

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

29. juni 2010*

I sag C-441/07 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Domstolen, iværksat den 24. september 2007,

Europa-Kommissionen ved F. Castillo de la Torre og R. Sauer, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

den anden part i appelsagen:

Alrosa Company Ltd, Mirny (Rusland), ved R. Subiotto, QC, og solicitor-advocate K. Jones samt solicitor S. Mobley,

sagsøgt i første instans,

har

* Processprog: engelsk.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, E. Levits og C. Toader samt dommerne C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann (refererende dommer), M. Ilešič og U. Löhmus,

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 3. juni 2009,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 17. september 2009,

afsagt følgende

Dom

- ¹ I appelskriftet har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 11. juli 2007, Alrosa mod Kommissionen (sag T-170/06, Sml. II, s. 2601, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning 2006/520/EF af 22. februar 2006 om en procedure efter EF-traktatens artikel 82 og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/B-2/38.381 — De Beers) (EUT L 205,

s. 24, herefter »den anfægtede beslutning«), hvorved de af De Beers SA (herefter »De Beers«) meddelte tilsagn om at bringe sine køb af rådiamanter hos Alrosa Company Ltd (herefter »Alrosa«) til ophør fra 2009, efter afslutningen af en fase med gradvis nedsættelse af de indkøbte mængder fra 2006 til 2008, blev gjort bindende, og proceduren i henhold til artikel 9 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1) blev afsluttet.

Retsforskrifter

- 2 13. betragtning til forordning nr. 1/2003 har følgende ordlyd:

»Når virksomheder som led i en procedure, der kunne føre til et forbud mod en aftale eller samordnet praksis, afgiver tilsagn, der imødekommer Kommissionens betænkeligheder, bør Kommissionen ved beslutning kunne gøre disse tilsagn bindende for de pågældende virksomheder. I beslutninger om tilsagn bør det fastslås, at der ikke længere er grund til, at Kommissionen griber ind, uden at det konkluderes, om der er sket en overtrædelse, eller der stadig finder en overtrædelse sted. Beslutninger om tilsagn anfægter ikke medlemsstaternes konkurrencemyndigheders og domstoles kompetence til at foretage en sådan konstatering og træffe afgørelse i sagen. Beslutninger om tilsagn er ikke på sin plads i tilfælde, hvor Kommissionen agter at pålægge en bøde.«

3 Artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 bestemmer:

»Hvis Kommissionen på grundlag af en klage eller på eget initiativ konstaterer, at traktatens artikel 81 eller 82 er overtrådt, kan den ved en 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. Strukturelle foranstaltninger kan kun pålægges, såfremt der ikke forefindes ligeså effektive adfærdsregulerende foranstaltninger, eller såfremt en ligeså effektiv adfærdsregulerende foranstaltning ville være mere byrdefuld for den pågældende virksomhed end en strukturel foranstaltning. Når Kommissionen har en berettiget interesse deri, kan den endvidere fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til ophør.«

4 Artikel 9 i forordning nr. 1/2003 har følgende ordlyd:

»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.«

5 Følgende bestemmes i artikel 27, stk. 2 og 4, i forordning nr. 1/2003:

»2. De deltagende parters ret til forsvar 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. Aktindsigten omfatter ikke Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders fortrolige oplysninger og interne dokumenter. Aktindsigten omfatter således ikke korrespondance mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller mellem medlemsstaternes konkurrencemyndigheder indbyrdes, herunder dokumenter, som er udarbejdet i henhold til artikel 11 og 14. Dette stykke er ikke til hinder for, at Kommissionen videregiver eller anvender oplysninger, som er nødvendige for at bevise en overtrædelse.

[...]

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.«

Sagens baggrund

- 6 Sagens faktiske omstændigheder er gengivet på følgende måde i den appellerede doms præmis 8-26:
 - »8 [Alrosa] 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. Her driver selskabet efterforsknings-, brydnings-, vurderings- og leveringsvirksomhed samt juvelerforretning.
 - 9 [De Beers] er et selskab hjemmehørende i Luxembourg (Luxembourg). De Beers-koncernen, hvori det er det største holdingselskab, virker ligeledes på 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. Her driver selskabet efterforsknings-, brydnings-, vurderings-, leverings-, forretnings- og forarbejdningsvirksomhed samt juvelerforretning, hvorved det dækker hele diamantsektoren.
 - 10 Alrosa og De Beers informerede den 5. marts 2002 Kommissionen om en aftale indgået den 17. december 2001 mellem Alrosa og to datterselskaber til De Beers-koncernen, City and West East Ltd og De Beers Centenary AG (herefter »den anmeldte aftale«), med henblik på at få udstedt en negativattest eller en fritagelse i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81).

- 11 Denne aftale, som blev en del af de allerede langvarige forretningsforbindelser mellem Alrosa og De Beers, vedrørte hovedsageligt virksomheden med levering af rådiamanter.

- 12 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 kunne opnå en fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, og ikke i øvrigt var i strid med artikel 82 EF«, hvilket fremgår af aftalens artikel 12.

- 13 Alrosa forpligtede sig til i denne periode at sælge naturlige rådiamanter fremstillet i Rusland til De Beers for ca. 800 mio. USD årligt, mens De Beers forpligtede sig til at købe disse, hvilket fremgår af den anmeldte aftales artikel 2.1.1. 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, hvilket fremgår af den anmeldte aftales artikel 2.1.2. 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).

- 14 Den 14. januar 2003 rettede Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til [Alrosa] og De Beers, referencenr. 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 samme dag en særskilt klagepunktsmeddelelse til De Beers, referencenr. COMP/E-2/38.381, hvori den anførte, at aftalen kunne udgøre misbrug af dominerende stilling i strid med artikel 82 EF.

- 15 Den 31. marts 2003 tilsendte [Alrosa] og De Beers Kommissionen fælles skriftlige indlæg som svar på klagepunktsmeddelelsen i sag COMP/E-3/38.381.

- 16 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 artikel 53, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) [af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3), herefter »EØS-aftalen«], og at den ikke kunne fritages i henhold til EØS-aftalens artikel 53, stk. 3. Kommissionen rettede 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.

- 17 Den 7. juli 2003 afgav [Alrosa] og De Beers mundtlige indlæg for Kommissionen.

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

- 19 Den 14. december 2004 meddelte Alrosa og De Beers i fællesskab tilsagn (herefter »fælles tilsagn«) 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, hvorefter salget maksimalt skulle være på dette niveau.

- 20 Den 3. juni 2005 blev en »[m]eddelelse [...] i sag COMP/E-2/38.381 — De Beers/ALROSA« offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT C 136, s. 32, herefter »den korte meddelelse«). Kommissionen angav heri, at den havde modtaget de af Alrosa og De Beers afgivne tilsagn i forbindelse med sin undersøgelse af aftalen i forhold til artikel 81 EF og 82 EF samt EØS-aftalens artikel 53 og 54 (punkt 1), den gav et resumé af sagen (punkt 3-10), og den beskrev de foreslåede tilsagn (punkt 11-15). Den opfordrede heri endvidere tredjemand til at fremsætte bemærkninger inden for en måned (punkt 2 og 17), og den oplyste om sin hensigt til, under forbehold af resultatet af denne markedstest, at vedtage en beslutning, hvorved de fælles tilsagn ville blive gjort bindende (punkt 2 og 16).
- 21 Efter denne offentliggørelse fremlagde 21 tredjemænd deres bemærkninger for Kommissionen, som oplyste Alrosa og De Beers herom den 27. oktober 2005. Ved dette møde opfordrede Kommissionen ligeledes parterne til inden udgangen af november 2005 at fremlægge nye fælles tilsagn, der skulle tilsigte et fuldstændigt ophør af deres forretningsforbindelser fra 2009.
- 22 Den 25. januar 2006 afgav De Beers uafhængigt sine tilsagn (herefter »de individuelle tilsagn fra De Beers«) for at imødegå de betænkeligheder, som Kommissionen havde givet udtryk for i betragtning af resultatet af markedstesten. Disse individuelle tilsagn fra De Beers fastsatte en gradvis nedsættelse af Alrosas salg af rådiamanter til De Beers, hvoraf værdien skulle nedbringes fra 600 mio. USD i 2006 til 400 mio. USD i 2008 og salget ophøre.
- 23 Kommissionen tilsendte den 26. januar 2006 [Alrosa] et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers og opfordrede Alrosa til at fremsætte sine bemærkninger her til. Kommissionen tilsendte ligeledes Alrosa en kopi af de ikke fortrolige versioner af tredjemands bemærkninger.

