

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 17 september 2009¹

Inhoud

I — Inleiding	I - 5957
II — Rechtskader	I - 5958
A — Verordening nr. 1/2003	I - 5958
B — Verordening nr. 773/2004	I - 5959
III — Voorgeschiedenis van het geding en administratieve procedure	I - 5960
IV — Gerechtelijke procedure	I - 5963
V — Beoordeling van de middelen	I - 5964
A — Eerste middel: materieelrechtelijke kwesties in verband met het evenredigheidsbeginsel	I - 5964
1. Opmerking vooraf over de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel	I - 5965
2. Eisen aan de evenredigheid van toezeggingsbeschikkingen (eerste onderdeel van het eerste middel)	I - 5966
3. Concrete toetsing van de evenredigheid van de toezeggingsbeschikking (tweede onderdeel van het eerste middel)	I - 5969
a) Overschrijding van de grenzen van het rechterlijk toezicht door het Gerecht	I - 5970
i) Bestaan van een beoordelingsmarge van de Commissie	I - 5971

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

ii)	Schending van de beoordelingsmarge van de Commissie door het Gerecht	I - 5972
b)	De overige punten van kritiek van de Commissie op de benadering van het Gerecht	I - 5976
i)	De gestelde „verdraaiing van de omvang van het voorlopig onderzoek”	I - 5976
ii)	De eenzijdige inaanmerkingneming van de argumenten en belangen van Alrosa	I - 5977
iii)	De juridisch gebrekkige kwalificatie van de bekendmaking op grond van artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003	I - 5978
iv)	De verweten inbreuken op artikel 82 EG	I - 5980
—	De veronachtzaming van de positie van De Beers als producent	I - 5981
—	De veronachtzaming van de mogelijkheid van misbruik door bidders in het kader van veilingen	I - 5982
B —	Tweede middel: recht te worden gehoord in de administratieve procedure	I - 5984
1.	Vraag vooraf: Is het tweede middel niet ter zake dienend?	I - 5984
2.	Onderzoek van het tweede middel	I - 5985
a)	De gebrekkige motivering (eerste onderdeel van het tweede middel)	I - 5985
b)	Het beginsel ne ultra petita en het recht op een eerlijke proces (tweede onderdeel van het tweede middel)	I - 5986

i)	Het beginsel ne ultra petita	I - 5986
ii)	Het recht op een eerlijk proces	I - 5987
c)	De gevolgen van een eventuele schending van het recht te worden gehoord voor de beschikking van de Commissie (vierde onderdeel van het tweede middel)	I - 5989
d)	De omvang van Alrosa's recht te worden gehoord (derde onderdeel van het tweede middel)	I - 5990
i)	Opmerking vooraf	I - 5990
ii)	De grief van de Commissie	I - 5991
C —	Tussenconclusie	I - 5994
VI —	Beoordeling van het beroep in eerste aanleg van Alrosa	I - 5994
A —	De formele rechtmatigheid van de litigieuze beschikking (eerste middel)	I - 5994
1.	Het recht van Alrosa om te worden gehoord	I - 5994
2.	Voorwerp van Alrosa's recht om te worden gehoord	I - 5995
3.	Geen schending van Alrosa's recht te worden gehoord	I - 5997
B —	De materiële rechtmatigheid van de litigieuze beschikking (tweede en derde middel)	I - 5998
1.	Schending van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 (tweede middel)	I - 5999
a)	Het recht om op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 toe- zeggingen te doen	I - 5999
b)	De beperking van de geldigheidsduur van een toezeggingsbeschik- king	I - 6000
		I - 5955

c) Tussenconclusie	I - 6000
2. Schending van artikel 82 EG, artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en de beginselen van contractvrijheid en evenredigheid (derde middel)	I - 6001
a) De contractvrijheid (eerste onderdeel van het derde middel)	I - 6001
b) De evenredigheid (tweede onderdeel van het derde middel)	I - 6005
i) Het bestaan van een mededingingsbezwaar	I - 6006
ii) De geschiktheid en noodzaak van de eenzijdige toezeggingen van De Beers	I - 6007
iii) De evenredigheid in engere zin	I - 6008
iv) De gestelde discriminatie van Alrosa	I - 6008
v) Tussenconclusie	I - 6010
C — Tussenconclusie	I - 6010
VII — Kosten	I - 6010
VIII — Conclusie	I - 6011

