retten kunnet antage, at der forelå et åbenbart urigtigt skøn.

åbenbart urigtigt skøn, såfremt Kommissionens konklusioner ikke længere kan forsvares i betragtning af de faktiske omstændigheder og beviserne⁴⁹, dvs. hvis der ikke findes et fornuftigt grundlag for dem⁵⁰.

82. Den appellerede dom opfylder ikke disse krav.

85. Retten har ikke godtgjort i den appellerede dom, at de af Kommissionen dragne konklusioner ikke kunne forsvares. Retten har derimod i det væsentlige kun fremsat ubestemte formodninger og foreløbige vurderinger. Den har således anført, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn »umiddelbart synes egnede til at imødekomme Kommissionens betænkeligheder«⁵¹, at De Beers »vanskeligt« ville kunne påvirke Alrosas priser, og at en samordning af De Beers' og Alrosas prispolitikker »vanskeligt kunne gennemføres«⁵².

83. Retten når intet sted frem til, at Kommissionens konklusion ikke støttes af de fastslåede faktiske forhold. Retten har kun fremsat sin egen afvigende vurdering af, om alternative løsninger er egnede til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer.

86. Det fremgår ikke af Rettens bemærkninger, om De Beers' og Alrosas fælles tilsagn var *åbenbart egnede* til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer, og heller ikke, om de var *lige så egnede* som De Beers' ensidige tilsagn, som i sidste

84. For at der kan antages at foreligge et åbenbart urigtigt skøn, er det imidlertid ikke tilstrækkeligt, at Retten kun har en anden opfattelse end Kommissionen. Såfremt de faktiske omstændigheder og beviserne nemlig giver mulighed for forskellige vurderinger, kan det ikke kritiseres retligt, at Kommissionen har valgt den ene, heller ikke hvis det ikke er den vurdering, som efter Rettens opfattelse bør foretrækkes. Der foreligger først et

49 — Jf. i den henseende mit forslag til afgørelse i Impala-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 25, punkt 240.

50 — Jf. mit forslag til afgørelse af 10.3.2009 i sag C-558/07, S.P.C.M. m.fl., Sml. I, s. 5783, punkt 77; i samme retning dom af 12.3.2002, forenede sager C-27/00 og C-122/00, Omega Air m.fl., Sml. I, s. 2569, præmis 72, hvorefter der ikke foreligger et åbenbart urigtigt skøn, hvis den pågældende institution »med føje« kunne lægge visse antagelser til grund ved vedtagelsen af beslutningen; jf. desuden mit forslag til afgørelse af 1.2.2007 i sagen Spanien mod Lenzing, nævnt ovenfor i fodnote 38, punkt 71, hvori jeg anførte, at en analyse kun er behæftet med en åbenbar skønsfejl, såfremt den »under ingen omstændigheder er berettiget«.

51 — Den appellerede doms præmis 133.

52 — Den appellerede doms præmis 134.

instans blev gjort bindende af Kommissionen. Tværtimod synes Retten at anse det for tilstrækkeligt, at en alternativ løsning »nedsatte [...] risici[ene] [...] for en fordrejning af konkurrencen«⁵³ og ikke »nødvendigtvis bringer virkeliggørelsen af de af Kommissionen tilsigtede formål i fare«⁵⁴. Retten burde imidlertid klart og tydeligt have fastslået, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn var tilstrækkelige til at udelukke risiciene for en fordrejning af konkurrencen og virkeliggøre de af Kommissionens tilsigtede mål med henblik på at beskytte konkurrencen.

87. Rettens bemærkninger opfylder derfor ikke de ovennævnte retlige krav til en proportionalitetsundersøgelse i forbindelse med artikel 9 i forordning nr. 1/2003⁵⁵.

88. Med sine bemærkninger vedrørende De Beers' og Alrosas fælles tilsagn forlader Retten i øvrigt området for legalitetskontrollen af en kommissionsbeslutning og foretager i realiteten sine egne komplekse økonomiske vurderinger. Dette er f.eks. tilfældet med hensyn til Rettens bemærkning om, at en nedsættelse af Alrosas salg af rådiamanter til De Beers fra 2009 til 35% af salgsmængden i 2004 (med en værdi på 275 mio. USD) gav tredjemand mulighed for en effektiv adgang til en alternativ

og uafhængig forsyningskilde⁵⁶. Det samme gælder vurderingen af Alrosas forslag om hvert år at sælge en del af sine rådiamanter ved auktion til højstbydende⁵⁷. Hvis sådanne bemærkninger skulle være mere end blotte påstande, havde de krævet en indgående analyse af markedsforholdene, hvilket imidlertid ikke Retten, men derimod Kommissionen har kompetence til.

89. Det tilkommer ikke Domstolen under en appelsag at gøre sig til dommer over Rettens og Kommissionens modstridende økonomiske opfattelser og afgøre, om den ene eller den andens vurdering af, om alternative løsninger er egnede, skal foretrækkes. Dette ville nemlig indebære, at Domstolen på sin side ubeføjet erstatter Kommissionens og Rettens vurdering med sin egen og foretager komplekse økonomiske vurderinger.

90. Det er alene afgørende, at Retten i den foreliggende sag har erstattet Kommissionens vurdering med sin egen og dermed på retsstridig vis har tilsidesat Kommissionens

53 — Den appellerede doms præmis 153, sidste punktum.

54 — Den appellerede doms præmis 153, første punktum.

55 — Jf. punkt 57 i dette forslag til afgørelse.

56 — Den appellerede doms præmis 134.

57 — Den appellerede doms præmis 138 og 153.

skønsmargin⁵⁸. Jeg kan derfor give Kommissionen medhold i dette klagepunkt. Da denne urigtige retsanvendelse fra Rettens side var årsagen til, at den anfægtede beslutning blev annulleret, begrundes den desuden, at den appellerede dom ophæves.

b) Kommissionens øvrige kritikpunkter vedrørende Rettens fremgangsmåde

91. I det følgende vil jeg behandle Kommissionens øvrige kritikpunkter i forbindelse med det første anbringendes andet led.

i) Den påståede »urigtige gengivelse af omfanget af den foreløbige undersøgelse«

92. Kommissionen har gjort gældende, at Retten har »gengivet omfanget af den foreløbige undersøgelse urigtigt«. Den har ikke taget den omstændighed i betragtning, at der helt uafhængigt af den planlagte aftale også fortsat fandt såkaldte ad hoc-salg sted mellem De Beers og Alrosa efter princippet »willing buyer — willing seller«. Retten har kun

anset sådanne ad hoc-salg for at være tidligere praksis mellem de to virksomheder, men ikke taget hensyn til de nuværende virkninger heraf.

93. Dette klagepunkt kan antages til realitetsbehandling, da der hermed hævdes at foreligge en urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder eller beviser⁵⁹.

94. Med hensyn til realiteten er påstanden om, at de faktiske omstændigheder og beviserne er gengivet urigtigt, imidlertid ubegrundet. Der foreligger nemlig kun en sådan urigtig gengivelse, hvis det uden fremlæggelse af nye beviser fremgår åbenbart, at gengivelsen af de foreliggende beviser er urigtig⁶⁰. Det er ikke tilfældet i denne sag.

95. Retten har ganske vist i den appellerede dom i forbindelse med ad hoc-salg flere steder omtalt de »historiske forbindelser« mellem De Beers og Alrosa og henvist til de to

58 — I denne retning Impala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 145, hvorefter det ikke tilkommer Retten at lade sit eget økonomiske skøn træde i stedet for Kommissionens vurdering, når Kommissionen er tillagt en skønsmargin.

59 — Dom af 15.6.2000, sag C-237/98 P, Dorsch Consult mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4549, præmis 36, af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 439, præmis 35, og af 16.7.2009, sag C-440/07 P, Kommissionen mod Schneider Electric, Sml. I, s. 6413, præmis 104.

60 — Dommen i sagen PKK og KNK mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 37, dom af 18.7.2007, sag C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mod Kommissionen, Sml. I, s. 6557, præmis 60, af 22.11.2007, sag C-260/05 P, Sniace mod Kommissionen, Sml. I, s. 10005, præmis 37, og af 8.5.2008, sag C-304/06 P, Eurohypo mod KHIM, Sml. I, s. 3297, præmis 34, samt kendelse af 3.6.2009, sag C-394/08 P, Zipcar mod KHIM, præmis 40.

virksomheders »tidligere praksis«⁶¹. Der er imidlertid intet i dommen, der klart tyder på, at Retten *udelukkende* har anset ad hoc-salg som et tidligere fænomen og ikke også som en fortsat praksis fra de to virksomheders side.

96. Jeg kan derfor ikke give Kommissionen medhold i dette klagepunkt.

ii) Ensidig hensyntagen til Alrosas argumentation og interesser

97. Kommissionen har endvidere hævdet, at resultaterne af markedstesten ikke er taget i betragtning i den appellerede dom. Retten har ensidigt taget hensyn til Alrosas interesser og bemærkninger samt lagt for stor vægt på dem, hvorimod den ikke har taget konkurrenceinteresserne i betragtning. Retten har overhovedet ikke behandlet mange af Kommissionens argumenter i dommen og har i det væsentlige kun fastslået, at proportionalitetsundersøgelsen har en objektiv karakter⁶².

61 — Den appellerede doms præmis 115 og 150.

62 — I den appellerede doms præmis 99 har Retten anført: »Kontrollen af proportionaliteten ved en foranstaltning er [...] en objektiv kontrol [...]«

98. Som Kommissionen har præciseret i sit svarskrift, skal dette argument forstås som et klagepunkt vedrørende mangelfuld begrundelse. Efter dens opfattelse er den appellerede dom selvmodsigende og utilstrækkeligt begrundet.

99. Spørgsmålet, om begrundelsen for en dom afsagt af Retten er selvmodsigende eller utilstrækkelig, er et retsspørgsmål, der som sådan kan rejses under en appelsag⁶³.

100. Vedrørende sagens realitet kan Rettens forpligtelse til at begrunde sine afgørelser ikke fortolkes således, at den har en forpligtelse til at tage nærmere stilling til hvert eneste anbringende, som påberåbes af en part⁶⁴. Tværtimod anses det for at være tilstrækkeligt, hvis begrundelsen for en dom klart og utvetydigt angiver de betragtninger, som Retten har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den

63 — Dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 53, dommen i sagen Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 77, og dom af 16.7.2009, sag C-385/07 P, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6155, præmis 71.

64 — Dom af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 121, dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 372, dom af 2.4.2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2369, præmis 30, og dommen i sagen Kommissionen mod Schneider Electric, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 135.

trufne beslutning, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret⁶⁵.

iii) Retlig fejlagtig kvalificering af offentliggørelsen i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003

101. Disse krav har Retten opfyldt i den foreliggende sag. Det er let for læseren at forstå, af hvilke grunde Retten har taget Alosas påstand til følge. Kommissionen har heller ikke haft vanskeligheder ved at forstå disse domspræmisser og anfægte dommen i en omfattende appel.

102. I realiteten forekommer Kommissionens kritik efter min opfattelse i mindre grad rettet mod spørgsmålet, om begrundelsen er tilstrækkelig, og dermed mod den formelle lovlighed af den appellerede dom, men snarere mod dens indholdsmæssige rigtighed. Den omstændighed, at Retten vedrørende sagens realitet er kommet til et andet resultat end appellant, kan imidlertid ikke i sig selv behæfte den appellerede dom med en mangelfuld begrundelse⁶⁶.