24 Efterfølgende er der foretaget en meningsudveksling mellem [Alrosa] og Kommissionen vedrørende visse forhold i 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 sin skrivelse af 6. februar 2006 De Beers' individuelle tilsagn og de andre parter bemærkninger.

25 Den 22. februar 2006 vedtog Kommissionen [den anfægtede] beslutning.

26 Det bestemmes i [den anfægtede] beslutning[s] artikel 1, at »[d]e tilsagn, der fremgår af bilaget, er bindende for De Beers«, og af dens artikel 2, at »[d]en i denne sag iværksatte procedure afsluttes«.«

Sagen for Retten og den appellerede dom

7 Alrosa anlagde sag for Retten den 29. juni 2006. Til støtte for sin påstand har selskabet påberåbt sig tre anbringender vedrørende:

— Tilsidesættelse af høringsretten.

- Ordlyden af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 om forbud mod, at en berørt virksomhed pålægges forpligtelser, der endvidere er tidsbegrænsede, og som virksomheden ikke frivilligt har underskrevet, er ved den anfægtede beslutning blevet fortolket urigtigt.

 - De tilsagn, der er blevet gjort bindende, går ud over, hvad der er nødvendigt, hvilket er i strid med den nævnte artikel 9, artikel 82 EF samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet.
- 8 Ved den appellerede dom annullerede Retten den anfægtede beslutning. Rettens begrundelse kan gengives som følger.
- 9 I den appellerede doms præmis 126 fastslog Retten, at »[den anfægtede] beslutning[...] [var] behæftet med et urigtigt skøn, som i øvrigt fremst[od] åbenbart. Det f[ulgte] nemlig åbenbart af sagens omstændigheder, at det for at opfylde det formål, der tilsigtes ved [den anfægtede] beslutning[...], var muligt at pålægge andre, mindre bebyrdende løsninger end det varige forbud mod transaktioner mellem De Beers og Alrosa, at fastsættelsen heraf ikke frembød særlige tekniske vanskeligheder, og at Kommissionen ikke kunne frigøre sig for at undersøge dette«.
- 10 I dommens præmis 128 bemærkede Retten, at den umiddelbart bedst egnede løsning derfor ville have været at forbyde parterne at indgå aftale om, at De Beers kan forbeholde sig hele, eller blot en betragtelig del, af Alrosas produktion eksporteret til områder uden for Fællesskabet af Uafhængige Stater, uden at det var nødvendigt at forbyde De Beers ethvert køb af rådiamanter produceret af Alrosa.
- 11 I den appellerede doms præmis 129 fastslog Retten, at Kommissionen fortsat ikke havde klargjort, hvorledes tilsagnene ikke var egnede til at imødekomme de betænkeligheder, som den havde givet udtryk for i sin foreløbige vurdering. Retten konkluderede

i dommens præmis 132, at de omhandlede fælles tilsagn, som Kommissionen ganske vist ikke havde en forpligtelse til at tage hensyn til, under alle omstændigheder udgjorde en mindre indgribende foranstaltning end den, som Kommissionen havde besluttet at gøre bindende.

- 12 I den appellerede doms præmis 156 fastslog Retten, at Alrosa med rette havde gjort gældende, dels at det tidsbegrænsede forbud mod enhver forretningsforbindelse mellem De Beers og Alrosa åbenbart gik ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det fulgte mål, dels at der forelå andre løsninger, der var afpasset efter dette formål. Retten tilføjede, at Kommissionen ved anvendelsen af proceduren med tilsagn, der gøres bindende, ikke var fritaget for at anvende proportionalitetsprincippet, hvilket indebar en konkret efterprøvelse af disse foreløbige løsningers bæredygtighed. Retten fandt derfor i den appellerede doms præmis 157, at Alrosas anbringende om en tilsidesættelse af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og af proportionalitetsprincippet måtte tages til følge, og at den anfægtede beslutning alene som følge heraf skulle annulleres.
- 13 Retten tog imidlertid for fuldstændighedens skyld stilling til Alrosas anbringende om tilsidesættelse af retten til at blive hørt.
- 14 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 176, 177, 186 og 187, at idet Alrosa havde været impliceret i de to procedurer, som Kommissionen iværksatte efter meddelelsen af selskabets aftale med De Beers, og idet de procedurer, som Kommissionen iværksatte i henhold til henholdsvis artikel 81 EF og 82 EF, hele tiden de facto var blevet betragtet som en enkelt procedure af såvel Kommissionen som af Alrosa og De Beers, burde Alrosa efter sammenhængen mellem disse to procedurer samt den omstændighed, at Alrosa nævnes udtrykkeligt i den anfægtede beslutning, under hele proceduren have været indrømmet de rettigheder, der tildeles en »pågældende virksomhed« i henhold til forordning nr. 1/2003, selv om den i snæver forstand ikke er en sådan virksomhed i en procedure vedrørende artikel 82 EF.

- 15 Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 191, at retten til at blive hørt i forbindelse med enhver procedure, som kan resultere i en for en bestemt person bebyrdende afgørelse, er et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som skal overholdes, selv om der ikke er fastsat nogen bestemmelser vedrørende den pågældende procedure (Domstolens dom af 24. 10.1996, sag C-32/95 P, Kommissionen mod Lisrestal m.fl., Sml. I, s. 5373, præmis 21).
- 16 Efter i den appellerede doms præmis 195 at have fastslået, at Kommissionen efter modtagelsen af bemærkninger fra tredjemand ganske vist med rette kunne vurdere, at de fælles tilsagn ikke imødekom de betænkeligheder, der fremgik af Kommissionens foreløbige vurdering, udtalte Retten imidlertid i den appellerede doms præmis 196, at overholdelsen af høringsretten i en sag som denne kræver, dels at de virksomheder, som har afgivet tilsagn, gøres bekendt med de væsentligste faktiske forhold, som Kommissionen for at kræve nye tilsagn lagde vægt på, dels at virksomhederne kan fremsætte bemærkninger hertil. Ifølge Retten havde Alrosa i denne sag udelukkende fået oplysninger i sammendrag af de konklusioner, som Kommissionen har draget af bemærkningerne fra tredjemand. På dette grundlag bemærkede Retten, at Kommissionen under mødet den 27. oktober 2005 nemlig blot havde oplyst Alrosa om, at tredjemandsbemærkningerne hovedsageligt vedrørte risikoen for markedsafskærmning og for et kartel mellem De Beers og Alrosa, og at kommissionsmedlemmet med ansvar for konkurrence havde givet den ansvarlige tjeneste ordre om ikke at acceptere de fælles tilsagn i denne sag. Retten gjorde det klart, at Alrosa ved samme lejlighed havde modtaget et sammendrag af tredjemandsbemærkningerne, og at Kommissionen havde oplyst selskabet om indholdet af de tilsagn, den forventede fra parterne efter det negative resultat af høringen af tredjemand, dvs. ophør af en enhver forbindelse fra 2009 og et nyt forslag om tilsagn på grundlag heraf.
- 17 Retten fastslog i den appellerede doms præmis 201, at Alrosa, da selskabet ikke havde fået mulighed for fuldt ud at udnytte retten til at blive hørt om de individuelle tilsagn fra De Beers, fordi disse tredjemandsbemærkninger først blev oversendt til selskabet på samme tidspunkt som et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers, var ude af stand til nyttigt at besvare disse og fremsætte nye fælles tilsagn sammen med De Beers.