I — Inleiding

1. Welke eisen vloeien voort uit het evenredigheidsbeginsel, wanneer de Europese Commissie als mededingingsautoriteit toezeggingen² van een onderneming aanvaardt en verbindend verklaart, die gevolgen hebben voor de belangen van een andere onderneming? Deze vraag, die van groot belang is voor de verdere ontwikkeling van het Europese mededingingsrecht, vormt de kern van de onderhavige hogere voorziening. Van de beantwoording daarvan hangt in beslissende mate de omvang af van de nieuwe bevoegdheid tot het geven van beschikkingen waarbij toezeggingen verbindend worden verklaard, die in artikel 9 van verordening (EG) nr. 1/2003³ aan de Commissie is verleend. Het arrest van het Hof zal waarschijnlijk ook doorwerken op andere deelgebieden van het mededingingsrecht, met name het recht inzake staatssteun en de concentratiecontrole.

2. Achtergrond van dit geding is een toezegging die de onderneming De Beers in 2006 aan de Commissie heeft gedaan om te voorkomen dat haar misbruik van een machtspositie

(artikel 82 EG) werd verwetent. Als nummer één in de wereldwijde diamantsector heeft De Beers zich ertoe verbonden in de toekomst geen ruwe diamanten meer te kopen bij Alrosa, de op een na grootste producent, hetgeen het einde betekende van een jarenlange handelsbetrekking tussen de twee concerns. De Commissie heeft deze toezegging van De Beers bij een beschikking krachtens artikel 9 van verordening nr. 1/2003 verbindend verklaard.⁴ Alrosa acht dit onevenredig en is bovendien van mening dat haar recht om te worden gehoord is geschonden. In een procedure voor het Gerecht van eerste aanleg heeft Alrosa nietigverklaring van de litigieuze beschikking verkregen.⁵ Daartegen heeft de Commissie op haar beurt de onderhavige hogere voorziening ingesteld.

3. Het geding tussen de Commissie en Alrosa illustreert hoe moeilijk het in een concreet geval kan zijn om bij de afweging tussen het belang bij een doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht en het individuele belang van ondernemingen tot een rechtvaardig compromis te komen zonder afbreuk te doen aan hun procedurele rechten, noch aan de proceseconomie.

2 — Voetnoot niet van belang voor de Nederlandse taalversie.

3 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

4 — Beschikking 2006/520/EG van de Commissie van 22 februari 2006 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van het EER-Verdrag (Zaak COMP/B-2/38.381 — De Beers), kennisgeving geschied onder nummer C(2006) 521 en samengevat in PB L 205, blz. 24; hierna ook: „litigieuze beschikking”.

5 — Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 juli 2007, Alrosa/Commissie (T-170/06, Jurispr. blz. II-2601, gerectificeerd bij beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van 27 augustus 2007); hierna ook: „bestreden arrest” of „arrest van het Gerecht”.

II — Rechtskader

4. Het rechtskader van deze zaak omvat naast artikel 82 EG en artikel 54 EER een aantal bepalingen van verordening (EG) nr. 1/2003 en verordening (EG) nr. 773/2004.⁶

A — Verordening nr. 1/2003

5. Verordening nr. 1/2003, die sinds 1 mei 2004 van toepassing is⁷, moderniseert de procedureregels van het mededingingsrecht en verruimt de bevoegdheden van de Commissie als mededingingsautoriteit van de Gemeenschap.

6. Tot de nieuwe bevoegdheden van de Commissie behoort in het bijzonder artikel 9 van verordening nr. 1/2003, met het opschrift „Toezeggingen” en met de volgende tekst:

„1. Wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk

te geven, en de betrokken ondernemingen toezeggingen doen om aan de bezorgdheden tegemoet te komen die de Commissie hun in haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, kan de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter verlenen. De beschikking kan voor een bepaalde periode worden gegeven en bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan.