103. Klagepunktet vedrørende mangelfuld begrundelse er derfor ubegrundet.

104. Kommissionen har endvidere anført, at Retten har misforstået dens meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende* i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003⁶⁷. Dens kritik er rettet mod den appellerede doms præmis 136 og 192. Her har Retten udelukkende på grundlag af, at den pågældende meddelelse blev offentliggjort, konkluderet, at selv Kommissionen var af den opfattelse, at De Beers' og Alosas fælles tilsagn »umiddelbart« imødekom de konkurrencemæssige betænkeligheder. Dette anser Kommissionen for at være enten en urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder eller en retlig fejlagtig kvalificering af dens meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende*.

105. Både en eventuel urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder og den retlige kvalificering af faktiske omstændigheder kan efterprøves under en appelsag⁶⁸. Kommissionens foreliggende klagepunkt kan dermed realitetsbehandles.

65 — Dom af 14.5.1998, sag C-259/96 P, Rådet mod de Nil og Impens, Sml. I, s. 2915, præmis 32 og 33, dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 372, dommen i sagen France Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 29, og dommen i sagen Kommissionen mod Schneider Electric, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 135.

66 — Dom af 7.6.2007, sag C-362/05 P, Wunnenburger mod Kommissionen, Sml. I, s. 4333, præmis 80.

67 — Vedrørende den meddelelse jf. punkt 26 i dette forslag til afgørelse.

68 — Vedrørende urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder jf. den ovenfor i fodnote 59 nævnte retspraksis; vedrørende retlig kvalificering af faktiske omstændigheder jf. kendelse af 17.9.1996, sag C-19/95 P, San Marco mod Kommissionen, Sml. I, s. 4435, præmis 39, samt dommen i sagen Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 39, og dommen i sagen Kommissionen mod Schneider Electric, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 191.

106. Med hensyn til realiteten er Kommissionens klagepunkt ligeledes korrekt.

være en farce, hvis den ikke kunne resultere i en ændring af Kommissionens oprindelige opfattelse.

107. Retten har i den appellerede doms præmis 136, 192 og 194 søgt at fastholde Kommissionen i dens oprindelige vurdering af De Beers' og Alrosas fælles tilsagn. Den ser denne vurdering som bevis for, at de fælles tilsagn var egnede til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer.

109. Hvis Retten ikke engang må anvende en klagepunktsmeddelelse som udgangspunkt for at undersøge lovligheden af en kommissionsbeslutning⁶⁹, må dette da i højere grad gælde for en meddelelse i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. En sådan meddelelse gengiver nemlig også kun en foreløbig vurdering fra Kommissionens side, og er desuden meget mindre detaljeret og kun baseret på en summarisk undersøgelse af sagen.

108. Retten har i den forbindelse ikke taget hensyn til, at en meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende* i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 altid kun kan være baseret på Kommissionens foreløbige vurdering. Formålet med denne meddelelse er at give tredjemand lejlighed til inden for rammerne af en markedstest at fremsætte bemærkninger til et tilbud om tilsagn. I lyset af resultaterne af denne markedstest skal Kommissionen efterprøve sin foreløbige vurdering af markedssituationen og igen vurdere, om tilsagnene er egnede til at løse de konkurrenceproblemer, den har identificeret. Markedstesten skal ikke nødvendigvis medføre, at der fremkommer nye faktiske forhold eller betæneligheder; resultaterne af markedstesten kan også føre til en ændret vurdering af allerede kendte faktiske forhold og i sidste instans konkurrencesituationen. Markedstesten ville

110. I den foreliggende sag fremgår det i øvrigt også klart af ordlyden af meddelelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*⁷⁰, at Kommissionen endnu ikke havde foretaget en endelig vurdering af De Beers' og Alrosas fælles tilsagn, som var afgivet over for den. Selv om Retten absolut har taget denne ordlyd til efterretning⁷¹, har den i den appellerede dom ikke draget de nødvendige konklusioner heraf med hensyn til den foreløbige karakter af Kommissionens vurderinger i meddelelsen.

69 — Impala-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 25, navnlig præmis 64, 65, 73 og 76; i denne henseende fulgte Domstolen ikke mit forslag til afgørelse af 13.12.2007 i den pågældende sag (jf. navnlig punkt 171-176).

70 — I punkt 16 i meddelelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* er følgende anført: »Med forbehold af resultatet af denne markedstest har Kommissionen til hensigt at vedtage en beslutning efter artikel 9, stk. 1, i forordning (EF) nr. 1/2003. [...]« (min fremhævelse).

71 — Den appellerede doms præmis 136, andet punktum, og præmis 192, første punktum.

111. Retten foretog derfor en ukorrekt retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder, da den anvendte Kommissionens meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende* som indicium for, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn var egnede.

112. Kommissionens klagepunkt vedrørende meddelelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* er derfor begrundet. Denne urigtige retsanvendelse kan imidlertid ikke i sig selv medføre, at den appellerede dom ophæves, da henvisningen til den pågældende meddelelse kun udgjorde et af flere argumenter, hvorpå Retten baserede sine bemærkninger vedrørende eksistensen og egnetheden af alternative løsninger⁷².

iv) De påståede tilsidesættelser af artikel 82 EF

113. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at Retten i to tilfælde har tilsidesat artikel 82 EF i forbindelse med sin proportionalitetsundersøgelse.

114. Disse klagepunkter vedrører Rettens bemærkninger med hensyn til mulige

alternativer til De Beers' ensidige tilsagn, der blev gjort bindende. Kommissionens kritik retter sig navnlig mod den appellerede doms præmis 152 og 153, hvori Retten har taget stilling til Alrosas forslag om hvert år at sælge en del af sine rådiamanter ved auktion til højstbydende. For det første har Retten overhovedet ikke taget hensyn til, at De Beers ikke kun er den største køber på markedet for rådiamanter, men også den største producent på samme marked. For det andet har Retten ikke taget i betragtning, at heller ikke salg ved auktion til højstbydende kan forhindre misbrug af en virksomheds dominerende stilling i forbindelse med afgivelse af bud.

115. I modsætning til Alrosa mener jeg ikke, at disse klagepunkter må afvises. Der er på ingen måde kun tale om et påskud for at rejse tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne. Med dette anbringende rejses der derimod det retsspørgsmål, om Retten har anvendt de korrekte kriterier ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 82 EF⁷³, og om den har undladt at tage hensyn til relevante retlige momenter.

72 — Der er tale om den appellerede doms præmis 132-154.

73 — Jf. i den henseende punkt 45 i dette forslag til afgørelse, med den ovenfor i fodnote 25 nævnte retspraksis.

— Manglende hensyntagen til De Beers' stilling som producent

116. Det første klagepunkt, der er støttet på artikel 82 EF, er specielt rettet mod den appellerede doms præmis 153, hvori Retten har betegnet De Beers som »den største køber på markedet« uden imidlertid at tage stilling til den omstændighed, at De Beers også er den største producent på samme marked.

117. Kommissionen har korrekt kritiseret denne tilgang.

118. Retten havde ganske vist absolut kendskab til, at både De Beers og Alrosa er producenter af rådiamanter⁷⁴. Alligevel har den fuldstændig set bort fra denne omstændighed ved undersøgelsen af eventuelle alternativer til De Beers' ensidige tilsagn, der blev gjort bindende. I de relevante dele af domspræmisserne betegnes De Beers udelukkende som den største køber på markedet, som Alrosa efter Rettens opfattelse fortsat bør have adgang til⁷⁵.

119. I den henseende har Retten ikke taget i betragtning, at det gør en betydelig forskel i forbindelse med den konkurrencemæssige vurdering af et langvarigt leveringsforhold mellem to virksomheder, om der er tale om et aktuelt eller potentielt konkurrenceforhold mellem disse to virksomheder.

120. Såfremt begge virksomheder nemlig er aktive på det samme marked som producenter, er det principielt ikke i overensstemmelse med en normal konkurrenceadfærd, at den ene af dem regelmæssigt opkøber den andens produktion — eller i hvert fald en betydelig del deraf — navnlig når køberen har en dominerende stilling. Dette har Alrosa også erkendt som svar på et spørgsmål under den mundtlige forhandling for Domstolen.

121. En dominerende virksomhed har absolut også ret til at beskytte sine egne handelsinteresser. Artikel 82 EF er imidlertid til hinder for en adfærd fra en dominerende virksomheds side, som har til formål at styrke og misbruge denne dominerende stilling⁷⁶.

122. Netop et sådant misbrug kan befrygtes, når en virksomhed med en dominerende stilling opkøber produktionen hos en anden producent, som er aktiv på samme marked. Denne anden producent behøver nemlig i så

74 — Jf. i den henseende konstateringerne vedrørende de faktiske omstændigheder i præmis 8 og 9 samt citatet fra den anfægtede beslutning i den appellerede doms præmis 116, hvor der tales om »[De Beers'] forretningsforbindelser med sin vigtigste konkurrent, Alrosa«.

75 — Den appellerede doms præmis 138 og 153.

76 — Dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 189, af 16.9.2008, forenede sager C-468/06 — C-478/06, Sot. Lélou kai Sia m.fl., Sml. I, s. 7139, præmis 50, og af 11.12.2008, sag C-52/07, Kanal 5 og TV 4, Sml. I, s. 9275, præmis 26.

fald ikke at udvikle sin egen distributionsordning og konkurrere med den dominerende virksomhed. Det kan få negative konsekvenser for markedsstrukturen og i sidste instans også for forbrugeren, især da konkurrencen på det pågældende marked allerede er svækket på grund af den dominerende virksomheds tilstedeværelse. Der er risiko for, at den dominerende virksomhed som følge af opkøbet af den anden producents produktion påvirker afsætningen og dermed i sidste instans også priserne på det pågældende marked til skade for forbrugerne. En sådan adfærd har intet at gøre med beskyttelse af den dominerende virksomheds legitime interesser, hvilket i princippet er tilladt.

124. Ved ikke at tage denne vigtige omstændighed i betragtning har Retten foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med sin proportionalitetsundersøgelse. Denne urigtige retsanvendelse begrundes, at den appellerede dom ophæves, da den danner grundlag for Rettens antagelse af, at der i den foreliggende sag forelå egnede alternative løsninger, som havde været mindre indgribende for de berørte virksomheder.

— Manglende hensyntagen til muligheden for et misbrug fra bydendes side i forbindelse med auktioner

123. I den foreliggende sag har Retten ikke anført særlige omstændigheder, der undtagelsesvis kunne udelukke et misbrug. Tværtimod har Retten fuldstændig undladt at tage stilling til De Beers dobbeltrolle som verdens største producent og største køber på markedet for rådiamanter, selv om Kommissionen havde påpeget dette⁷⁷. Det havde imidlertid været nødvendigt at tage hensyn til denne dobbeltrolle for at kunne foretage en relevant bedømmelse af, om det årlige salg ved auktion af en del af Alrosas diamanter til højstbydende kan være egnet til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer med hensyn til artikel 82 EF.

125. Det andet klagepunkt, der er støttet på artikel 82 EF, er rettet mod den appellerede doms præmis 152 og 153, hvori Retten har anført, at Alrosas ad hoc-salg ved auktion til højstbydende ikke i sig selv kunne være i strid med konkurrencereglerne, selv hvis det havde medført, at De Beers kan opretholde eller styrke sin rolle som market-maker.

⁷⁷ — Jf. f.eks. punkt 58, 63 og 68 i Kommissionens svarskrift i første instans og den appellerede doms præmis 74.

126. Kommissionen har helt rigtigt anfægtet Rettens bemærkninger i denne henseende.

127. Retten har nemlig blot konstateret, at der ikke er nogen grund til at frygte, at Alrosa skulle have behandlet De Beers fordelagtigt i forbindelse med auktioner, da der ikke er noget bevis for, at Alrosa havde anvendt subjektive tildelingskriterier (»andre kriterier end købstilbuddets kvalitet«)⁷⁸.