- 18 Retten fandt i den appellerede doms præmis 203, at Alrosa under sagens omstændigheder havde ret til blive hørt om de individuelle tilsagn fra De Beers, som Kommissionen ville gøre bindende som led i proceduren, der er indledt i henhold til artikel 82 EF, og at selskabet ikke havde fået mulighed for at udnytte denne rettighed fuldstændigt.

Parternes påstande for Domstolen

- 19 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Der træffes endelig afgørelse i sagen, idet det fastslås, at annullationspåstanden, der lå til grund for sag T-170/06, var ubegrundet.
- Alrosa tilpligtes at betale Kommissionens omkostninger i sag T-170/06 og i appelsagen.

- 20 Alrosa har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.

- 23 Med det første anbringendes andet led har Kommissionen foreholdt Retten, at den ved undersøgelsen af, om tilsagnene var forholdsmæssige, har anvendt den nævnte artikel 9 forkert, begået en fejl ved fortolkningen af artikel 82 EF, set bort fra den nøjagtige rækkevidde af domstolskontrollen, gengivet indholdet af den anfægtede beslutning urigtigt og begrundet den appellerede dom utilstrækkeligt på flere punkter.

Det første anbringendes første led om, at Retten har fortolket kravene vedrørende overholdelsen af det proportionalitetsprincip, der følger af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, forkert

— Parternes argumenter

- 24 Kommissionen har principalt gjort gældende, at Retten i den appellerede dom har undervurderet betydningen af de væsentlige karakteristika ved de beslutninger, hvorved der sker anvendelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, og har bragt den fremtidige anvendelse af denne bestemmelse i fare.
- 25 Mens den samtidigt anerkender, at proportionalitetsprincippet finder anvendelse på beslutninger, hvorved der er sket anvendelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, kritiserer Kommissionen Rettens opfattelse i den appellerede doms præmis 101 og 104, hvorefter undersøgelsen af, om en beslutning er forholdsmæssig, i det væsentlige er identisk, hvad enten den foretages i medfør af artikel 7 i forordning nr. 1/2003 eller forordningens artikel 9. Et sådant synspunkt ser bort fra de grundlæggende forskelle, der findes mellem disse to bestemmelser. Til forskel fra de beslutninger, hvorved der

sker anvendelse af den nævnte forordnings artikel 7, konstaterer beslutninger om tilsagn, som vedtages i henhold til sidstnævnte forordnings artikel 9, således ikke overtrædelser og konkluderer heller ikke ophøret af en overtrædelse. Den nævnte artikel 9 skal dermed ikke blot anses for en nedsættelse af bevisbyrden, hvad angår konstateringen af en overtrædelse.

- 26 Kommissionen har foreholdt Retten, at den i den appellerede dom har vurderet det normative indhold af proportionalitetsprincippet under henvisning til den måde, hvorpå det er blevet anvendt i forbindelse med beslutninger vedtaget i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, som om udøvelsen af denne afvejning, der skal foretages, var den samme, uanset den retlige kontekst. En sådan fortolkning af proportionalitetsprincippet fratager artikel 9 i forordning nr. 1/2003 sin effektive virkning.
- 27 Kommissionen kritiserer endvidere, at Retten i den appellerede doms præmis 103-105 har fastslået, at der ved undersøgelsen af, om tilsagnene var forholdsmæssige, skulle bortses fra sidstnævntes frivillige karakter. Den er af den opfattelse, at artikel 9 i forordning nr. 1/2003 i det mindste skal fortolkes således, at den virksomhed, der tilbyder at afgive tilsagn, skal vælge, hvordan den ønsker at imødekomme de konkurrencemæssige betænkeligheder, og er indstillet på, at tilsagnene gøres bindende. Retten har undladt at tage hensyn til, at De Beers' tilsagn udgjorde selskabets frie beslutning med hensyn til, hvordan det ønskede at imødekomme Kommissionens betænkeligheder.
- 28 Kommissionen er endelig af den opfattelse, at Rettens fortolkning af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 kan formindske den interesse, som den i bestemmelsen omhandlede procedure har, da Retten ved den appellerede dom har indført et krav om, at Kommissionen kan fastslå, at der foreligger en overtrædelse, og dette gælder også i forbindelse med anvendelsen af den nævnte artikel 9.

- 29 Alrosa har i denne forbindelse gjort gældende, at indholdet af proportionalitetsprincippet forbliver det samme, uanset hvad den særlige situation måtte være, selv om domstolskontrollens intensitet er forskellig fra sag til sag. Efter Alrosas opfattelse handlede Retten i overensstemmelse med sædvanlig retspraksis og har behandlet spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen havde rimelige og mindre bebyrdende alternative løsninger, før den fastslog, at dette var tilfældet.
- 30 Alrosa har i den appellerede doms præmis 101 og 140 anført, at Retten ikke pålægger Kommissionen at sammenligne de tilbudte tilsagn med de foranstaltninger, som kunne have været fastsat i en tænkt beslutning vedtaget i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, men afskærer Kommissionen fra at acceptere en uforholdsmæssig løsning, alene fordi Kommissionen inden for rammerne af proceduren indledt efter forordningens artikel 9 ikke er forpligtet til at bevise tilstedeværelsen af en overtrædelse (den appellerede doms præmis 101 og 140). Ifølge Alrosa er det i virkeligheden angivet i den appellerede dom, at det med hensyn til det formål, der forfølges, var åbenbart urimeligt at anmode De Beers om i henhold til forordningens artikel 7 at bringe enhver direkte eller indirekte forretningsforbindelse med Alrosa til ophør. I modsætning til det af Kommissionen anførte skal Rettens henvisning til denne artikel 7 ikke forstås som en forpligtelse for Kommissionen til i alle sager, hvor der rejses spørgsmål om forordningens artikel 9, at gennemføre en parallel og hypotetisk procedure i henhold til den nævnte artikel 7.
- 31 Alrosa har anført, at hvis en beslutning vedtaget af Kommissionen klart er af uforholdsmæssig karakter i en procedure, der er indledt i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, og en overtrædelse kan konstateres, er denne beslutning det så meget desto mere i det tilfælde, hvor der er tale om anvendelse af forordningens artikel 9, i det mindste såfremt accepten, som i denne sag, af de tilsagn, som afgives i henhold den nævnte artikel 9, ville have haft skadelige virkninger for en ikke-indvilligende virksomhed med partsstilling under procedurene.

- 32 Ifølge Alrosa har Retten ikke begrænset Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003. Nødvendigheden af at sidstnævnte tager hensyn til mindre bebyrdende alternative løsninger og ser bort fra de tilsagn, som klart ikke kan imødekomme dens konkurrencemæssige betænkeligheder, er ikke en uoverstigelig hindring for gennemførelsen af dens opgaver.
- 33 Alrosa gør gældende, at selskabet blev udelukket fra forhandlingerne om tænkelige alternative tilsagn. Den frivillige karakter af de individuelle tilsagn fra De Beers skulle ikke have haft indflydelse på undersøgelsen af, om de tilsagn, som blev accepteret af Kommissionen, var forholdsmæssige, for så vidt som de berørte Alrosa.