2. De Commissie kan, op verzoek of op eigen initiatief, de procedure heropenen,

a) indien er een wezenlijke verandering optreedt in de feiten waarop de beschikking steunt,

b) indien de betrokken ondernemingen in strijd met de door hen gedane toezeggingen handelen; of

c) indien de beschikking op door de partijen verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende inlichtingen berust.”

7. Daarnaast wijs ik op artikel 7 van verordening nr. 1/2003; deze bepaling draagt het opschrift „Vaststelling en beëindiging van inbreuken” en bepaalt in lid 1:

„Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk

6 — Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 123, blz. 18).

7 — Artikel 45, tweede alinea, van verordening nr. 1/2003.

op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. Zij kan hun daartoe alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. [...]"

8. Artikel 27 van verordening nr. 1/2003, dat het horen van partijen, klagers en derden regelt, luidt:

„1. Alvorens een beschikking op grond van de artikelen 7, 8, 23 of artikel 24, lid 2, te geven, stelt de Commissie ondernemingen en ondernemersverenigingen die het voorwerp van haar procedure uitmaken in de gelegenheid hun standpunt ten aanzien van de door haar in aanmerking genomen bezwaren kenbaar te maken. De Commissie doet haar beschikkingen slechts steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken. De klagers worden nauw bij de procedure betrokken.

2. Het recht van verdediging van de partijen wordt in de loop van de procedure ten volle geëerbiedigd. De partijen hebben het recht tot inzage van het dossier van de Commissie, onder voorbehoud van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs worden gegeven. [...]

3. Indien de Commissie dit nodig acht, kan zij andere natuurlijke personen of rechtspersonen horen. Wanneer natuurlijke personen of rechtspersonen verzoeken te worden gehoord, en een voldoende belang aantonen, moet hun verzoek worden ingewilligd. [...]

4. Wanneer de Commissie van plan is een beschikking uit hoofde van artikel 9 of 10 aan te nemen, maakt zij een beknopte samenvatting van de zaak en de hoofdlijnen van de toezeggingen of het voorgestelde optreden bekend. Belanghebbende derden kunnen hun opmerkingen meedelen binnen een periode van ten minste één maand die de Commissie bij de bekendmaking vaststelt. Bij de bekendmaking wordt rekening gehouden met het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven."

B — *Verordening nr. 773/2004*

9. Bij verordening nr. 773/2004, die op 1 mei 2004 in werking is getreden, heeft de Commissie bepalingen ter uitvoering van verordening nr. 1/2003 vastgesteld.⁸

⁸ — De rechtsgrondslag van verordening nr. 773/2004 is artikel 33 van verordening nr. 1/2003; zie voor de inwerkingtreding artikel 20 van verordening nr. 773/2004.

10. Artikel 10 van verordening nr. 773/2004 luidde ten tijde van de vaststelling van de litigieuze beschikking als volgt:

„1. De Commissie deelt de betrokken partijen de jegens hen aangevoerde bezwaren schriftelijk mee. De mededeling van punten van bezwaar wordt aan elk van de betrokkenen gericht.

2. Op het ogenblik dat de mededeling van punten van bezwaar de betrokken partijen ter kennis wordt gebracht, stelt de Commissie een termijn vast waarbinnen deze partijen haar schriftelijk hun standpunt kenbaar kunnen maken. De Commissie is niet verplicht rekening te houden met schriftelijke opmerkingen die zij na het verstrijken van die termijn ontvangt.

[...]”

11. Voorts bepaalde artikel 15, lid 1, van verordening nr. 773/2004:

„Op verzoek verleent de Commissie de partijen aan wie zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, toegang tot het dossier. Toegang wordt verleend na toezending van de mededeling van punten van bezwaar.”

12. De intussen opgetreden wijzigingen van verordening nr. 773/2004⁹ zijn pas na de vaststelling van de litigieuze beschikking in werking getreden en dus niet van toepassing op de onderhavige zaak.

III — Voorgeschiedenis van het geding en administratieve procedure

13. In de vaststellingen van het Gerecht¹⁰ worden de voorgeschiedenis van het onderhavige geding en de administratieve procedure bij de Commissie als volgt beschreven.