128. Retten har dermed ikke taget i betragtning, at auktioner ikke kun kan føre til misbrug fra sælgerens side, men også fra købernes side. Såfremt en virksomhed, der selv producerer og markedsfører konkurrerende produkter til de produkter, som skal sælges ved auktion, deltager i auktionen og desuden har en dominerende stilling på det relevante marked, kan det nemlig resultere i underbudspriser. Der kan opstå en situation, hvor den dominerende virksomhed kunstigt driver buddene i vejret for ved fortrængning af andre interessenter at sikre sig kontrollen over sin — aktuelle eller potentielle — konkurrents produktion; dette kan føre til en begrænsning af udbuddet på markedet og i sidste instans til et kunstigt højt prisniveau til skade for forbrugerne. En sådan adfærd udgør et misbrug som omhandlet i artikel 82 EF og har intet at gøre med beskyttelse af den dominerende virksomheds legitime interesser på markedet⁷⁹.

129. Det afhænger selvfølgelig af en samlet vurdering af omstændighederne i det enkelte tilfælde, om de bydende faktisk har grund til at frygte et sådant misbrug fra en dominerende virksomheds side. Den appellerede dom indeholder imidlertid intet, der tyder på,

at Retten på nogen måde har behandlet dette spørgsmål, selv om Kommissionens bemærkninger gav anledning hertil. Kommissionen havde således flere gange fremhævet De Beers' rolle som »market-maker« og peget på De Beers' hidtidige bestræbelser på at kontrollere produktionen på markedet for diamanter⁸⁰.

130. Retten har i den foreliggende sag anset det for tilstrækkeligt, at der ved gennemførelsen af de af Alrosa foreslåede auktioner ikke var nogen risiko for misbrug *på sælgerside* i forbindelse med accepten af bud. På dette grundlag alene kan det imidlertid ikke udelukkes, at en dominerende virksomheds tilbudsadfærd udgør et misbrug *på køberside*.

131. Ved ikke at tage dette vigtige aspekt i betragtning har Retten foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med sin proportionalitetsundersøgelse. Den urigtige retsanvendelse begrundes, at den appellerede dom ophæves, da den danner grundlag for Rettens antagelse af, at der i den foreliggende sag forelå alternative løsninger, som havde været mindre indgribende for de berørte virksomheder.

78 — Den appellerede doms præmis 153.

79 — Jf. i den henseende atter punkt 121 i dette forslag til afgørelse og den ovenfor i fodnote 76 nævnte retspraksis.

80 — Betragtning 25, 26, 28 og 30 til den anfægtede beslutning samt punkt 64 og 65 i Kommissionens svarskrift i første instans; jf. tillige den appellerede doms præmis 83.

B — *Andet anbringende: retten til at blive hørt under den administrative procedure*

eller irrelevant (»inopérant«)⁸¹. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag.

132. Med det andet anbringende har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse i forbindelse med retskravet på at blive hørt under den administrative procedure. Den har desuden anført, at Retten traf afgørelse *ultra petita*, og igen gjort mangelfuld begrundelse i den appellerede dom gældende.

1. Indledende spørgsmål: Er det andet anbringende uden betydning?

133. Alrosa anser Kommissionens andet anbringende for at være uden betydning, da det tager sigte på bemærkninger i den appellerede dom, som Retten kun fremsatte for fuldstændighedens skyld.

134. Det er korrekt, at et klagepunkt fremført af appellant, som er rettet mod en begrundelse, der alene var medtaget i førsteinstansens doms for fuldstændighedens skyld, ikke kan medføre dommens ophævelse og derfor må forkastes som værende uden betydning

135. Retten har ganske vist meget misvisende betegnet sine bemærkninger vedrørende tilsidesættelsen af retten til at blive hørt som værende fremført »for fuldstændighedens skyld«⁸². Det betyder imidlertid ikke, at der kun er tale om *obiter dicta*. Disse bemærkninger udgør tværtimod en anden, uafhængig støtte i dommen, som annullationen af den anfægtede beslutning hviler på. Det fremgår navnlig klart af den appellerede doms præmis 204, hvori Alrosas anbringende vedrørende tilsidesættelsen af retten til at blive hørt udtrykkeligt tages til følge. Bemærkningerne vedrørende retten til at blive hørt er derfor principale begrundelser, som den appellerede doms konklusion hviler på.

136. Alrosas indsigelse, hvorefter det andet anbringende er uden betydning, må derfor forkastes.

⁸¹ — Dom af 18.3.1993, sag C-35/92 P, Parlamentet mod Frederiksen, Sml. I, s. 991, præmis 31, af 8.5.2003, sag C-122/01 P, T. Port mod Kommissionen, Sml. I, s. 4261, præmis 17, af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 148, og af 13.9.2007, sag C-443/05 P, Common Market Fertilizers mod Kommissionen, Sml. I, s. 7209, præmis 137.

⁸² — Jf. den appellerede doms præmis 158 og 204. På processproget hedder det, at disse bemærkninger blev fremsat »for the sake of completeness«.

2. Undersøgelse af det andet anbringende

som Retten har lagt til grund, som helhed fremgår så klart og utvetydigt heraf, at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne beslutning, og at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret⁸⁴.

a) Mangelfuld begrundelse (det andet anbringendes første led)

137. Indledningsvis har Kommissionen gjort gældende, at den appellerede dom mangler begrundelse med hensyn til de konstaterede fejl i forbindelse med retskravet på at blive hørt. Retten har erstattet en begrundelse med en ren formodning. I den appellerede doms præmis 201 og 203 har den undladt at forklare, hvorfor det ikke skulle have været muligt for Alrosa at give et »nyttigt« svar på de fremlagte dokumenter⁸³ og udnytte sin ret til at blive hørt »fuldstændigt«. Desuden blev der ikke påvist nogen årsagssammenhæng mellem den konstaterede uregelmæssighed og udfaldet af sagen, dvs. beslutningen om tilsagn.

138. Disse argumenter overbeviser mig ikke.

139. Begrundelsen for en dom afsagt af førstestinstansen kan på visse punkter også fremgå indirekte, forudsat at de betragtninger,

140. I den foreliggende sag fremgår det tilstrækkeligt klart af den appellerede dom, at Retten fandt, at Alrosas krav på at blive hørt var blevet tilsidesat på grund af forsinket fremsendelse af dokumenter. Ifølge Rettens konstateringer fremsendte Kommissionen til Alrosa en ikke fortløbig kopi af bemærkningerne fra tredjemand »før [...] den 26. januar 2006, dvs. *mere end seks uger* efter [Alrosas] formelle anmodning herom og *mere end tre måneder* efter mødet den 27. oktober«; Retten påtaler også, at disse dokumenter blev oversendt til Alrosa »*på samme tidspunkt* som et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers«⁸⁵. Heraf har Retten sluttet, at Alrosa ikke fik mulighed for at udnytte sit krav på at blive hørt »fuldstændigt«⁸⁶.

141. Kommissionen kan være af en anden opfattelse end Retten. Den kan være af den opfattelse, at de nævnte dokumenter ikke blev fremsendt forsinket og under alle omstændigheder tids nok til, at det var muligt for Alrosa at fremsætte bemærkninger. I modsætning til Retten kan Kommissionen også være af den opfattelse, at Alrosas krav på at blive hørt ikke blev tilsidesat, eller at en

83 — De fremlagte dokumenter er bemærkningerne fra tredjemand i forbindelse med markedstesten og et uddrag af De Beers' ensidige tilsagn (jf. punkt 29 i dette forslag til afgørelse).

84 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 372, dommen i sagen Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 42, og dommen i sagen Kommissionen mod Schneider Electric, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 135.

85 — Den appellerede doms præmis 201 (min fremhævelse).

86 — Den appellerede doms præmis 203.

eventuel tilsidesættelse ikke har påvirket indholdet af den anfægtede beslutning. Derved har den imidlertid reelt ikke gjort gældende, at den appellerede dom er formelt ulovlig på grund af en mangelfuld begrundelse, men derimod rejst tvivl om gyldigheden af Rettens begrundelse og dermed om dommens materielle (indholdsmæssige) lovlighed.

142. Den omstændighed, at Retten vedrørende sagens realitet er kommet til et andet resultat end appellant, kan imidlertid ikke i sig selv behæfte den appellerede dom med en mangelfuld begrundelse⁸⁷.

143. Klagepunktet vedrørende mangelfuld begrundelse må hermed forkastes.

gældende, at Kommissionen ikke havde angivet grundene til sin ændrede opfattelse efter markedstesten og ikke givet Alrosa mulighed for at fremsætte bemærkninger til dens ændrede vurdering af sagen. De spørgsmål, som Retten anså for at være afgørende i forbindelse med kravet på at blive hørt, var ikke blevet rejst af Alrosa. Den appellerede dom var ikke baseret på Alrosas klagepunkt ved Retten, men forkastede endog udtrykkeligt dette⁸⁸.

145. Kommissionen er af den opfattelse, at Retten dermed traf afgørelse *ultra petita* og desuden tilsidesatte princippet om en retfærdig rettergang.

i) Princippet *ne ultra petita*

b) Princippet *ne ultra petita* og retten til en retfærdig rettergang (det andet anbringendes andet led)

144. Kommissionen har endvidere kritiseret, at en tilsidesættelse af retten til at blive hørt blev fastslået i den appellerede dom af helt andre grunde end dem, som Alrosa havde anført i sit annulationssøgsmål i første instans. Alrosa har i første instans blot gjort

146. Det er indledningsvis ubestridt, at Fællesskabets retsinstanser i annulationssøgsmål ikke kan træffe afgørelse *ultra petita*⁸⁹. Dette princip er udtryk for dispositionsmaksimen, hvorefter parterne bestemmer

⁸⁷ — Dommen i sagen Wunenburger mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 66, præmis 80.

⁸⁸ — Kommissionen har henvist til den appellerede doms præmis 130.

⁸⁹ — Dom af 14.9.1999, sag C-310/97 P, Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl., Sml. I, s. 5363, præmis 52, af 15.2.2001, sag C-239/99, Nachi Europe, Sml. I, s. 1197, præmis 24, og af 19.1.2006, sag C-240/03 P, Comunità montana della Valnerina mod Kommissionen, Sml. I, s. 731, præmis 43; jf. tillige dom af 14.12.1962, forenede sager 46/59 og 47/59, Meroni mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 337, org.ref.: Rec. s. 783.

sagsgenstanden, og retsinstanserne ikke må gå videre end denne sagsgenstand.

147. Kommissionen synes nu at forstå princippet *ne ultra petita* således, at Fællesskabets retsinstanser kun må fastslå en tilsidesættelse af retten til at blive hørt, hvis de anbringender, som er fremført af sagsøgeren i førsteinstans, er begrundede.

148. Denne opfattelse er imidlertid alt for restriktiv. I overensstemmelse med princippet *ne ultra petita* må en annullation ganske vist ikke gå ud over sagsøgerens påstande⁹⁰. En domstol kan imidlertid ikke være fuldstændig bundet af de argumenter, som parterne har fremført til støtte for deres krav, da den i modsat fald kan tænkes at blive nødsaget til at basere sin afgørelse på urigtige retlige betragtninger⁹¹. Som generaladvokat Léger ganske rigtigt har udtrykt det, er en domstols rolle ikke helt passiv, og den kan ikke pålægges kun at fungere som »parternes talerør«⁹².