— Domstolens bemærkninger

- 34 Det fremgår af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen, når den agter at vedtage en beslutning, hvorefter en overtrædelse kræves bragt til ophør, kan gøre de af de pågældende virksomheder afgivne tilsagn bindende, såfremt de kan imødekomme de konkurrencemæssige betænkeligheder, som Kommissionen har identificeret i sin foreløbige vurdering.
- 35 Der er tale om et nyt system indført ved forordning nr. 1/2003, som har til formål at sikre en effektiv anvendelse af EF-traktatens konkurrenceregler gennem vedtagelse af beslutninger, som gør de af parterne foreslåede tilsagn bindende, og som af Kommissionen anses for egnede med henblik på at tilvejebringe en hurtigere løsning på de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer, i stedet for at handle igennem en formel konstatering af en overtrædelse. Forordningens artikel 9 er nærmere bestemt begrundet i procesøkonomiske hensyn og giver virksomheder mulighed for at

deltage fuldt ud i proceduren ved at foreslå løsninger, som de finder bedst egnede og hensigtsmæssige for at imødekomme de nævnte betænkeligheder hos Kommissionen.

- 36 Som anført af parterne og af generaladvokaten i punkt 42 i forslaget til afgørelse, indeholder artikel 9 i forordning nr. 1/2003 i modsætning til artikel 7 heri ganske vist ingen udtrykkelig henvisning til proportionalitetsbegrebet. Som et almindeligt EU-retligt princip udgør proportionalitetsprincippet imidlertid et kriterium for lovligheden af enhver af EU-institutionernes retsakter, herunder beslutninger vedtaget af Kommissionen i dens egenskab af konkurrencemyndighed.
- 37 Herefter bemærkes, at det som led i en undersøgelse af de af Kommissionen indledte foranstaltninger, enten inden for rammerne af artikel 7 i forordning nr. 1/2003 eller forordningens artikel 9, stadig er relevant at tage stilling til dels indholdet og de præcise grænser for de forpligtelser, som overholdelsen af dette princip medfører, dels spørgsmålet om grænserne for den domstolskontrol, som udøves.
- 38 De specifikke egenskaber ved systemet i artikel 7 og 9 i forordning nr. 1/2003 og de handlemuligheder, som denne forordning giver i henhold til hver af disse bestemmelser, er forskellige, hvilket indebærer, at den pligt til at sikre overholdelsen af proportionalitetsprincippet, der påhviler Kommissionen, har en anden rækkevidde og et andet indhold, alt efter om den vurderes i forbindelse med den ene eller den anden af disse artikler.
- 39 Omfanget af rækkevidden af anvendelsen af proportionalitetsprincippet i de situationer, der er omfattet af dens anvendelsesområde, er udtrykkeligt fastsat i artikel 7 i forordning nr. 1/2003. Ifølge artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 kan Kommissionen nemlig pålægge de berørte virksomheder 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.

- 40 Derimod bestemmer forordningens artikel 9 kun, at Kommissionen under en procedure, der er indledt i henhold til denne bestemmelse, som det fremgår af 13. betragtning til nævnte forordning, er fritaget fra forpligtelsen til at kvalificere og konstatere overtrædelsen, idet den kun skal undersøge og eventuelt acceptere de af de pågældende virksomheder foreslåede tilsagn på baggrund af de problemer, den har identificeret i sin foreløbige vurdering og i forhold til de mål, der forfølges.
- 41 Kommissionens gennemførelse af proportionalitetsprincippet inden for rammerne af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 er begrænset til en kontrol af, at de pågældende tilsagn imødekommer de betænkeligheder, som den har underrettet de pågældende virksomheder om, og at disse ikke har foreslået mindre indgribende tilsagn, som imødekommer disse betænkeligheder lige så hensigtsmæssigt. Kommissionen skal imidlertid ved udøvelsen af denne kontrol tage hensyn til tredjemands interesser.
- 42 Domstolskontrollen vedrører udelukkende spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens vurdering er åbenbart urigtig.
- 43 I den appellerede dom bygger Retten imidlertid på den antagelse, at anvendelsen af proportionalitetsprincippet har virkninger, som er identiske både i forhold til de beslutninger, der træffes i medfør af artikel 7 i forordning nr. 1/2003, og dem, som træffes i henhold til forordningens artikel 9.

- 44 Retten har bl.a. i den appellerede doms præmis 101 fastslået, at det ville være i strid med opbygningen af forordning nr. 1/2003, hvis en beslutning, som i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, skulle anses for ikke at være afpasset efter den fastslåede overtrædelse, kunne vedtages i form af et tilsagn, som er blevet gjort bindende, under anvendelse af proceduren i nævnte forordnings artikel 9, stk. 1.
- 45 Denne konstatering er ukorrekt.
- 46 Disse to bestemmelser i forordning nr. 1/2003 forfølger nemlig, som det allerede er bemærket i denne doms præmis 38, to forskellige mål, hvorved det ene tilsigter at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør, og det andet at imødekomme Kommissionens betænkeligheder på grundlag af dens foreløbige vurdering.
- 47 Der er derfor intet, der berettiger, at den foranstaltning, som eventuelt vil kunne pålægges inden for rammerne af artikel 7 i forordning nr. 1/2003, skal danne grundlag for vurderingen af rækkevidden af de tilsagn, der blev accepteret i henhold til forordningens artikel 9, og at alt, som ligger ud over den pågældende foranstaltning, automatisk anses for uforholdsmæssigt. Selv om hver af de beslutninger, der vedtages i henhold til disse to bestemmelser, således skal bedømmes efter proportionalitetsprincippet, er anvendelsen af princippet ikke desto mindre forskellig alt efter den pågældende bestemmelse.
- 48 De virksomheder, som tilbyder tilsagn på grundlag af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, accepterer bevidst, at deres indrømmelser kan række ud over, hvad Kommissionen selv ville kunne pålægge dem i en beslutning, som den vedtager i henhold til forordningens artikel 7 efter en indgående vurdering. Derimod giver afslutningen af overtrædelsesproceduren indledt mod disse virksomheder dem mulighed for at undgå konstatering af en overtrædelse af konkurrenceretten og eventuelt pålæg af bøder.

- 49 Desuden indebærer den omstændighed, at Kommissionen gør de af en virksomhed foreslåede tilsagn bindende, ikke, at andre virksomheder ikke vil have mulighed for at beskytte deres eventuelle rettigheder i deres forhold til denne virksomhed.
- 50 Herefter må det konkluderes, at Kommissionen med rette har hævdet, at det var med urette, at Retten ved den appellerede dom fastslog, at anvendelsen af proportionalitetsprincippet med hensyn til beslutninger, der vedtages i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, skal bedømmes ud fra princippet anvendelse inden for rammerne af de beslutninger, der vedtages i henhold til forordningens artikel 7, på trods af, at disse to bestemmelser er forskelligt indrettet.

Det første anbringendes andet led om Rettens urigtige anvendelse af proportionalitetsprincippet

— Parternes argumenter

- 51 Med det første anbringendes andet led anfægter Kommissionen bl.a. den bedømmelse, som Retten har foretaget, hvorefter Kommissionen, idet de tilbudte fælles tilsagn var tilstrækkelige til at imødekomme dens betænkeligheder, burde have accepteret dem. Denne institution kritiserer Retten for, at den således har tilsidesat den skønsmargin, som Kommissionen råder over på det pågældende område.