14. Alrosa Company Ltd¹¹ is een te Mirny (Rusland) gevestigde vennootschap. Zij is met name actief op de wereldmarkt voor de productie en levering van ruwe diamanten, waar zij de tweede plaats inneemt. Zij is met name in Rusland aanwezig. Zij houdt zich daar bezig met de exploratie, delving, waardebepaling en levering, alsook met de vervaardiging van juwelen.

15. De groep De Beers¹², met als belangrijkste holdingmaatschappij de in Luxemburg gevestigde De Beers SA, is actief op de wereldmarkt voor de productie en levering van ruwe

9 — Verordening nr. 773/2004 is gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1792/2006 van de Commissie van 23 oktober 2006 (PB L 362, blz. 1) en bij verordening (EG) nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 (PB L 171, blz. 3).

10 — Punten 8-26 en 179 van het bestreden arrest.

11 — Hierna: „Alrosa”.

12 — Hierna ook: „De Beers”.

diamanten, waar zij de eerste plaats inneemt. De groep is hoofdzakelijk aanwezig in Zuid-Afrika, Botswana, Namibië en Tanzania, alsmede in het Verenigd Koninkrijk. Zij houdt zich daar bezig met de exploratie, delving, waardebeoordeling, levering, verhandeling en productie, alsook met de vervaardiging van juwelen, waarmee zij de gehele diamantsector bestrijkt.

16. Op 5 maart 2002 hebben Alrosa en De Beers bij de Commissie een overeenkomst aangemeld die op 17 december 2001 was gesloten tussen Alrosa en twee dochtermaatschappijen van de groep De Beers, met het oog op een negatieve verklaring of een vrijstelling op grond van de destijds nog geldende verordening nr. 17.¹³

17. De aangemelde overeenkomst, die was gesloten in het kader van de langdurige handelsbetrekkingen tussen Alrosa en De Beers, betrof voornamelijk de levering van ruwe diamanten. De overeenkomst werd aangegaan voor een periode van vijf jaar, die inging vanaf de datum waarop de Commissie aan de medecontractanten zou bevestigen dat zij niet in strijd was met artikel 81 EG of artikel 82 EG.

18. Tijdens die periode verbond Alrosa zich ertoe, in Rusland geproduceerde natuurlijke ruwe diamanten te verkopen aan De Beers voor een bedrag van 800 miljoen

Amerikaanse dollar (USD) per jaar, terwijl De Beers zich ertoe verbond om ze van haar af te nemen. Met betrekking tot het vierde en het vijfde jaar van de uitvoering van de aangemelde overeenkomst mocht Alrosa echter dat bedrag verminderen tot 700 miljoen USD. Het bedrag van 800 miljoen USD, dat op basis van de geldende prijzen op de datum van sluiting van de aangemelde overeenkomst was vastgesteld, kwam overeen met ongeveer de helft van de jaarproductie van Alrosa en met haar gehele productie die uit het Gemeenbest van Onafhankelijke Staten (GOS) werd uitgevoerd.

19. Na de aanmelding heeft de Commissie twee parallelle procedures ingeleid, de ene op basis van artikel 81 EG en de andere op basis van artikel 82 EG.

20. Op 14 januari 2003 heeft de Commissie enerzijds Alrosa en De Beers een mededeling van punten van bezwaar (zaak COMP/E-3/38.381) gezonden, waarin zij zich op het standpunt stelde dat de aangemelde overeenkomst een bij artikel 81, lid 1, EG verboden mededingingsversturende overeenkomst kon vormen en niet op grond van artikel 81, lid 3, EG kon worden vrijgesteld. Op dezelfde dag heeft zij anderzijds De Beers een afzonderlijke mededeling van punten van bezwaar (zaak COMP/E-2/38.381) gezonden, waarin zij zich op het standpunt stelde dat de overeenkomst een bij artikel 82 EG verboden misbruik van machtspositie kon vormen.

21. Op 31 maart 2003 hebben Alrosa en De Beers aan de Commissie gemeenschappelijke schriftelijke opmerkingen gezonden in

13 — Verordening (EEG) nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 13, blz. 204). Deze verordening was de voorganger van verordening nr. 1/2003, waardoor zij met ingang van 1 mei 2004 is vervangen.

antwoord op de mededeling van punten van bezwaar in zaak COMP/E-3/38.381.