149. I den foreliggende sag har Alrosa på grundlag af en af sine påstande i første instans gjort gældende, at selskabets ret til at blive hørt var blevet tilsidesat. I modsætning

til Kommissionens opfattelse har Retten derfor ikke på eget initiativ fastslået, at kravet på at blive hørt var blevet tilsidesat, men derimod efter påstand fra sagsøgeren. Den omstændighed, at Retten, da den tog stilling til det nævnte anbringende, baserede sig på andre argumenter end dem, der var fremført af Alrosa, indebærer i sig selv ikke en afvigelse fra sagsgenstanden i første instans og derfor heller ingen afgørelse *ultra petita*⁹³.

ii) Retten til en retfærdig rettergang

150. Kommissionen har endvidere kritiseret, at den fejl i forbindelse med kravet på at blive hørt, som Retten havde konstateret, ikke var genstand for drøftelse mellem parterne. Dette udgør efter dens opfattelse en tilsidesættelse af princippet om en retfærdig rettergang.

151. For at sikre en retfærdig rettergang skal Retten ikke mindst overholde parternes ret til forsvar. Princippet om overholdelse af retten til forsvar udgør et grundlæggende princip i

90 — Dommen i sagen Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 89, præmis 52, og dommen i sagen Comunità montana della Valnerina mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 89, præmis 43.

91 — Kendelse af 27.9.2004, sag C-470/02 P, UER mod M6 m.fl., præmis 69, og af 13.6.2006, sag C-172/05 P, Mancini mod Kommissionen, præmis 41.

92 — Generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 2.4.1998 i sag C-252/96 P, Parlamentet mod Gutiérrez de Quijano y Lloréns, Sml. I, s. 7421, punkt 36.

93 — I denne retning dommen i sagen Parlamentet mod Gutiérrez de Quijano y Lloréns, nævnt ovenfor i fodnote 92, præmis 34, og kendelsen i sagen UER mod M6 m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 91, præmis 74.

fællesskabsretten⁹⁴. Dette princip ville blive tilsidesat, hvis en retsafgørelse baseredes på faktiske omstændigheder og dokumenter, som parterne eller en af disse ikke har kunnet skaffe sig kendskab til, og som de således ikke har kunnet tage stilling til⁹⁵. Med andre ord sikrer overholdelsen af retten til forsvar derfor, at parterne ikke stilles over for »overraskende afgørelser« fra Rettens side⁹⁶.

152. Der er ganske vist ikke kun tale om en overraskende afgørelse, hvis Retten støtter sig på faktiske omstændigheder eller beviser, som parterne eller en af disse ikke havde kendskab til. Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder kan også være overraskende for parterne, hvis Retten i den forbindelse støtter sig på faktiske omstændigheder, som parterne ganske vist havde kendskab til, men som aldrig som sådanne var genstand for drøftelse under retssagen⁹⁷.

153. Sådan forholdt det sig i den foreliggende sag med hensyn til fremsendelsen af visse dokumenter til Alrosa. Det er ubestridt, på hvilke tidspunkter disse dokumenter blev fremsendt. Det fremgår imidlertid af sagens akter, at den forsinkede fremsendelse af dokumenterne⁹⁸, som Retten har kritiseret i den foreliggende sag, ikke blevet nævnt af nogen af parterne under den skriftlige forhandling i første instans. Ifølge Kommissionens bemærkninger, som ikke er blevet bestridt af Alrosa, blev denne problemstilling heller ikke drøftet under den mundtlige forhandling. Retten stillede heller ingen skriftlige spørgsmål i den forbindelse, ligesom den ikke fandt det nødvendigt at genåbne den mundtlige forhandling for at drøfte problemstillingen⁹⁹.

154. I sin egenskab af sagsøgt var Kommissionen i øvrigt ikke foranlediget til for fuldstændighedens skyld selv at fremsætte bemærkninger til problemstillingen. Dette gælder så meget desto mere, som den hasteprocedure, der blev gennemført i første instans, er forbundet med særlige begrænsninger for parterne, både med hensyn til omfanget af deres indlæg og de procesfrister, der skal overholdes¹⁰⁰.

155. Under disse omstændigheder var det en overraskende afgørelse, at den fejl i forbindelse med retten til at blive hørt, som Retten havde konstateret, specielt blev begrundet

94 — Dom af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 27, af 24.10.1996, sag C-32/95 P, Kommissionen mod Lisrestal m.fl., Sml. I, s. 5373, præmis 21, af 8.3.2007, sag C-44/06, Gerlach, Sml. I, s. 2071, præmis 38, og af 13.9.2007, forenede sager C-439/05 P og C-454/05 P, Land Oberösterreich og Österreich mod Kommissionen, Sml. I, s. 7141, præmis 36; specielt vedrørende retten til kontradiktion under retssagen jf. dom af 2.10.2003, sag C-199/99 P, Corus UK mod Kommissionen, Sml. I, s. 11177, præmis 19.

95 — Dom af 22.3.1961, forenede sager 42/59 og 49/59, SNUPAT mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 247, org.ref.: Rec. s. 99, og af 10.1.2002, sag C-480/99 P, Plant m.fl. mod Kommissionen og South Wales Small Mines, Sml. I, s. 265, præmis 24, samt dommen i sagen Corus UK mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 94, præmis 19.

96 — Jf. i denne retning tillige mit forslag til afgørelse af 27.9.2006 i sagen PKK og KNK mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 59, punkt 67.

97 — Det fremgår af kendelsen i sagen UER mod M6 m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 91, præmis 74, at førstinstansens dom ikke må baseres på en »nouvelle thèse inspirée par le Tribunal«.

98 — Jf. i den henseende atter den appellerede doms præmis 201 og punkt 140 i dette forslag til afgørelse.

99 — Artikel 62 i Rettens procesreglement.

100 — Jf. i den henseende artikel 76a i Rettens procesreglement samt dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 205.

med Kommissionens forsinkede fremsendelse af dokumenter. Det udgør en tilsidesættelse af retten til forsvar og dermed en procedurefejl, at Retten ikke gav Kommissionen mulighed for at fremsætte bemærkninger til dette aspekt, inden dommen blev afsagt.

156. Kommissionens klagepunkt i den henseende er derfor begrundet. Da det ikke kan udelukkes, at Kommissionen i tilfælde af, at forsinkelsesproblematikken var blevet drøftet under sagen i første instans, havde fremført argumenter, som havde fået Retten til at drage en anden konklusion, begrundes dens procedurefejl, at den appellerede dom ophæves.

c) Virkningerne på Kommissionens beslutning af en eventuel fejl i forbindelse med retten til at blive hørt (det andet anbringendes fjerde led)

157. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsændelse ved ikke at godtgøre, hvilke virkninger en eventuel tilsidesættelse af Alrosas ret til at blive hørt havde på den anfægtede beslutning.

158. Det er fast retspraksis, at en procedurefejl kun begrunder annullation af en kommissionsbeslutning, hvis der er mulighed for, at den administrative procedure havde fået et andet udfald, hvis denne procedurefejl ikke var begået¹⁰¹. Med andre ord må det ikke være udelukket, at procedurefejlen påvirke indholdet af Kommissionens beslutning, dvs. at beslutningen kunne have fået et andet indhold¹⁰².

159. Retten har i den foreliggende sag fastslået en fejl i forbindelse med kravet på at blive hørt, men samtidig anført, at det »ikke er godtgjort klart, i hvilket omfang denne uregelmæssighed har kunnet påvirke Kommissionens beslutning«¹⁰³.

160. Denne noget uklare formulering kan — i det mindste ved en umiddelbar betragtning — i realiteten give anledning til mistanke om, at Retten ophævede den anfægtede beslutning på grund af en procedurefejl uden først i tilstrækkelig grad at vurdere, om denne procedurefejl overhovedet kunne påvirke beslutningens indhold.

101 — Dom af 10.7.1980, sag 30/78, Distillers Company mod Kommissionen, Sml. s. 2229, præmis 26, og af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankreich mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 31; i samme retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 73, og af 29.6.2006, sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, præmis 97 og 98.

102 — Dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 47, og af 23.4.1986, sag 150/84, Bernardi mod Parlamentet, Sml. s. 1375, præmis 28.

103 — Den appellerede doms præmis 203.

161. Ved en nærmere betragtning giver denne formulering imidlertid udtryk for Rettens opfattelse af, at den fejl i forbindelse med kravet på at blive hørt, som den havde fastslået, kunne påvirke resultatet af den administrative procedure. Kun det konkrete *omfang* af disse virkninger kunne efter Rettens opfattelse ikke fastslås entydigt.

med retten til at blive hørt har påvirket indholdet af beslutningen, begrundet derfor, at den annulleres.

165. Det andet anbringendes fjerde led er derfor ubegrundet.

162. Trods den uklare formulering, som den har valgt, opfylder Retten dermed de retlige krav til annullationen af en beslutning på grund af procedurefejl. En sådan annullation er nemlig ikke afhængig af det præcise omfang, hvori beslutningens indhold blev påvirket af procedurefejlen.

d) Rækkevidden af Alrosas ret til at blive hørt (det andet anbringendes tredje led)

166. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at Retten i den foreliggende sag ikke har taget hensyn til rækkevidden af Alrosas krav på at blive hørt.

163. Såfremt den procedurefejl, som Retten har konstateret, består i en tilsidesættelse af kravet på at blive hørt, vil det under alle omstændigheder være vanskeligt at fastslå, i hvilket omfang dette har påvirket indholdet af Kommissionens beslutning. Det kan aldrig fuldstændig udelukkes, at der var truffet en enslydende beslutning, selv hvis parterne var blevet forskriftsmæssigt hørt.

i) Indledende bemærkning

167. I henhold til artikel 41, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder¹⁰⁴ har enhver ret til at blive hørt, inden der træffes en individuel foranstaltning

164. Ved at høre parterne er det hensigten, at de skal gives lejlighed til at fremsætte bemærkninger og dermed påvirke indholdet af Kommissionens beslutningsproces. Den blotte mulighed for, at en fejl i forbindelse

104 — Charteret om grundlæggende rettigheder blev først højtideligt proklameret i Nice den 7.12.2000 (EFT C 364, s. 1) og efterfølgende på ny i Strasbourg den 12.12.2007 (EUT C 303, s. 1).

over for ham/hende, som måtte berøre ham/hende negativt. Denne grundlæggende ret-tighed skal overholdes ved fortolkningen og anvendelsen af forordning nr. 1/2003¹⁰⁵.

ii) Kommissionens klagepunkt

168. Retten til at blive hørt er samtidig en del af retten til forsvar, hvis overholdelse under enhver procedure, som iværksættes over for en person, og som kan munde ud i en rets-akt, der er bebyrdende for den pågældende, udgør et grundlæggende fællesskabsretligt princip¹⁰⁶.

169. Med hensyn til kartelsager konkretise-res retten til at blive hørt bl.a. i artikel 27 i forordning nr. 1/2003 samt i artikel 10 og 15 i gennemførelsesforordning nr. 773/2004.

170. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at Retten urigtigt har ligestil-let Alrosa med en »deltagende virksomhed«.

171. Retten har faktisk anført, at kun De Be-ers kunne være en »deltagende virksomhed« under proceduren i henhold til artikel 82 EF, men at Alrosa ikke blot er en »tredjemand«¹⁰⁷. Til støtte herfor har Retten henvist til den måde, hvorpå Kommissionen har iværksat de to procedurer vedrørende aftalen mellem Al-rosa og De Beers¹⁰⁸. Den har desuden anført eksempler og understreget, at de to parallelle procedurer i henhold til artikel 81 EF og 82 EF »hele tiden de facto er blevet behandlet som én samlet procedure af såvel Kommis-sionen som af sagsøgeren og De Beers«¹⁰⁹. På denne baggrund har Retten konkluderet, at Alrosa »under hele proceduren [burde] være indrømmet de rettigheder, der tildeles en »pågældende virksomhed« i henhold til for-ordning nr. 1/2003«, selv om Alrosa i snæver forstand ikke var en sådan virksomhed i en procedure vedrørende artikel 82 EF¹¹⁰.