- 52 Kommissionen har navnlig gjort gældende, at den appellerede dom undlod at tage hensyn til de bemærkninger, der blev indhentet i forbindelse med den offentlige høring, som var iværksat i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvoraf det klart fremgik, at de fælles tilsagn og tærskelen på 275 mio. USD efter de andre interesserede parters opfattelse ikke var tilstrækkelige til at imødekomme de i meddelelsen i henhold til nævnte artikel 27, stk. 4, anførte konkurrencemæssige betænkeligheder, og at disse tilsagn har styrket De Beers' kontrol over markedet. Navnlig to bemærkninger fra tredjemænd forklarer, hvorledes permanente opkøb af et stort parti diamanter gjorde det muligt for De Beers at opretholde sin rolle som »market-maker«, som overstiger værdien af selskabets egen produktion.
- 53 Kommissionen kritiserer, at Retten i den appellerede doms præmis 136 konkluderede, at de fælles tilsagn til trods for, at den offentlige høring gav anledning til negative resultater, var tilstrækkelige til at imødekomme Kommissionens betænkeligheder. Resultaterne af nævnte høring skulle have ført Retten til at antage, at det drejede sig om et forholdsvis kompliceret område, hvor Kommissionen havde et vidt skøn, eller i det mindste et vist skøn.
- 54 Kommissionen har i øvrigt gjort gældende, at den havde haft store vanskeligheder med at identificere en tilpasset salgstærskel for at imødekomme dens konkurrencemæssige betænkeligheder, idet resultaterne fra den offentlige høring var stærkt negative. Efter Kommissionens opfattelse skyldtes denne kompleksitet navnlig den omstændighed, at en hvilken som helst tærskel oplever årlige udsving på grundlag af markedsvilkårene. Retten fandt imidlertid i den appellerede doms præmis 125, at Kommissionen havde erkendt, at den ikke havde foretaget en kompleks økonomisk analyse, og konkluderede i dommens præmis 126, at disse vanskeligheder under alle omstændigheder ikke forelå.
- 55 Kommissionen har anført, at dens argumenter i høj grad er blevet gengivet urigtigt. Det fremgår klart af sagen, at Kommissionen aldrig har ladet forstå, at den intet havde foretaget sig for at bedømme den relevante kvantitative tærskel. Den forklarede, at den efter at have afsluttet den økonomiske analyse ikke havde været i stand til at

fastslå nogen præcis salgssandel, som gav et endegyldigt svar på alle dens konkurrencemæssige betænkeligheder. Kommissionen accepterede derfor et tilsagn, som sparede den tid i forhold til en omfattende undersøgelse.

56 Alrosa kritiserer Kommissionen for at have handlet opportunistisk, da en hensyntagen til alternative løsninger, nemlig f.eks. fastsættelsen af et aftalt loft, som begrænsede selskabets salg til De Beers, ville have forsinket proceduren. Ifølge Alrosa synes Kommissionens standpunkt at foreslå, dels at behandlingen af sagen var af hastende karakter, og at denne institution ikke havde tilstrækkelig tid til at afgøre, om den ene eller anden af de af Alrosa foreslåede løsninger kunne imødekomme Kommissionens betænkeligheder, dels at de foreslåede tilsagn var komplicerede og vanskelige at undersøge. Dette er ikke tilfældet i denne sag.

57 Alrosa gør gældende, at selskabet, som alternativ løsning til det fuldstændige og varige forbud mod ethvert salg af diamanter til De Beers havde foreslået gradvist at nedbringe salget til sidstnævnte og efterfølgende begrænse sine salg til et årligt beløb efter aftale med Kommissionen. Alrosa foreslog endvidere, at selskabet i det mindste fik tilladelse til at sælge rådiamanter ved hjælp af auktioner, hvor den højestbydendes bud, herunder De Beers', blev antaget, men dette forslag blev afvist af Kommissionen.

58 Ifølge Alrosa antyder Retten heller ikke i den appellerede dom, at Kommissionen er forpligtet til at handle med videnskabelig nøjagtighed, når den bedømmer mulige løsninger. Tværtimod anerkender Retten direkte, at der bør tillægges Kommissionen et vist skøn ved anvendelsen af proportionalitetsprincippet, uden at den dog indrømmes et ubegrænset skøn, som ville få negative følger for tredjemand.

— Domstolens bemærkninger

- 59 Det skal bemærkes, at Kommissionen undersøgte de fælles tilsagn efter at have anmodet tredjemand om at fremsætte deres bemærkninger og efter at have konstateret den negative karakter af denne offentlige høring. Den har heraf konkluderet, at disse tilsagn ikke var tilstrækkelige.
- 60 Med henblik på at behandle Kommissionens klagepunkt og undersøge, om Retten, som Kommissionen har gjort gældende, virkelig har tilsidesat det skøn, Kommissionen råder over inden for rammerne af accepten af tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, er det først nødvendigt at præcisere skønnets udstrækning.
- 61 Eftersom Kommissionen ikke er forpligtet til selv at opstille mindre indgribende eller mere begrænsede alternativer til de tilsagn, der er afgivet over for den, som nævnt i denne doms præmis 40 og 41, var den eneste forpligtelse, der påhvilede den i det foreliggende tilfælde med hensyn til tilsagnenes forholdsmæssighed, at undersøge, om de fælles tilsagn afgivet som led i proceduren, der er indledt i henhold til artikel 82 EF, var tilstrækkelige til at imødekomme de betænkeligheder, Kommissionen havde identificeret som led i proceduren, der er indledt i henhold til artikel 82 EF.
- 62 Som generaladvokaten har anført i punkt 80 ff. i forslaget til afgørelse, nåede Kommissionen — i betragtning af resultaterne af den markedstest, den havde foretaget — til den konklusion, at de fælles tilsagn ikke var egnede til at løse de konkurrenceproblemer, den havde identificeret.

- 63 Retten ville kun have kunnet fastslå, at Kommissionen havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn, hvis Kommissionens konklusion, henset til de faktiske omstændigheder, som den har lagt til grund i sagen, helt klart var ubegrundet.
- 64 Retten har dog på ingen måde fastslået dette.
- 65 Derimod har Retten i den appellerede doms præmis 128 og 129, såvel som i præmis 137-153, undersøgt andre, mindre bebyrdende løsninger med henblik på anvendelsen af proportionalitetsprincippet, herunder eventuelle tilpasninger af de fælles tilsagn.
- 66 Retten fremsatte i den appellerede doms præmis 129-136 sin egen afvigende vurdering af, om de fælles tilsagn er egnede til at løse de af Kommissionen identificerede konkurrenceproblemer, inden den i den appellerede doms præmis 154 konkluderede, at der i denne sag forelå alternative og mindre indgribende løsninger for virksomhederne end det fuldstændige forbud mod transaktioner.
- 67 Dermed har Retten foretaget sin egen vurdering af komplekse økonomiske omstændigheder og således erstattet Kommissionens vurdering med sin egen, og den tilsidesætter derfor Kommissionens skønsmargin, i stedet for at efterprøve lovligheden af Kommissionens vurdering.
- 68 Den af Retten således begåede fejl begrundes i sig selv, at den appellerede dom ophæves.

- 69 Det er derfor uforholdent at undersøge Kommissionens øvrige argumenter til støtte for det første anbringendes andet led.

Det andet anbringende om fejlagtig fortolkning og anvendelse fra Rettens side af retten til at blive hørt

Formaliteten

- 70 Alrosa har anført, at Kommissionens argumenter vedrørende de retlige fejl, som Retten begik ved vurderingen af retten til forsvar, er irrelevante, da de er rettet mod en præmis i den appellerede dom, der er anført for fuldstændighedens skyld.
- 71 Alrosas argumentation skal forkastes. Selv om det er for fuldstændighedens skyld, at Retten fremførte denne del af argumentationen, udgør den, som generaladvokaten har anført i punkt 135 i forslaget til afgørelse, en anden, uafhængig støtte i dommen, som annullationen af den anfægtede beslutning hviler på, således som det klart fremgår af den appellerede doms præmis 204. Følgelig finder den faste retspraksis, hvorefter Domstolen uden videre forkaster klagepunkter rettet mod præmisser, der for fuldstændighedens skyld er anført i en dom afsagt af Retten, fordi disse ikke kan føre til dens ophævelse, ikke anvendelse i nærværende sag.

Realiteten

72 Kommissionen har i forbindelse med det andet anbringende fremsat fire klagepunkter:

— Den af Retten foretagne konstatering, hvorefter Alrosas ret til at blive hørt er tilsidesat, er ikke begrundet.

— Retten har truffet afgørelse ultra petita og tilsidesat retten til en retfærdig rettergang.

— Retten har foretaget en urigtig fortolkning af rækkevidden af Alrosas ret til at blive hørt.