22. Op 1 juli 2003 heeft de Commissie Alrosa en De Beers een aanvullende mededeling van punten van bezwaar gezonden, waarin zij van mening was dat de aangemelde overeenkomst ook een bij artikel 53, lid 1, EER verboden mededingingsverstoring overeenkomst kon zijn en niet op grond van artikel 53, lid 3, EER kon worden vrijgesteld. Op dezelfde dag heeft zij bovendien De Beers een afzonderlijke aanvullende mededeling van punten van bezwaar gezonden, volgens welke de aangemelde overeenkomst ook een bij artikel 54 EER verboden misbruik van machtspositie kon vormen.

23. Op 7 juli 2003 zijn Alrosa en De Beers in hun mondelinge opmerkingen door de Commissie gehoord.

24. Op 12 september 2003 heeft Alrosa toezeggingen gedaan¹⁴ om de hoeveelheid van aan De Beers verkochte ruwe diamanten vanaf het zesde jaar na de inwerkingtreding van de aangemelde overeenkomst eerst af te bouwen en vanaf 2013 niet langer ruwe diamanten aan De Beers te verkopen. Alrosa is naderhand echter van die toezeggingen teruggekomen.

25. Op 14 december 2004 hebben Alrosa en De Beers gezamenlijk toezeggingen gedaan¹⁵, die ertoe strekten tegemoet te komen aan de bezorgdheden die de Commissie hun te kennen had gegeven. Die gezamenlijke toezeggingen voorzagen in de geleidelijke afbouw van de verkoop van ruwe diamanten van Alrosa aan De Beers, waarvan de waarde van 700 miljoen USD in 2005 tot 275 miljoen USD in 2010 zou dalen, en nadien op dat niveau zou worden gehandhaafd.

26. Over deze gezamenlijke toezeggingen van Alrosa en De Beers heeft de Commissie op 3 juni 2005 een bekendmaking gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.¹⁶ Daarin verzocht zij belanghebbende derden haar binnen één maand hun opmerkingen kenbaar te maken. Bovendien gaf zij blijk van haar voornemen een beschikking te geven die de gezamenlijke toezeggingen verbindend zou verklaren, afhankelijk van de resultaten van de markttoets.

27. Na die bekendmaking hebben 21 belanghebbende derden opmerkingen ingediend bij de Commissie, die Alrosa en De Beers op 27 oktober 2005 daarvan in kennis heeft gesteld. Tegelijkertijd heeft de Commissie de twee ondernemingen in het licht van de resultaten van de markttoets verzocht haar vóór eind november 2005 nieuwe gezamenlijke toezeggingen voor te leggen, die dienden te leiden tot een volledige stopzetting van hun handelsbetrekkingen vanaf 2009.

14 — Hierna: „eenzijdige toezeggingen van Alrosa”.

15 — Hierna: „gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa”.

16 — PB C 136, blz. 32.

28. Op 25 januari 2006 heeft De Beers eenzijdige toezeggingen¹⁷ gedaan die ertoe strekten tegemoet te komen aan de bezorgdheden die de Commissie had geuit.¹⁸ Met deze eenzijdige toezeggingen verplichtte De Beers zich haar aankoop van ruwe diamanten bij Alrosa geleidelijk af te bouwen; de waarde daarvan zou van 600 miljoen USD in 2006 tot 400 miljoen USD in 2008 dalen; daarna zou de aankoop volledig worden stopgezet.

29. Op 26 januari 2006 heeft de Commissie Alrosa een uittreksel uit de eenzijdige toezeggingen van De Beers gezonden en heeft zij haar verzocht haar opmerkingen daarover kenbaar te maken. Zij heeft Alrosa ook een kopie van de niet-vertrouwelijke opmerkingen van derden doen toekomen.