172. Denne argumentation finder jeg ikke o-verbevisende.

105 — Betragtning 37 til forordning nr. 1/2003. Selv om char-teret om grundlæggende rettigheder som sådan endnu ikke har bindende retsvirkninger på linje med primær-rettens, udgør det en retskilde, som giver oplysninger om de grundlæggende rettigheder, der sikres af Fællesskabets retsorden, navnlig når en fællesskabsretsakt udtrykkeligt henviser til det; jf. dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Par-lamentet mod Rådet (»familiesammenføring«), Sml. I, s. 5769, præmis 38, og punkt 108 i mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i den pågældende retssag.

106 — Jf. i den henseende den ovenfor i fodnote 94 nævnte rets-praksis; specielt vedrørende overholdelsen af retten til forsvar under administrative procedurer på konkurren-ceområdet jf. dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. s. 3283, præmis 32, og af 3.9.2009, sag C-534/07 P, Prym og Prym Consumer mod Kommis-sionen, Sml. I, s. 7415, præmis 26.

107 — Den appellerede doms præmis 176 og 177.

108 — Den appellerede doms præmis 178.

109 — Den appellerede doms præmis 186.

110 — Den appellerede doms præmis 187.

173. Med den almindelige lovgivningsmæssige udformning af retten til at blive hørt har fællesskabslovgiver i artikel 27 i forordning nr. 1/2003 samt i artikel 10 og 15 i gennemførelsesforordning nr. 773/2004 bevidst foretaget gradueringer mellem de forskellige personer, som i den ene eller anden form kan omfattes af en kartelsag. De rettigheder, som parterne i den administrative procedure (også kaldet »deltagende virksomheder«) har, går videre end de rettigheder, tredjemand har, der ganske vist har en interesse i udfaldet af proceduren, men ikke selv er adressat for den beslutning, som Kommissionen skal vedtage.

174. Det er ubestridt, at Kommissionen i den foreliggende sag gennemførte to parallelle administrative procedurer, hvoraf den ene var baseret på artikel 81 EF og den anden på artikel 82 EF. I førstnævnte procedure havde Alrosa som part i den anmeldte aftale ligesom De Beers status som deltagende virksomhed. I sidstnævnte procedure havde derimod kun De Beers denne status som formodet dominerende virksomhed, men ikke Alrosa.

175. Under den procedure i henhold til artikel 82 EF, der blev afsluttet med den anfægtede beslutning, havde Alrosa således kun de mindre vidtgående rettigheder, som en tredjemand har.

176. Kun hvis det skulle vise sig, at Kommissionen i den foreliggende sag vilkårligt, dvs. uden saglig grund, har omfattet ensartede faktiske omstændigheder af to særskilte procedurer, burde Alrosa — for at udtrykke det med Rettens ord — »under hele proceduren«

være indrømmet de rettigheder, der tildeles en »pågående virksomhed«¹¹¹.

177. Retten har imidlertid ikke fastslået en sådan magtfordrejning fra Kommissionens side i den foreliggende sag. Der var heller intet, der tydede på, at dette skulle være tilfældet. Tværtimod var det sagligt begrundet at gennemføre to særskilte administrative procedurer i betragtning af deres forskellige materielle retsgrundlag — artikel 81 EF (EØS-aftalens artikel 53) på den ene side og artikel 82 EF (EØS-aftalens artikel 54) på den anden side. Med hensyn til artikel 82 EF (EØS-aftalens artikel 54) kunne kun De Beers som formodet dominerende virksomhed være adressat for klagepunktsmeddelelsen og Kommissionens beslutning til afslutning af proceduren.

178. Retten har derfor foretaget urigtig retsanvendelse ved at antage, at Alrosa med hensyn til proceduren i henhold til artikel 82 EF skulle ligestilles med en deltagende virksomhed.

179. Alrosa har indvendt, at de praktiske virkninger af den anfægtede beslutning svarer til en forbudsbeslutning i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, der er rettet mod Alrosa. Det bliver umuligt for Alrosa at gøre forretninger med De Beers i fremtiden.

¹¹¹ — Den appellerede doms præmis 187.

180. Herved skal jeg bemærke, at den dispositive del af den anfægtede beslutning alene er rettet til De Beers og gør dennes frivillige afkald på køb hos Alrosa bindende. De virkninger på de fremtidige forretningsforbindelser, som Alrosa har henvist til, følger højst *indirekte* af den anfægtede beslutning. Sådanne blotte *refleksvirkninger* af beslutninger om tilsagn er imidlertid netop ikke typiske for de deltagende virksomheder (parter), men for tredjemand.

181. I modsætning til Alrosas opfattelse kan denne virksomhed heller ikke betragtes som deltagende virksomhed med hensyn til artikel 82 EF, da Kommissionen tidligere havde afvist De Beers' og Alrosas fælles tilsagn. De fælles tilsagn blev nemlig ikke afvist under proceduren i henhold til artikel 82 EF, der er relevant her, men under den parallelle procedure i henhold til artikel 81 EF. Afvisningen af de fælles tilsagn er hermed ikke omfattet af den anfægtede beslutning under proceduren i henhold til artikel 82 EF, derimod var de fælles tilsagn kun ét af de aspekter, som Kommissionen skulle tage hensyn til i forbindelse med proportionalitetsundersøgelsen med hensyn til Alrosas interesser som tredjemand.

182. Retten har derfor foretaget urigtig retsanvendelse ved at ligestille Alrosa med en deltagende virksomhed. Denne urigtige retsanvendelse fremgår også af Rettens øvrige bemærkninger i den appellerede dom og

annullationen af den anfægtede beslutning¹¹². Den danner navnlig grundlag for Rettens antagelse af, at Kommissionen burde have givet Alrosa aktindsigt¹¹³. Retten til aktindsigt tilkommer alene parterne i den administrative procedure (artikel 27, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 1/2003) og kan først udøves efter fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter (artikel 15, stk. 1, andet punktum, i forordning nr. 773/2004). Da Alrosa ikke var part i den administrative procedure i henhold til artikel 82 EF, der er relevant her, men kun part i den parallelle administrative procedure i henhold til artikel 81 EF, havde selskabet ikke ret til aktindsigt inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

183. På denne baggrund er det andet anbringendes tredje led begrundet og giver grundlag for at ophæve den appellerede dom.

112 — Den appellerede doms præmis 197-203.

113 — Den appellerede doms præmis 197.

C — Foreløbig konklusion

*A — Den anfægtede beslutnings formelle lov-
lighed (første anbringende)*

184. Selv om nogle af Kommissionens klagepunkter er ubegrundede, kan det sammenfattende konkluderes, at dens appel kan tages til følge og medfører, at den appellerede dom skal ophæves i det hele.

187. Med sit første anbringende fra første instans har Alrosa gjort gældende, at selskabets ret til at blive hørt var blevet tilsidesat.

VI — Vurdering af Alrosas søgsmål i første instans

1. Alrosas ret til at blive hørt

185. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen kan Domstolen selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

186. Sådan forholder det sig i den foreliggende sag. Alle faktiske og retlige spørgsmål, som er relevante for afgørelsen af Alrosas søgsmål, er allerede blevet behandlet i første instans ved Retten, og parterne har haft lejlighed til at udveksle argumenter i den henseende. Det er derfor ikke nødvendigt at hjemvise sagen til Retten i Første Instans, da Domstolen selv kan træffe afgørelse om Alrosas søgsmål med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

188. I svarskriftet fra første instans synes Kommissionen at sætte spørgsmålstegn ved, om Alrosa overhovedet havde ret til at blive hørt i den foreliggende sag.

189. En sådan opfattelse ville savne ethvert retsgrundlag.

190. Alrosa var som nævnt¹¹⁴ ganske vist ikke part (»deltagende virksomhed«) i den procedure i henhold til artikel 82 EF, der er relevant her. Der hersker imidlertid ikke tvivl om, at Alrosa havde en berettiget interesse i udfaldet af proceduren. Denne interesse følger af den omstændighed, at Alrosa var potentiel medkontrahent til den formodet dominerende virksomhed. Kommissionen skal høre en sådan medkontrahent efter dennes anmodning, inden der kan træffes en beslutning om tilsagn, hvorved ophøret af ethvert leveringsforhold mellem den dominerende virksomhed og dens medkontrahent gøres bindende.

192. Det er imidlertid også klart, at Alrosa som tredjemand havde mindre vidtgående rettigheder end en »deltagende virksomhed« eller en part som omhandlet i artikel 9, stk. 1, og artikel 27, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1/2003. Alrosa havde navnlig ingen ret til at få fremsendt en meddelelse af klagepunkter eller et lignende dokument og heller ikke til aktindsigt (jf. artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 samt artikel 10, stk. 1 og 2, og artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 773/2004).

2. Genstanden for Alrosas ret til at blive hørt

191. I forbindelse med den foreliggende sag kan det imidlertid stå åbent, om Alrosa skulle høres som tredjemand som omhandlet i artikel 27, stk. 3, andet punktum, i forordning nr. 1/2003¹¹⁵. Det fremgår nemlig af retspraksis, at den grundlæggende ret til at blive hørt skal overholdes, selv om der ikke er fastsat nogen bestemmelser vedrørende den pågældende procedure¹¹⁶. Da beslutningen om tilsagn udgjorde en individuel foranstaltning, der ville berøre Alrosa negativt, skulle Alrosa efter anmodning under alle omstændigheder høres. Derfor taler ligeledes lovgiverens vurdering, som kommer til udtryk i artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

193. Parterne er frem for alt uenige om genstanden for Alrosas ret til at blive hørt.

194. Alrosa har krævet at få oplysninger om grundene til afvisningen af de tilsagn, som selskabet afgav sammen med De Beers, og vil gerne fremsætte bemærkninger i denne henseende.

¹¹⁴ — Jf. punkt 174 og 175 i dette forslag til afgørelse.

¹¹⁵ — Placeringen af artikel 27, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 efter stk. 1 tyder på, at det kun skal finde anvendelse med hensyn til vedtagelsen af beslutninger i henhold til artikel 7, 8 og 23 samt artikel 24, stk. 2, i den pågældende forordning.

¹¹⁶ — Jf. i den henseende de ovenfor i fodnote 106 nævnte domme.

195. De Beers' og Alrosas fælles tilsagn er imidlertid ikke afgivet under proceduren i henhold til artikel 82 EF, men under den parallelle procedure i henhold til artikel 81 EF.

De er derfor ikke omfattet af den anfægtede beslutning; de blev heller ikke afvist heri, men kun behandlet af Kommissionen med henblik på den konkurrencemæssige vurdering af sagen. Det er imidlertid alene De Beers' ensidige tilsagn, som Kommissionen har gjort bindende, der er omfattet af den anfægtede beslutning.

199. I den foreliggende sag skulle Kommissionen derfor informere Alrosa om hovedindholdet af De Beers' ensidige tilsagn, dvs. en gradvis nedsættelse af indkøbet af rådiamanter hos Alrosa samt et fuldstændigt ophør af sådanne indkøb fra 2009, og også forklare Alrosa de vigtigste grunde til, at den påtænkte at gøre disse ensidige tilsagn bindende.

196. Alrosa skulle derfor kun høres vedrørende De Beers' ensidige tilsagn samt Kommissionens hensigt om at gøre dem bindende. Disse ensidige tilsagn medførte i sidste instans også den påståede ulempe for Alrosa, nemlig at enhver forretningsforbindelse til De Beers med hensyn til rådiamanter ville blive bragt til ophør.

197. Alt dette betyder imidlertid på ingen måde, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn ikke spillede nogen rolle med hensyn til høreringen af Alrosa inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

198. For nemlig at gøre det muligt for tredje-emand som Alrosa at fremsætte bemærkninger på hensigtsmæssig måde, skal Kommissionen informere vedkommende om indholdet af den beslutning, som den påtænker at vedtage, eller i det mindste i hovedlinjerne heri. Dette omfatter ikke kun oplysninger om hovedindholdet af de tilsagn, der skal gøres bindende, men også oplysninger om de vigtigste grunde, som har fået Kommissionen til at acceptere disse tilsagn.