— Retten har begået en retlig fejl ved at tage Alrosas anbringende om tilsidesættelse af retten til at blive hørt til følge, selv om der ikke var blevet foretaget en klar konstatering af, at denne påståede tilsidesættelse havde indflydelse på sagens udfald.

73 Først behandles Kommissionens argumenter med hensyn til Rettens vurdering vedrørende rækkevidden af Alrosas ret til at blive hørt.

— Parternes argumenter

- 74 Kommissionen har anført, at udleveringen under mødet den 27. oktober 2005 af et sammendrag af tredjemandsbemærkningerne som svar på markedstesten gav mulighed for at beskytte den til ret til forsvar, som Alrosa kunne have påberåbt sig. At give Alrosa en mulighed for at kommentere De Beers' individuelle tilsagn og tredjemands bemærkninger udgør ikke efter Kommissionens opfattelse en pligt, da Kommissionen klart havde meddelt, at den ville afvise de fælles tilsagn, en fremgangsmåde, som den fuldt ud havde ret til at vælge, eftersom den ikke var bundet af noget forslag om tilsagn. Kommissionen fremhæver, at den har mulighed for når som helst at afvise et forslag om tilsagn.
- 75 Desuden har der ifølge Kommissionen aldrig været tale om ensidigt påtagne tilsagn alene for Alrosa, da Kommissionen kun havde indledt to forskellige procedurer, den ene alene mod De Beers på grundlag af artikel 82 EF, den anden mod De Beers og Alrosa på grundlag af artikel 81 EF. Kommissionen har anført, at eftersom De Beers havde været den eneste til at foreslå ensidige tilsagn efter mødet den 27. oktober 2005, og således efterkom betænkelighederne med hensyn til artikel 82 EF, var der ikke nogen grund til at inkludere Alrosa i forhandlingerne med De Beers eller tilsende selskabet en kopi af det af sidstnævnte selskab foreslåede tilsagn, hvilket den ikke desto mindre gjorde og således gav Alrosa mulighed for at fremkomme med sine bemærkninger.
- 76 Kommissionen har understreget, at afvisningen af de fælles tilsagn ikke udgør hverken en retsakt, som kan gøres til genstand for et søgsmål, en kommissionsbeslutning eller en foranstaltning, som kunne have indvirkning på en parts retsstilling. Ingen parter, som er berørt af en procedure om overtrædelse, som kun indledes på grundlag af artikel 81 EF, vedrørende Alrosa, er berettiget til få accepteret eller afvist et forslag om tilsagn, og dette af bestemte årsager. Ifølge denne institution foreligger der heller ikke nogen ret til at indgive bemærkninger til et forslag om tilsagn, som er blevet fremsat af andre parter.

- 77 Kommissionen har desuden anført, at Retten i den appellerede dom har baseret sig på den forudsætning, at Alrosa under hele proceduren burde være blevet indrømmet de rettigheder, der tildeles en »pågående virksomhed« i henhold til forordning nr. 1/2003.
- 78 Det fremgår således klart af selve ordlyden af artikel 7, stk. 1, og artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, at begrebet »den pågående virksomhed« henviser til de virksomheder, som har overtrådt artikel 81 EF og 82 EF, eller med hensyn til hvilke Kommissionen agter at vedtage en beslutning ved at henholde sig til betænkelighederne ved overtrædelsen. Et selskab, der indgår en aftale med en virksomhed, som misbruger sin dominerende stilling, opnår ikke status som »medophavsmand« til overtrædelsen af artikel 82 EF eller som den »pågående virksomhed« i henhold til denne artikel.
- 79 Efter Kommissionens opfattelse fremgår det af den klare forskel, der eksisterer mellem status for »de pågående virksomheder« og status for »berørte tredjemænd«, at en »sammenhæng« mellem de procedurer, der indledes i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, ikke kan gøre en interesseret tredjepart til den »pågående virksomhed«. Kommissionen finder derfor, at selv om Alrosa som berørt tredjemand var berettiget til at kommentere De Beers' forslag om individuelle tilsagn, var Alrosa ikke berettiget til at få udskudt en beslutning vedrørende disse tilsagn, indtil selskabet havde mulighed for at fremsætte bemærkninger vedrørende afvisningen af de fælles tilsagn.
- 80 Forudsat at der tages hensyn til en angivelig sammenhæng mellem de procedurer, der indledes i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, eller at der kun var tale om »én samlet procedure«, er sådanne omstændigheder ikke tilstrækkelige til at udvide de procesuelle rettigheder, som indrømmes Alrosa. Selv »de pågående virksomheder«, der er omfattet af en procedure indledt i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, er kun berettiget til at anmode om, at deres tilsagn gøres bindende.

- 81 Alrosa har i denne forbindelse gjort gældende, at det hovedargument, som selskabet havde fremført, og som Retten tog til følge i den appellerede doms præmis 194 og 196, var, at Kommissionen ikke ved den anfægtede beslutning definitivt kunne forbyde selskabet at sælge enhver rådiamant til De Beers, da en sådan beslutning har tilsvarende virkning som en beslutning, der træffes i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, uden at selskabet under en af faserne har haft lejlighed til selv at blive hørt.
- 82 Alrosa gør gældende, at Retten har fastslået, at de procedurer, som Kommissionen indledte i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, hele tiden de facto blev betragtet som en enkelt procedure af såvel Kommissionen som af Alrosa og De Beers. Ifølge Alrosa er det klart, at Kommissionen har indledt ikke to særskilte, men en enkelt integreret procedure, som bygger på en enkelt helhed af faktiske omstændigheder og indledt på grundlag af artikel 81 EF mod Alrosa og De Beers, og på grundlag af artikel 82 EF alene mod De Beers.
- 83 Alrosa har anført, at Retten kunne have afvist Kommissionens argument udelukkende med henvisning til, at den anfægtede beslutning, der fører til det varige forbud mod ethvert salg af diamanter til De Beers, krævede, at Alrosa nyder alle de rettigheder, der tilkommer adressaten for en beslutning af denne art.
- 84 Alrosa gør gældende, at hvis det kunne være antaget, at selskabet blot var en tredjemand, som var »umiddelbart« og »negativt« berørt af den anfægtede beslutning, burde Kommissionen alligevel have meddelt selskabet begrundelsen for afvisningen af de fælles tilsagn og givet det mulighed for at blive hørt vedrørende afvisningen og det ensidige forslag, der førte til et varigt forbud mod ethvert salg af rådiamanter til De Beers.

— Domstolens bemærkninger

- ⁸⁵ I den appellerede dom lægger Retten til grund, at under den foreliggende sags omstændigheder — navnlig da de procedurer, som Kommissionen indledte i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, hele tiden de facto var blevet betragtet som en enkelt procedure af såvel Kommissionen som af De Beers og Alrosa — burde Alrosa være indrømmet de rettigheder, der tildeles en »pågældende virksomhed« i henhold til forordning nr. 1/2003, selv om selskabet i snæver forstand ikke havde status som »pågældende virksomhed« i en procedure indledt i henhold til artikel 82 EF.
- ⁸⁶ Efter i den appellerede doms præmis 195 at have fastslået, at Kommissionen efter modtagelsen af bemærkninger fra tredjemand ganske vist med rette kunne vurdere, at de fælles tilsagn ikke imødekom de betænkeligheder, der fremgik af Kommissionens foreløbige vurdering, udtalte Retten imidlertid i dommens præmis 196, at overholdelsen af høringsretten i en sag som denne kræver, dels at virksomheder, som har afgivet tilsagn, gøres bekendt med de væsentligste faktiske forhold, som Kommissionen for at kræve nye tilsagn lagde vægt på, dels at virksomhederne kan fremsætte bemærkninger hertil. I denne sag har Alrosa udelukkende fået oplysninger i sammendrag af de konklusioner, som Kommissionen har draget af bemærkningerne fra tredjemand. Bl.a. modtog Alrosa under mødet den 27. oktober 2005 et sammendrag af tredjemandsbemærkningerne, og Kommissionen havde oplyst selskabet om indholdet af de tilsagn, den forventede fra parterne efter det negative resultat af høringsen af tredjemand, dvs. ophør af en enhver forbindelse fra 2009 og et nyt forslag om tilsagn på grundlag heraf.
- ⁸⁷ Retten fastslog i den appellerede doms præmis 201, at Alrosa ikke havde fået mulighed for fuldt ud at udnytte retten til at blive hørt om de individuelle tilsagn fra De Beers, fordi disse tredjemandsbemærkninger først blev oversendt til selskabet på

samme tidspunkt som et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers, hvilket gjorde Alrosa ude af stand til nyttigt at besvare disse og fremsætte nye fælles tilsagn sammen med De Beers (præmis 201).