30. Daarna hebben Alrosa en de Commissie van gedachten gewisseld over een aantal aspecten van de procedure van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en de implicaties daarvan voor de aan de orde zijnde zaak. Het ging daarbij voornamelijk om de toegang tot het dossier, alsmede om de kwestie van de rechten van de verdediging en in het bijzonder het recht te worden gehoord. Bovendien heeft Alrosa in haar brief van 6 februari 2006 commentaar gegeven op de eenzijdige toezeggingen van De Beers en de opmerkingen van derden.

31. Op 22 februari 2006 heeft de Commissie de litigieuze beschikking vastgesteld. In artikel 1 ervan bepaalde zij: „De in bijlage opgesomde toezeggingen zijn verbindend voor De Beers”, en in artikel 2: „De procedure in deze zaak wordt afgesloten.” De litigieuze beschikking was gebaseerd op artikel 82 EG en artikel 54 EER. De parallelle procedure op basis van artikel 81 EG en artikel 53 EER verviel daarmee.¹⁹

IV — Gerechtelijke procedure

32. Op 29 juni 2006 heeft Alrosa tegen de litigieuze beschikking beroep ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg; zij vorderde nietigverklaring van die beschikking en verwijzing van de Commissie in de kosten. Daartegenover vorderde de Commissie het beroep ongegrond te verklaren en Alrosa te verwijzen in de kosten. Op grond van artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg werd een versnelde procedure gevolgd.²⁰

33. Met het bestreden arrest heeft het Gerecht op 11 juli 2007 het beroep van Alrosa toegewezen. Het heeft de litigieuze

17 — Hierna: „eenzijdige toezeggingen van De Beers”.

18 — De Commissie onderstreept in haar verzoekschrift dat het daarbij ging om de definitieve versie van toezeggingen die haar reeds eind november of begin december 2005 voor het eerst waren voorgelegd en waaraan tot en met 26 januari 2006 nog enige redactionele wijzigingen zijn aangebracht.

19 — Blijkens punt 185 van het bestreden arrest heeft de Commissie Alrosa in een brief van 22 februari 2006 meegedeeld dat de „haar betreffende procedure” was afgesloten.

20 — Zie punt 30 van het bestreden arrest.

beschikking nietig verklaard en de Commissie verwezen in haar eigen kosten en de kosten van Alrosa.

— alle andere maatregelen te nemen die het Hof passend acht.

34. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 24 september 2007²¹, heeft de Commissie hogere voorziening ingesteld, waarin zij vordert:

36. Bij het Hof zijn over de hogere voorziening eerst schriftelijke opmerkingen ingediend, en vervolgens heeft er op 3 juni 2009 een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

— het bestreden arrest te vernietigen,

— het geding definitief af te doen en het beroep tot nietigverklaring in zaak T-170/06 ongegrond te verklaren, en

— verzoekster in zaak T-170/06 te verwijzen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in die van de onderhavige hogere voorziening.

V — Beoordeling van de middelen

37. De Commissie voert twee middelen aan tegen het arrest in eerste aanleg; het eerste heeft betrekking op materieelrechtelijke kwesties in verband met de hantering van het evenredigheidsbeginsel, terwijl het tweede gewijd is aan het recht te worden gehoord in de administratieve procedure.

35. Alrosa op haar beurt vordert:

— de hogere voorziening af te wijzen,

— de Commissie te verwijzen in de gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten en uitgaven van Alrosa in verband met deze zaak, en

A — Eerste middel: materieelrechtelijke kwesties in verband met het evenredigheidsbeginsel

38. Met haar eerste middel verwijt de Commissie het Gerecht in wezen een onjuiste uitlegging en toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de aan de orde zijnde zaak. In dit verband voert zij ook aan dat het Gerecht artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en artikel 82 EG verkeerd heeft uitgelegd, het arrest gebrekkig heeft gemotiveerd, feiten heeft verdraaid en de grenzen van het rechterlijk toezicht heeft overschreden.

²¹ — Het origineel van het eerst per fax ingediende verzoekschrift is op 26 september 2007 neergelegd ter griffie van het Hof.

39. De achterliggende vraag is of het Gerecht in casu terecht ervan is uitgegaan dat er alternatieven bestonden voor de eenzijdige toezeggingen van De Beers — namelijk de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa — die de belangen van Alrosa minder hadden geschaad en die de Commissie niet buiten beschouwing had mogen laten.