200. Det er åbenbart, at Kommissionen i den forbindelse også skulle forklare, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn, som den tidligere havde modtaget, ikke var tilstrækkelige til at løse de konkurrenceproblemer, den havde identificeret. Kun på den måde kunne Alrosa nemlig få mulighed for på hensigtsmæssig måde at fremsætte bemærkninger vedrørende proportionaliteten af den påtænkte beslutning med hensyn til selskabets egne forretningsmæssige interesser. Set i dette lys har Alrosa med rette anført, at den anfægtede beslutning er nært knyttet til Kommissionens tidligere afvisning af de fælles tilsagn.

201. På den baggrund skal det i det følgende undersøges, om Kommissionen har overholdt Alrosas ret til at blive hørt.

3. Ingen tilsidesættelse af Alrosas ret til at blive hørt

202. Alrosa har gjort gældende, at Kommissionen ikke har informeret Alrosa om sin ændrede vurdering af de faktiske forhold, som i sidste instans i den anfægtede beslutning lå til grund for Kommissionens afvisning af de fælles tilsagn og accept af De Beers' ensidige tilsagn. Alrosa havde heller ikke fået lejlighed til på hensigtsmæssig måde at fremsætte bemærkninger til Kommissionens ændrede vurdering af de faktiske forhold.

203. Som det imidlertid fremgår af Rettens konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder¹¹⁷, informerede Kommissionen allerede ved et møde den 27. oktober 2005 Alrosa og De Beers om resultaterne af sin markedstest. Samtidig opfordrede Kommissionen begge virksomheder til i lyset af resultaterne af denne markedstest inden udgangen af november 2005 at afgive nye fælles tilsagn, der skulle tilsigte et fuldstændigt ophør af deres forretningsforbindelser fra 2009.

204. Alrosa var dermed blevet underrettet om, at Kommissionen ikke længere anså De Beers' og Alrosas fælles for at være tilstrækkelige til at løse de konkurrenceproblemer, den havde identificeret. Alrosa havde endvidere siden dette møde haft kendskab til, at Kommissionen var af den opfattelse, at en videreførelse af forretningsforbindelserne mellem Alrosa og De Beers, som fastsat i den anmeldte aftale og også de fælles tilsagn, ikke (længere) var acceptabel, og at Kommissionen kun var rede til at acceptere tilsagn, der tilsigtede et fuldstændigt ophør af forretningsforbindelserne mellem de to virksomheder.

205. Hvis man tager i betragtning, at Alrosa som part i den parallelle procedure i henhold til artikel 81 EF havde et indgående kendskab til markedsforsøgene og baggrunden for proceduren, kunne selv sådanne mundtlige forklaringer fra Kommissionen være tilstrækkelige for at gøre det muligt for Alrosa på hensigtsmæssig måde at fremsætte bemærkninger vedrørende på den ene side dets egne forretningsmæssige interesser og på den anden side proportionaliteten — som efter selskabets opfattelse manglede — af et fuldstændigt ophør af dets forretningsforbindelser med De Beers. Som tredjemand havde Alrosa imidlertid ikke ret til skriftlig information, navnlig ikke et dokument, der omfangsmæssigt kunne sammenlignes med en meddelelse af klagepunkter.

206. Alrosa havde derfor siden mødet den 27. oktober 2005 haft lejlighed til effektivt at gøre sit standpunkt gældende vedrørende et fuldstændigt ophør af forretningsforbindelserne med De Beers.

¹¹⁷ — Den appellerede doms præmis 21; jf. tillige punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

207. Alrosa udnyttede også denne lejlighed. Det fremgår af sagens akter, at virksomheden ved skrivelse af 6. december 2005 klarlagde sit standpunkt over for kommissæren for konkurrence¹¹⁸. Ved skrivelse af 6. februar 2006 kommenterede Alrosa endvidere De Beers' ensidige tilsagn og de andre parter bemærkninger fra markedstesten¹¹⁹.

ikke indeholder nogen som helst ret til at afgive nye tilsagn over for Kommissionen, inden en beslutning vedtages. Kun deltagende virksomheder som omhandlet i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 kan effektivt afgive tilsagn¹²⁰. Den omstændighed, at det — f.eks. af tidsmæssige grunde — var umuligt for Alrosa at »fremsætte nye fælles tilsagn sammen med De Beers«¹²¹, kan hermed ikke på forhånd medføre en fejl i forbindelse med kravet på at blive hørt. Retten har undladt at tage hensyn hertil i den appellerede doms præmis 201, og det samme gælder Alrosa, når selskabet tilslutter sig Retten i denne henseende.

208. Som tredjemand kunne Alrosa ikke gøre krav på mere end en sådan lejlighed til at fremsætte bemærkninger.

B — Den anfægtede beslutnings materielle lovlighed (andet og tredje anbringende)

209. Alrosas klagepunkt om, at selskabets ret til at blive hørt er blevet tilsidesat, må således forkastes som ubegrundet.

211. Den anfægtede beslutnings materielle lovlighed er genstand for to yderligere anbringender, hvorved Alrosa i første instans har gjort gældende, at artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003 samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat.

210. For fuldstændighedens skyld bemærkes endelig, at tredjemands ret til at blive hørt

118 — Denne skrivelse har Alrosa selv fremlagt for Retten som bilag 14 til stævningen i første instans.

119 — Den appellerede doms præmis 24; jf. tillige punkt 30 i dette forslag til afgørelse.

120 — Jf. i den henseende punkt 214-216 i dette forslag til afgørelse.

121 — Den appellerede doms præmis 201.

1. Tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 (andet anbringende)

212. Med sit andet anbringende fra første instans har Alrosa gjort gældende, at artikel 9 i forordning nr. 1/2003 ikke udgør et tilstrækkeligt retsgrundlag for den anfægtede beslutning. Herved har Alrosa baseret sig på en restriktiv fortolkning af denne bestemmelse. For det første burde Kommissionen efter Alrosas opfattelse kun have accepteret De Beers' og Alrosas fælles tilsagn. For det andet burde beslutningen om tilsagn have været tidsbegrænset.

213. Hverken det ene eller det andet argument er holdbart.

a) Retten til at afgive tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003

214. Tilsagn som omhandlet i artikel 9 i forordning nr. 1/2003 kan kun afgives af »delta-gende virksomheder«. Som allerede nævnt¹²²

er dette kun parterne i den pågældende kartelsag. Under en procedure i henhold til artikel 82 EF som den foreliggende kan derfor kun den formodet dominerende virksomhed¹²³ betragtes som deltagende virksomhed. Kun denne virksomhed kan afgive tilsagn med retsvirkning.

215. Kommissionen kunne således acceptere ensidige tilsagn fra De Beers, den formodet dominerende virksomhed, under proceduren i henhold til artikel 82 EF og gøre dem bindende i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003¹²⁴. Den var på ingen måde begrænset til at acceptere fælles tilsagn fra De Beers og Alrosa. Fælles tilsagn kunne derimod kun afgives under den parallelle procedure i henhold til artikel 81 EF.

216. Man kunne absolut have forestillet sig, at Kommissionen under den pågældende parallelle procedure i henhold til artikel 81 EF fortsatte sine bestræbelser på sammen med de to virksomheder — De Beers og Alrosa — at finde en løsning på de konkurrenceproblemer, den havde identificeret. Om denne løsning eller løsningen i form af ensidige tilsagn var at foretrække under proceduren i henhold til artikel 82 EF, er imidlertid i sidste instans ikke et retsspørgsmål, men et spørgsmål om hensigtsmæssigheden, som det ikke tilkommer Fællesskabets retsinstanser at vurdere.

123 — Også flere virksomheder kan i fællesskab være dominerende (såkaldt kollektiv dominerende stilling på markedet).

124 — I denne retning også den appellerede doms præmis 89 og 90.

122 — Jf. punkt 174 og 175 i dette forslag til afgørelse.

b) Begrænsning af gyldighedsperioden for en beslutning om tilsagn

217. Hvad angår gyldighedsperioden for sin beslutning om tilsagn er Kommissionen i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 ikke forpligtet til at begrænse den. I modsætning til Kommissionens forslag¹²⁵ til forordning nr. 1/2003 stilles der i artikel 9, stk. 1, nemlig netop ikke krav om, at beslutningen skal vedtages for en bestemt periode¹²⁶.

219. Også når en beslutning om tilsagn ikke er vedtaget for en bestemt periode, er de deltagende virksomheder og tredjemand imidlertid ikke uden beskyttelse. I henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 kan væsentlige ændringer af de faktiske forhold nemlig medføre, at proceduren genåbnes. En sådan væsentlig ændring kunne f.eks. antages at foreligge, hvis markedsforholdene på længere sigt ændrede sig på en sådan måde, at den tidligere dominerende virksomhed mister sin dominerede stilling på markedet.

220. I henhold til princippet om god forvaltning¹²⁷ er Kommissionen forpligtet til ufortøvet at undersøge enhver underbygget indikation af en væsentlig ændring af de faktiske forhold og træffe beslutning om at genåbne proceduren.

c) Foreløbig konklusion

218. Hvis det ikke kan forudses, at en virksomhed som De Beers vil miste sin dominerende stilling på kort eller mellemlang sigt, ville det heller ikke være særlig hensigtsmæssigt at fastsætte en tidsmæssig begrænsning for beslutningen om tilsagn.

221. Da den restriktive fortolkning af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, som Alrosa har søgt at anlægge, således ikke kan tages til følge, er det andet anbringende fra første instans ubegrundet.

¹²⁵ — Forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (»gennemførelsesforordning til traktatens artikel 81 og 82«), fremsat af Kommissionen den 27.9.2000 (KOM(2000) 582 endelig, offentliggjort i EFT C 365 E, s. 284; jf. navnlig artikel 9, stk. 1, andet punktum, i dette forslag.

¹²⁶ — Jf. tillige den appellerede doms præmis 91.

¹²⁷ — Retten til god forvaltning indgår i artikel 41 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som betragtning 37 til forordning nr. 1/2003 henviser til.

2. Tilsidesættelse af artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003 samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet (tredje anbringende)

222. Med det tredje anbringende fra første instans har Alrosa gjort gældende, at det »absolutte og potentielt tidsubegrænsede forbud for De Beers mod direkte eller indirekte at købe rådiamanter hos Alrosa«, som ligger til grund for den anfægtede beslutning, udgør en tilsidesættelse af artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med det grundlæggende princip om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet.

223. Dette anbringende bør vurderes dels på grundlag af aftalefriheden, dels ud fra et proportionalitetssynspunkt.

a) Aftalefrihed (det tredje anbringendes første led)

224. Alrosa har gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke kunne støttes på artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003, da den er i strid med princippet om aftalefrihed. Kommissionen har *de facto* fastsat en boykot mod Alrosa.

225. Aftalefriheden hører blandt de almindelige retsprincipper i fællesskabsretten. Den har sit udspring i personers handlefrihed. Den er også uløseligt forbundet med den grundlæggende frihed til at oprette og drive egen virksomhed^{128 129}. I et Fællesskab, som skal overholde princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence¹³⁰, er det nødvendigt at sikre aftalefriheden. I Domstolens praksis er det ligeledes anerkendt, at erhvervsdrivende er i besiddelse af aftalefrihed¹³¹.

226. Når Kommissionen vedtager beslutninger på konkurrenceområdet, skal den tage hensyn til princippet om aftalefrihed og virksomhedernes handlefrihed¹³².