- ⁸⁸ Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen i denne sag indledte to procedurer, den ene i henhold til artikel 81 EF vedrørende De Beers' og Alrosas adfærd på markedet for rådiamanter, den anden i henhold til artikel 82 EF om De Beers' ensidige adfærd. Der blev inden for rammerne af disse to procedurer fremsendt to særskilte klagepunktsmeddelelser til henholdsvis De Beers og Alrosa. Det følger heraf, at Alrosa kun kunne have status som »pågældende virksomhed« i forbindelse med den procedure, der blev indledt i henhold til artikel 81 EF, med hensyn til hvilken der ikke er vedtaget nogen beslutning. I den henseende kan Alrosa derfor ikke påberåbe sig de processuelle rettigheder, der er forbeholdt parterne i proceduren vedrørende de individuelle tilsagn, eftersom sidstnævnte blev foreslået af De Beers i forbindelse med den administrative procedure vedrørende anvendelsen af artikel 82 EF med referencenummeret COMP/E-/38.381, som den anfægtede beslutning afsluttede.
- ⁸⁹ Som generaladvokaten således har anført i punkt 176 og 177 i forslaget til afgørelse, er det kun hvis det skulle vise sig, at Kommissionen uden saglig grund har indledt to særskilte procedurer vedrørende én faktisk situation, at Alrosa burde være indrømmet de rettigheder, der tildeles en pågældende virksomhed i forbindelse med en procedure indledt i henhold til artikel 82 EF. Retten har imidlertid ikke fastslået en sådan magtfordrejning fra Kommissionens side i den foreliggende sag, og der var heller intet, der tydede på, at dette skulle være tilfældet. Det var således sagligt begrundet, at Kommissionen indledte to særskilte administrative procedurer i betragtning af deres forskellige materielle retsgrundlag, nemlig artikel 81 EF på den ene side og artikel 82 EF på den anden side. Med hensyn til proceduren indledt i henhold til artikel 82 EF kunne kun De Beers som formodet dominerende virksomhed på markedet være adressat for klagepunktsmeddelelsen og Kommissionens beslutning, der bragte denne procedure til ophør.

- 90 Ikke desto mindre står det frit for en virksomhed, der mener, at den påvirkes af en beslutning, som er vedtaget i henhold til artikel 7 og 9 i forordning nr. 1/2003, at beskytte sine rettigheder i form af et søgsmål til prøvelse af denne beslutning. Heraf følger imidlertid ikke, at en sådan virksomhed som Alrosa får egenskab af en »deltagende part« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.
- 91 Som generaladvokaten har anført i punkt 175 i forslaget til afgørelse, havde Alrosa under den procedure vedrørende anvendelsen af artikel 82 EF, som blev afsluttet med den anfægtede beslutning, derfor kun de mindre vidtgående rettigheder, som en tredjemand har.
- 92 Det bemærkes i øvrigt, at Retten i sin argumentation baserede sig på den fejlagtige opfattelse, at Kommissionen var forpligtet til at give Alrosa en begrundet forklaring på, hvorfor tredjemandsbemærkningerne havde ændret Kommissionens standpunkt med hensyn til de fælles tilsagns egnethed, således at selskabet kunne foreslå nye fælles tilsagn med De Beers.
- 93 I denne forbindelse fastslog Retten for det første i den appellerede doms præmis 196, at Alrosa udelukkende havde fået oplysninger i sammendrag af de konklusioner, som Kommissionen havde draget af bemærkningerne fra tredjemand, og for det andet bemærkede Retten i denne doms præmis 201, at en ikke fortrolig version af tredjemandsbemærkningerne var blevet tilsendt Alrosa for sent og på samme tidspunkt som et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers, hvilket gjorde Alrosa ude af stand til nyttigt at besvare disse og fremsætte nye fælles tilsagn sammen med De Beers.

- 94 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionens accept af De Beers' individuelle tilsagn ikke var afhængig af Alrosa eller enhver anden virksomheds standpunkt i denne henseende. Det fremgår af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen har et vidt skøn med hensyn til at gøre et forslag om tilsagn bindende eller afvise det.
- 95 Det følger af det ovenstående, at det andet appelanbringende også er velbegrundet, for så vidt som Retten for det første har foretaget en urigtig fortolkning af begrebet den »pågældende virksomhed« som omhandlet i forordning nr. 1/2003 ved at sammenligne Alrosas retsstilling i forbindelse med proceduren vedrørende de individuelle tilsagn med De Beers' retsstilling, og for det andet baserede sig på den fejlagtige opfattelse, at Kommissionen var forpligtet til at begrunde sin afvisning af de fælles tilsagn og foreslå Alrosa at fremsætte nye fælles tilsagn med De Beers.
- 96 Det er således ikke nødvendigt at foretage en analyse af Kommissionens øvrige argumenter i forbindelse med dens andet anbringende.
- 97 Følgelig skal den appellerede dom ophæves.

Søgsmålet i første instans

- 98 I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen kan Den Europæiske Unions Domstol, når den ophæver den af Retten truffne afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.

99 Da sagen er moden til påkendelse, må der træffes afgørelse vedrørende Alrosas påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

100 Alrosa har fremført tre anbringender for Retten til støtte for sit søgsmål, for det første om tilsidesættelse af høringsretten, for det andet at den anfægtede beslutning tilsidesætter ordlyden af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, der forbyder, at en berørt virksomhed pålægges forpligtelser, der endvidere er tidsubegrænsede, og som virksomheden ikke frivilligt har underskrevet, og for det tredje at de tilsagn, der er blevet gjort bindende, går ud over, hvad der er nødvendigt, hvilket er i strid med forordningens artikel 9 og artikel 82 EF samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet.

Parternes argumenter

101 For det første gør Alrosa gældende, at den anfægtede beslutning tilsidesætter retten til at blive hørt, som er et grundlæggende EU-retligt princip, som Domstolen har anerkendt gentagne gange, og som i forbindelse med konkurrencesager omfatter såvel en pligt for Kommissionen til at meddele den pågældende virksomhed sine klagepunkter som en ret for sidstnævnte til at give svar herpå. Kommissionen gav imidlertid ikke udtryk for sine »nye væsentlige betænkeligheder« efter at have modtaget tredjemandsbemærkningerne. Ændringen af Kommissionens konklusioner kan derfor kun forklares ved den »egen analyse«, som blev udført af Generaldirektoratet for Konkurrence, efter hvilken Kommissionen ikke gav Alrosa mulighed for at blive hørt i denne henseende.

102 Den omstændighed, at Alrosa ikke formelt var part i den procedure, der blev indledt i henhold til artikel 82 EF, fratager ikke selskabet retten til at blive hørt, eftersom det nævnte generaldirektorat i en skrivelse af 8. februar 2006 anerkendte, at »særlige

omstændigheder« begrundede, at selskabet blev hørt som en umiddelbart og individuelt berørt virksomhed.

- 103 Kommissionen har svaret, at Alrosa ikke var part i den pågældende procedure, og rejser spørgsmålet om retsgrundlaget for Alrosas påberåbelse af retten til at blive hørt.
- 104 Med hensyn til skrivelsen af 8. februar 2006 har Kommissionen anført, at den ret til at blive hørt under den procedure, der blev indledt i henhold til artikel 82 EF, som Alrosa har påberåbt sig, hvilket blev anerkendt af høringskonsulenten i samme skrivelse, havde en anden rækkevidde end den, der følger af den ret, som tilkommer de virksomheder, der er genstand for en undersøgelse i Kommissionen.
- 105 Selv om Alrosa indtog en særlig stilling under proceduren, har Kommissionen vurderet — idet selskabet kun havde haft status som berørt tredjemand — at dets ret til at blive hørt, for så vidt som den vedrører selskabet, er begrænset til at fremsætte bemærkninger, hvilket det blev anmodet om at gøre på flere forskellige trin i proceduren. Kommissionen gør gældende, at Alrosa derfor fuldt ud nød retten til at blive hørt.
- 106 For det andet gør Alrosa gældende, at den anfægtede beslutning er i strid med artikel 9 i forordning nr. 1/2003, som ifølge Alrosa gav Kommissionen kompetence til at acceptere ikke individuelle, men udelukkende fælles tilsagn. Artikel 9 skal også fortolkes således, at en beslutning, som gør tilsagn bindende, kun kan vedtages for et bestemt tidsrum.

- 107 Kommissionen har anført, at begrebet de »pågældende virksomheder« ikke indebærer, at det udelukkende er de fælles tilsagn, som afgives af samtlige de virksomheder, der påvirkes af tilsagnet, eller som kan påvirkes heraf, som kan foreslås. En sådan fortolkning forudsætter, at alle de virksomheder, der er part i de omhandlede aftaler, selv om de ikke er omfattet af den procedure, der er indledt i henhold til artikel 82 EF, formelt skal afgive tilsagn og være adressater for den beslutning, som vedtages i medfør af nævnte artikel 9. Ifølge Kommissionen er De Beers — idet den procedure, der blev indledt i henhold til artikel 82 EF, kun vedrørte en påstand om dette selskabs misbrug af sin dominerende stilling — det eneste selskab, som tilbød tilsagn og var adressat for den beslutning, som blev vedtaget i medfør af artikel 9.
- 108 Kommissionen har med hensyn til dens påståede forpligtelse til kun at acceptere tilsagn for et bestemt tidsrum anført, at dette argument bygger på en fejlagtig fortolkning af artikel 9 i forordning nr. 1/2003. Den omstændighed, at Kommissionens beslutning, hvorved der fastslås tilsagn, »kan« vedtages for et bestemt tidsrum, kan ikke forpligte denne institution til at vedtage denne beslutning for et sådant tidsrum.
- 109 Alrosa har for det tredje anført, at forbuddet mod De Beers' køb af rådiamanter fra Alrosa udgør en tilsidesættelse af artikel 82 EF og artikel 9 i forordning nr. 1/2003, for så vidt som det pålægger et fuldstændigt og potentielt ubegrænset forbud mod, at de deltagende parter indgår aftaler, et forbud, som i denne sag ikke kan begrundes. Den anfægtede beslutning tilsidesætter således det grundlæggende princip om aftalefrihed.
- 110 Desuden er det ikke nødvendigt med et absolut forbud for at imødekomme Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder i henhold til artikel 82 EF. Alrosa har anført, at den anfægtede beslutning hermed tilsidesætter proportionalitetsprincippet.
- 111 Kommissionen har anført, at det grundlæggende princip om aftalefrihed er begrænset af navnlig artikel 81 EF og 82 EF.

- 112 Den anfægter ikke påstanden om, at proportionalitetsprincippet også gælder for en analyse af indvirkningen på tredjemand, men Kommissionen har fastholdt, at den har taget behørigt hensyn til Alrosas legitime forretningsmæssige interesser.
- 113 Kommissionen har anført, at dens egentlige opgave bestod i at efterprøve, om De Beers' individuelle tilsagn var tilstrækkelige til at imødekomme Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder. Kommissionen vurderer, at De Beers umiddelbart kunne tilbyde tilsagn, som ikke rækker ud over det, som er nødvendigt for i tilstrækkelig grad at imødekomme de nævnte betænkeligheder. Kommissionen tilføjer, at den på ingen måde var forpligtet til at undersøge andre situationer, der går ud over — eller ligger inden for — de tilsagn, som reelt blev tilbudt af De Beers, idet det reelt kun var nødvendigt at foretage en sammenligning med det tidligere forslag til fælles tilsagn.
- 114 Det fremgår af Kommissionens analyse, at de foreslåede fælles tilsagn ikke i tilstrækkelig grad imødekom dens konkurrencemæssige betænkeligheder. Kommissionen vurderede også, at det var nødvendigt med tilsagn, der går ud over disse fælles tilsagn.
- 115 Kommissionen er af den opfattelse, at det ikke tilkom Retten at fastslå — ved at foretage en kompleks økonomisk analyse — om de tilbudte tilsagn var tilstrækkelige til at imødekomme Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder, men blot efterprøve, om den anfægtede beslutning var behæftet med et åbenbart urigtigt skøn. Det er ubestridt, at Kommissionen har et vidt skøn på det pågældende område.

- 116 Kommissionen bemærker, at da den ikke havde modtaget andre forslag om tilsagn, var den eneste anden mulighed, som den havde, at genåbne den procedure, der fører til vedtagelsen af en beslutning i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, eventuelt mod både Alrosa og De Beers, eftersom denne mulighed næppe kan betegnes som et mere egnet middel til at imødekomme Kommissionens konkurrencemæssige betænkeligheder.
- 117 Det er derfor Kommissionens opfattelse, at De Beers' individuelle tilsagn, som blev gjort bindende ved den anfægtede beslutning, var egnede og nødvendige med henblik på at imødekomme de nævnte betænkeligheder, og at den angivelige tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet derfor ikke er godtgjort.

Domstolens bemærkninger

- 118 Det følger af de betragtninger, der er fremført i denne doms præmis 85-95, at det første anbringende, som blev påberåbt i første instans, ikke kan tages til følge.
- 119 Samtlige de klagepunkter, som Alrosa havde fremført inden for rammerne af dette anbringende, bygger på den forudsætning, at selskabet burde være blevet indrømmet mere vidtgående processuelle rettigheder end dem, der normalt indrømmes tredjemand. Denne forudsætning blev imidlertid udtrykkeligt afvist i denne doms præmis 91.
- 120 Det andet og det tredje anbringende fremsat i første instans skal ligeledes forkastes. Det fremgår således af alle ovenstående betragtninger, at Kommissionen ved at vedtage den anfægtede beslutning ikke har begået en retlig fejl, anlagt et åbenbart urigtigt skøn eller tilsidesat proportionalitetsprincippet. Alrosa har ikke godtgjort, at de

af De Beers foreslåede tilsagn, som blev gjort bindende af Kommissionen, åbenbart gik ud over, hvad der var nødvendigt for at imødekomme de betænkeligheder, som Kommissionen havde givet udtryk for i sin foreløbige vurdering.

- ¹²¹ Herefter skal alle Alrosas anbringender mod den anfægtede beslutning forkastes, og Kommissionen bør frifindes i den sag, der er anlagt ved Retten.

Sagens omkostninger

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

- ¹²³ I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af procesreglementets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Alrosa tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da selskabet har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) Dommen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 11. juli 2007, Alrosa mod Kommissionen (sag T-170/06), ophæves.**

- 2) Europa-Kommissionen frifindes i den sag, som Alrosa Company Ltd har anlagt ved Retten i Første Instans.**

- 3) Alrosa Company Ltd bærer sine egne omkostninger i forbindelse med appelsagen og sagen i første instans.**

Underskrifter