128 — Generaladvokat Jacobs har udtrykt dette i sit forslag til afgørelse af 28.5.1998 i sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, punkt 56, på følgende måde: »[R]etten til at vælge sine forretningsforbindelser og retten til at disponere frit over sin ejendom er almindeligt anerkendte principper i medlemsstaternes retsordener og [har] i visse tilfælde forfatningsrang. Der kan kun foretages indgreb i disse rettigheder, såfremt dette er omhyggeligt begrundet.«

129 — Artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

130 — Artikel 4, stk. 1, EF og artikel 98 EF; jf. i denne henseende tillige dom af 9.9.2003, sag C-198/01, CIF, Sml. I, s. 8055, præmis 47.

131 — Dom af 28.4.2009, sag C-518/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3491, præmis 66; jf. desuden dom af 21.1.1999, forenede sager C-215/96 og C-216/96, Bagnasco m.fl., Sml. I, s. 135, præmis 45 og 46, og af 18.7.2007, sag C-277/05, Société thermale d'Eugénie-les-Bains, Sml. I, s. 6415, præmis 21.

132 — I denne retning Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 51-53, og — med hensyn til virksomhedernes handlefrihed — Rettens dom af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3383, præmis 180.

227. Aftalefrihed omfatter imidlertid ikke kun friheden til at indgå aftaler (positiv aftalefrihed), men også friheden til ikke at indgå aftaler (negativ aftalefrihed).

Alrosa og enhver anden erhvervsdrivende må bære i en åben markedsøkonomi. Dette medfører ikke en tilsidesættelse af Alrosas aftalefrihed¹³⁴.

228. Med sine ensidige tilsagn over for Kommissionen har De Beers gjort brug af sin negative aftalefrihed. Virksomheden har *frivilligt* givet afkald på at indgå aftaler med Alrosa for fremtiden.

229. Den frivillige karakter af dette afkald ændres heller ikke af den omstændighed, at De Beers afgav sine tilsagn under en løbende kartelsag med henblik på at undgå en forbudsbeslutning — herunder en konstatering af en dominerende stilling. Den blotte bebudelse af en kartelsag eller Kommissionens videreførelse heraf, endog frem til en forbudsbeslutning og en eventuel bøde, er ikke et urimeligt, men et fuldstændigt legalt middel, hvormed Kommissionen forfølger det legitime mål om effektivt at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes¹³³.

230. Alrosa har ganske vist på denne måde mistet den ønskede medkontrahent i fremtiden. Det er imidlertid én af de risici, som

231. Kommissionen har heller ikke tilsidesat princippet om aftalefrihed ved at gøre de ensidige tilsagn og dermed De Beers' afkald på at indgå i et fremtidigt kontraktforhold med Alrosa bindende. I den anfægtede beslutning har den derimod kun konkretiseret de grænser for aftalefriheden, som for alle erhvervsdrivende følger af de umiddelbart anvendelige konkurrenceregler i EF-traktaten og EØS-aftalen. Virksomheders (positive) aftalefrihed ophører nemlig, når der indgås en aftale med konkurrencebegrænsende formål eller konkurrencebegrænsende virkning som omhandlet i artikel 81 EF (EØS-aftalens artikel 53), eller når en virksomhed ved hjælp af en aftale misbruger sin dominerende stilling

133 — I samme retning mit forslag til afgørelse i *Cementbouw-sagen*, nævnt ovenfor i fodnote 23, punkt 71.

134 — Intet i den foreliggende sag taler for en eventuel kontraheringsforpligtelse, hvorefter De Beers også fortsat ville være forpligtet til at købe visse mængder rådiamanter hos Alrosa. Kun for fuldstændighedens skyld gør jeg opmærksom på, at den såkaldte »essential-facilities-doktrin« blev drøftet med parterne under den mundtlige forhandling for Domstolen med hensyn til De Beers' distributionsnet. Som Alrosa imidlertid selv har erkendt, kan et sådant distributionsnet ikke anses for så livsvigtigt, at det ville udgøre en væsentlig facilitet (*essential facility*), som De Beers nødvendigvis skulle give andre markedsaktører adgang til. Selv hvis det ville være urentabelt for Alrosa at opbygge en egen distributionsordning, ville De Beers ifølge Domstolens praksis ikke være forpligtet til at indgå aftale (dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, præmis 41-46, navnlig præmis 45; vedrørende »essential-facilities-doktrinen« jf. desuden »Magill«-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 49-57, og dom af 29.4.2004, sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039).

som omhandlet i artikel 82 EF (EØS-aftalens artikel 54).

forhold til Langnese-Iglo-sagen, som vedrørte vertikale eksklusive købsaftaler¹³⁶.

232. Alrosa har indvendt, at Kommissionen i sin beslutning slet ikke har anfægtet et misbrug, men derimod en åbenbart lovlig adfærd. Den omstændighed, at et produkt blot købes eller sælges, selv af en dominerende virksomhed, kan som sådan ikke udgøre misbrug, medmindre transaktionen var baseret på unfair betingelser. Alrosa har til støtte for sit argument henvist til retspraksis, navnlig dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen¹³⁵, hvorefter indgåelsen af eksklusive købsaftaler ikke må forbydes generelt og på ubestemt tid.

233. Denne argumentation er imidlertid ikke tilstrækkelig. Alrosa overser, at De Beers ikke kun er en køber på markedet for rådiamanter, men også verdens største producent på samme marked. Det leveringsforhold mellem Alrosa og De Beers, der var tilsigtet med den anmeldte aftale, ville derfor ikke være vertikalt, men horisontalt, dvs. en aftale mellem konkurrenter. Dette er en afgørende forskel i

234. Som nævnt ovenfor er det principielt ikke i overensstemmelse med en normal konkurrenceadfærd, at en virksomhed regelmæssigt opkøber sin største konkurrents produktion — eller i hvert fald en betydelig del deraf — navnlig når den har en dominerende stilling¹³⁷. Det har Alrosa også erkendt som svar på et spørgsmål under den mundtlige forhandling for Domstolen.

235. Hertil kommer i den foreliggende sag De Beers' tidligere velkendte rolle som »market-maker« og selskabets bestræbelser på at kontrollere produktionen på diamantmarkedet¹³⁸. I betragtning af disse omstændigheder var det på ingen måde urimeligt af Kommissionen at antage, at et fortsat leveringsforhold mellem Alrosa og De Beers kunne medføre misbrug af De Beers' dominerende stilling. For at undgå denne risiko for konkurrencen kunne Kommissionen gøre De Beers' ensidige

135 — Alrosa har navnlig påberåbt sig Rettens dom af 8.6.1995, sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1533, præmis 206 og 207, stadfæstet ved Domstolens dom af 1.10.1998, sag C-279/95 P, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. I, s. 5609, præmis 74.

136 — Dommen i sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 135, præmis 4 og 5.

137 — Jf. punkt 119-122 i dette forslag til afgørelse.

138 — Betragtning 25, 26, 28 og 30 til den anfægtede beslutning samt punkt 64 og 65 i Kommissionens svarskrift i første instans; jf. tillige den appellerede doms præmis 83.

tilsagn, hvorefter dette leveringsforhold skulle bringes til fuldstændigt ophør, bindende.

236. Alrosa har desuden gjort gældende, at selskabets adgang til den største køber på markedet vil blive lukket. Alrosa er af den opfattelse, at Kommissionen burde have til ladet selskabet i det mindste ad hoc-salg til De Beers, f.eks. ved auktion til højstbydende. Jeg har allerede anført ovenfor, at ingen af disse argumenter er holdbare¹³⁹.

237. Alrosa befrygter endvidere, at selskabet uden De Beers som køber ikke længere har sikkerhed for at kunne sælge sine rådiamanter til økonomisk attraktive priser. De tilbageværende køberes forhandlingsstyrke vil stige, således at der kun kan opnås lavere priser, hvilket medfører en konkurrencefordrejning til skade for Alrosa.

238. I en åben markedsøkonomi må enhver erhvervsdrivende imidlertid selv bære salgsrisikoen med hensyn til sine egne produkter. Ville man lade et leveringsforhold, som giver

anledning til betænkeligheder med hensyn til artikel 82 EF, bestå for en bestemt virksomheds skyld, beskytter man i sidste ende de konkurrerende parter mod konkurrence og prioriterer de deltagende virksomheders interesser til skade for den offentlige interesse i, at konkurrencen ikke fordrejes [artikel 3, stk. 1, litra g), EF]. Målet med den europæiske konkurrenceret må imidlertid være at beskytte konkurrencen og ikke de konkurrerende parter, fordi forbrugerne og offentligheden indirekte også drager nytte heraf¹⁴⁰.

239. Det er ikke udtryk for mindre, men tværtimod mere konkurrence, at Alrosa nu, i modsætning til tidligere, er nødt til at indgå i mere intense prisforhandlinger med de tilbageværende købere på markedet for rådiamanter. Som Kommissionen desuden har anført — uden at blive modsagt — er markedet kendetegnet ved et stort antal forholdsvis små købere, hvis forhandlingsstyrke ikke må overvurderes.

240. Endelig har Alrosa gjort gældende, at den anfægtede beslutning vil påvirke konkurrencen negativt, da der derved opstår en betydelig risiko for, at produktionen nedsættes, hvis Alrosa ikke længere kan finde købere til sine rådiamanter. Som Kommissionen imidlertid med rette har gjort gældende heroverfor, er et sådant scenario usandsynligt, hvis man tager udgangspunkt i en uændret efterspørgsel efter diamanter på markederne i de efterfølgende led. Alrosa har ikke selv fremlagt noget, der kunne tyde på en faldende efterspørgsel på disse markeder i de efterfølgende led.

139 — Jf. punkt 119-123 og 128-130 i dette forslag til afgørelse.

140 — Jf. i denne henseende punkt 71 i mit forslag til afgørelse af 19.2.2009 i sag C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., Sml. I, s. 4529.

241. Sammenfattende kan det derfor konkluderes, at den anfægtede beslutning ikke er i strid med princippet om aftalefrihed. Det tredje anbringendes første led fra første instans er derfor ubegrundet.

b) Proportionalitet (det tredje anbringendes andet led)

242. Alrosa har anført, at den anfægtede beslutning ikke kan baseres på artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003, da den er i strid med proportionalitetsprincippet.

243. Alrosa har i det væsentlige gjort gældende, at et absolut forbud for De Beers mod at købe rådiamanter hos Alrosa ikke var nødvendigt at to grunde. For det første har den anmeldte aftale ikke forbeholdt De Beers mere end 50% af Alrosas diamantproduktion, og for det andet har Kommissionen fået foreslået en mindre restriktiv alternativ løsning til et totalt salgsforbud i form af De Beers' og Alrosas fælles tilsagn.

244. Disse argumenter kan ikke begrunde annullationen af den anfægtede beslutning.

245. Jeg skal indledningsvis bemærke, at undersøgelsen af, om tilsagn er egnede og nødvendige med hensyn til en beslutning i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, kræver, at Kommissionen foretager komplicerede økonomiske overvejelser, i hvilken forbindelse den har en skønsmargin¹⁴¹.

246. Inden for rammerne af denne skønsmargin påhvilede det i den foreliggende sag Kommissionen at afgøre, for det første om den anmeldte aftale gav anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder, og for det andet om De Beers' og Alrosas fælles tilsagn kunne tages i betragtning som mindre indgribende middel i forhold til De Beers' ensidige tilsagn.

247. Som allerede nævnt¹⁴² er Fællesskabets retsinstanser beføjet til at undersøge, om en sådan kommissionsbeslutning er materielt lovlig med henblik på at konstatere, om de faktiske omstændigheder, der er lagt til grund, er korrekt gengivet, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn. I den forbindelse skal de ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner.

141 — Jf. punkt 70-75 i dette forslag til afgørelse.

142 — Jf. punkt 77 i dette forslag til afgørelse.

248. I den foreliggende sag er det alene omtvist, om de af Kommissionen fastslåede faktiske forhold kunne støtte de konklusioner, som den har draget, nemlig dels, at den anmeldte aftale gav anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder med hensyn til artikel 82 EF, og dels, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn ikke udgjorde et egnet alternativ til de ensidige tilsagn, der var gjort bindende.

251. For det første udgjorde de ca. 50 % af Alrosas årlige diamantproduktion, som skulle omfattes af den anmeldte aftale med De Beers, hele den produktion, der på daværende tidspunkt var bestemt til eksport¹⁴³. For det andet var De Beers ikke kun en vilkårlig køber af Alrosas varer, men verdens største producent af rådiamanter, dvs. en konkurrent til Alrosa, som desuden ifølge Kommissionens foreløbige vurdering var dominerende på markedet¹⁴⁴. For det tredje var der ifølge Kommissionens konstateringer tegn på, at den anmeldte aftale ville gøre det muligt for De Beers at kontrollere produktionen på diamantmarkedet som »market-maker«¹⁴⁵.

i) Eksistensen af et konkurrenceproblem

249. Hvad indledningsvis angår eksistensen af et konkurrenceproblem har Alrosa kun kortfattet anført, at eksklusive leveringsforhold med dominerende virksomheder i en tilsvarende størrelsesorden som den anmeldte aftale (ca. 50% af Alrosas samlede produktion) tidligere ikke blev anset for at give anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder.

250. Det er ikke nødvendigt at undersøge i den foreliggende sag, om Alrosas ikke nærmere dokumenterede påstand i denne henseende er korrekt. Den foreliggende sag er nemlig under alle omstændigheder kendetegnet ved en række særlige forhold.

252. Under disse omstændigheder kan Kommissionen ikke kritiseres for at have draget den konklusion, at den anmeldte aftale gav anledning til konkurrencemæssige betænkeligheder med hensyn til foreneligheden med artikel 82 EF. Kommissionen kunne med rimelighed antage, at denne aftale ville medføre misbrug af De Beers' dominerende stilling.

¹⁴³ — Den appellerede doms præmis 13.

¹⁴⁴ — Den appellerede doms præmis 9 og 14; betragtning 23-27 til den anfægtede beslutning.

¹⁴⁵ — Betragtning 28 og 30 til den anfægtede beslutning.

ii) Egnethed og nødvendighed af De Beers' ensidige tilsagn

253. Hvad angår egnetheden og nødvendigheden af De Beers' ensidige tilsagn, der blev gjort bindende og tilsigtede et fuldstændigt ophør af forretningsforbindelserne med Alrosa, bemærkes følgende.

254. Det er korrekt, at Kommissionen havde fået forelagt De Beers' og Alrosas fælles tilsagn som formentlig mindre indgribende middel. Kommissionen var således forpligtet til at undersøge, om disse fælles tilsagn var lige så egnede som De Beers' klart mere vidtgående ensidige tilsagn til at løse det konkurrenceproblem, den havde identificeret. I forbindelse med denne undersøgelse baserede Kommissionen sig på en markedstest og dokumenterede resultaterne heraf — om end meget kortfattet — i den anfægtede beslutning¹⁴⁶.

255. Alrosa har under den administrative procedure ganske vist kritiseret de resultater af markedstesten, som Kommissionen

har fastslået¹⁴⁷, men ikke anfægtet dem under sagen ved Retten i Første Instans. For Fællesskabets retsinstanser har Alrosa for første gang under appellen gjort gældende, at bemærkningerne fra de 21 tredjemænd ikke kunne tillægges betydning¹⁴⁸. En sådan fremgangsmåde må afvises, da sagsgenstanden under en appelsag ikke må udvides med nye anbringender i forhold til sagen i første instans (artikel 42, stk. 2, sammenholdt med artikel 118 i Domstolens procesreglement)¹⁴⁹. I det følgende vil jeg derfor basere mig på Kommissionens konstateringer vedrørende resultaterne af markedstesten, som Alrosa ikke rettidigt har anfægtet for Retten.

256. I bemærkningerne fra tredjemænd i forbindelse med markedstesten blev der bl.a. givet udtryk for bekymring med hensyn til, at en videreførelse af de langvarige forretningsforbindelser ville gøre det muligt for De Beers at hindre Alrosa i at blive en uafhængig konkurrent¹⁵⁰. Et stort flertal af de pågældende tredjemænd var desuden af den opfattelse, at der ikke burde være nogen form for

147 — Jf. betragtning 41 til den anfægtede beslutning.

148 — Punkt 67 og 77 i svarskriftet og punkt 17 i duplikken fra Alrosa. Alrosa har navnlig kritiseret, at de fleste negative bemærkninger fra tredjemænd var baseret på et ensartet standardsvar og ikke ville give anledning til konkurrenceproblemer, der var relevante for den foreliggende sag.

149 — Dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 59, dommen i sagen Storck mod KHIM, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 45, dommen i sagen PKK og KNK mod Rådet, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 61, og dommen i sagen France Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 64, præmis 60.

150 — Betragtning 41, andet led, til den anfægtede beslutning.

146 — Betragtning 41 og 42 til den anfægtede beslutning.

forretningsforbindelser mellem De Beers og Alrosa¹⁵¹. iii) Proportionalitet i snæver betydning

257. Under disse omstændigheder kan Kommissionen ikke kritiseres for at have draget den konklusion, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn, hvorefter der fortsat skulle finde salg sted fra Alrosa til De Beers i mængdemæssigt begrænset omfang, ikke var egnede til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer. Det var under alle omstændigheder ikke urimeligt at antage, at De Beers' og Alrosas fælles tilsagn ikke på samme måde som De Beers' ensidige tilsagn var egnede til at imødekomme de konkurrencemæssige betænkeligheder med hensyn til artikel 82 EF.

258. I modsætning til, hvad der var tilfældet i Automec-sagen¹⁵², som Alrosa flere gange har henvist til, var der i den foreliggende sag ikke flere ligeværdige løsninger på det af Kommissionen identificerede konkurrenceproblem. Derfor kan dommen i sagen Automec mod Kommissionen ikke overføres til den foreliggende sag.

259. Sammenfattende kan det derfor konkluderes, at heller ikke kendskabet til De Beers' og Alrosas fælles tilsagn var til hinder for, at Kommissionen kunne gøre De Beers' mere vidtgående ensidige tilsagn bindende.

260. Alrosa har endvidere gjort gældende, at et forbud mod ethvert salg til De Beers i for høj grad skader selskabets interesser. Alrosas frihed til at indgå aftaler med selskabets på daværende tidspunkt vigtigste kunde vil blive ophævet fuldstændigt i en potentielt ubegrænset periode.

261. Dette argument er sammenfaldende med det andet anbringendes første led, der vedrører aftalefriheden. Det skal forkastes af de grunde, som er nævnt i den forbindelse¹⁵³.

iv) Påstået forskelsbehandling af Alrosa

262. Endelig har Alrosa hævdet, at den anfægtede beslutning er vilkårlig og medfører forskelsbehandling af virksomheden i forhold til andre leverandører, som fortsat kan sælge rådiamanter til De Beers uden at være nødt til at konkurrere med Alrosa.

¹⁵¹ — Betragtning 41, tredje led, til den anfægtede beslutning.

¹⁵² — Dommen i sagen Automec mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 132, navnlig præmis 52.

¹⁵³ — Jf. punkt 224-241 i dette forslag til afgørelse.

263. Alrosa har ikke nærmere godtgjort, om andre producenter overhovedet sælger til De Beers i nævneværdigt omfang. Dette havde imidlertid været nødvendigt i betragtning af, at salg mellem konkurrenter ikke uden videre kan betragtes som en normal markedsadfærd¹⁵⁴.

264. Selv hvis det imidlertid antages, at sådanne salg finder sted, bliver Alrosa ikke udsat for forskelsbehandling i forhold til andre producenter som følge af den anfægtede beslutning.

265. Ifølge fast retspraksis indebærer ligebehandlingsprincippet eller princippet om forbud mod forskelsbehandling nemlig, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet¹⁵⁵.

266. I den foreliggende sag befinder Alrosa og de øvrige producenter af rådiamanter, der er aktive på verdensmarkedet, sig ikke

nødvendigvis i en sammenlignelig situation. Alrosa er ifølge Rettens konstateringer¹⁵⁶ den næststørste aktør i diamantsektoren på verdensplan og ønsker at indgå en langsigtet leveringsaftale med De Beers, den største aktør. Et leveringsforhold mellem De Beers og Alrosa skal allerede på grund af disse to virksomheders fremtrædende markedsstilling vurderes anderledes end et eventuelt leveringsforhold mellem De Beers og en anden, betydeligt mindre producent af rådiamanter.

267. Hertil kommer, at den anmeldte aftale havde til formål at videreføre et eksklusivt leveringsforhold mellem Alrosa og De Beers, som havde eksisteret i årtier, og som blev udnyttet af De Beers til at sikre dets rolle som »market-maker« og kontrollere produktionen på verdensmarkedet¹⁵⁷. Denne historiske kontekst adskiller også Alrosas situation fra den situation, som andre producenter på markedet befinder sig i.

268. Det almindelige princip om ligebehandling og forbud mod forskelsbehandling er derfor ikke blevet tilsidesat. I modsætning til, hvad Alrosa har hævdet, var den anfægtede beslutning heller ikke vilkårlig, men baseret på saglige betragtninger, navnlig resultaterne af en af Kommissionen foretaget markedstest.

154 — Jf. punkt 119-122 og 234 i dette forslag til afgørelse.

155 — Dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 95, af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 56, og af 7.7.2009, sag C-558/07, S.P.C.M. m.fl., Sml. I, s. 5783, præmis 74.

156 — Den appellerede doms præmis 8 og 9; jf. tillige punkt 14 og 15 i dette forslag til afgørelse.

157 — Betragtning 25, 26, 28 og 30 til den anfægtede beslutning samt punkt 64 og 65 i Kommissionens svarskrift i første instans; jf. tillige den appellerede doms præmis 83.

269. Kun for fuldstændighedens skyld vil jeg tilføje, at den anfægtede beslutning ikke må forstås som *carte blanche* til De Beers' eventuelle køb af rådiamanter hos andre producenter end Alrosa. Tværtimod vil også leveringsforholdet mellem De Beers og andre producenter selvfølgelig skulle vurderes på grundlag af artikel 81 EF og 82 EF samt EØS-aftalens artikel 53 og 54 under hensyntagen til omstændighederne i det enkelte tilfælde.

følge, skal Kommissionen frifindes i den af Alrosa anlagte sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

VII — Sagens omkostninger

v) Foreløbig konklusion

270. På denne baggrund er det tredje anbringendes andet led fra første instans derfor ubegrundet.

272. I henhold til artikel 122, stk. 1, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, når der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen.

C — Foreløbig konklusion

271. Da ingen af de anbringender, som Alrosa har fremsat i første instans, kan tages til

273. I henhold til artikel 69, stk. 2, sammenholdt med artikel 118 i Domstolens procesreglement, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Alrosa tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Alrosa har tabt sagen for begge instanser, bør virksomheden tilpligtes at betale omkostningerne for begge instanser.

VIII — Forslag til afgørelse

274. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »1) Dommen afsagt den 11. juli 2007 af Retten i Første Instans i sag T-170/06, Alrosa mod Kommissionen, ophæves.
- 2) Kommissionen frifindes i den sag, hvorved Alrosa ved Retten i Første Instans nedlagde påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2006/520/EF af 22. februar 2006.
- 3) Alrosa betaler sagens omkostninger for begge instanser.«