41. In beginsel zijn de betrokkenen bij de procedure het erover eens dat beschikkingen van de Commissie op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 aan het evenredigheidsbeginsel moeten voldoen.

1. Opmerking vooraf over de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel

40. In mededingingsrechtelijke procedures streeft de Commissie ernaar de mededinging binnen de interne markt te beschermen tegen vervalsing (artikel 3, lid 1, sub g, EG). Daartoe treedt de Commissie enerzijds op tegen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking of mededingingsbeperkende gevolgen (artikel 81 EG, artikel 53 EER), en anderzijds tegen het misbruik van een machtspositie (artikel 82 EG, artikel 54 EER). Om tegemoet te komen aan de bezorgdheid van de Commissie op het gebied van de mededinging, staat het ondernemingen vrij om toezeggingen te doen die de Commissie bij beschikking op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 verbindend kan verklaren.

42. In artikel 9 van verordening nr. 1/2003 wordt weliswaar, anders dan in artikel 7 ervan, niet uitdrukkelijk naar de evenredigheid verwezen, maar als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is het evenredigheidsbeginsel maatstaf voor de rechtmatigheid van alle handelingen van de gemeenschapsinstellingen²², inclusief de beschikkingen van de Commissie als mededingingsautoriteit.²³

43. Wanneer toezeggingen van een of meer ondernemingen onevenredig blijken te zijn aan het doel van de Commissie om de mededinging tegen vervalsing te beschermen, dan mag de Commissie die toezeggingen niet verbindend verklaren. Zij dient de onderneming(en) dan op de onevenredigheid te wijzen en eventueel ertoe aan te zetten de toezeggingen te wijzigen. Voor zover een pakket toezeggingen deelbaar is, belet voorts

22 — Zie onder meer arresten van 11 juli 1989, Schröder (265/87, Jurispr. blz. 2237, punt 21); 13 november 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 13); 12 juli 2001, Jippes e.a. (C-189/01, Jurispr. blz. I-5689, punt 81); 9 maart 2006, Zuid-Hollandse Milieufederatie en Natuur en Milieu (C-174/05, Jurispr. blz. I-2443, punt 28), en 24 mei 2007, Maatschap Schonewille-Prins (C-45/05, Jurispr. I-3997, punt 45).

23 — Zie bijvoorbeeld arresten van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie („Magill”, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 93), en 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie („Cementbouw”, C-202/06 P, Jurispr. blz. I-12129, punt 52).

niets de Commissie slechts een gedeelte van de toezeggingen verbindend te verklaren.²⁴

44. Tussen partijen in de procedure bestaat echter grote onenigheid over de vraag welke eisen precies uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeien voor toezeggingsbeschikkingen in de zin van artikel 9 van verordening nr. 1/2003.

2. Eisen aan de evenredigheid van toezeggingsbeschikkingen (eerste onderdeel van het eerste middel)

45. Of het Gerecht bij de toetsing van de evenredigheid van de litigieuze beschikking de juiste criteria heeft gehanteerd, is een rechtsvraag, die in het kader van een hogere voorziening kan worden opgeworpen.²⁵

46. Volgens vaste rechtspraak volgt uit het evenredigheidsbeginsel dat handelingen van gemeenschapsinstellingen niet verder mogen gaan dan wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden

nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen mogelijk is, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting meebrengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelstellingen.²⁶

47. Aan het bestreden arrest ligt de veronderstelling ten grondslag dat het evenredigheidsbeginsel in het kader van toezeggingsbeschikkingen op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 dezelfde gevolgen heeft als in het kader van verbodsbeschikkingen op grond van artikel 7 van die verordening.²⁷ Artikel 7 en artikel 9 hebben volgens het Gerecht hetzelfde doel; de enige bijzonderheid van artikel 9 is dat de Commissie ontslagen wordt van de verplichting de procedure krachtens artikel 85 EG voort te zetten en in het bijzonder de inbreuk te bewijzen.²⁸

48. Deze benadering van het Gerecht wordt terecht door de Commissie bekritiseerd.

49. Het Gerecht gaat voorbij aan fundamentele verschillen tussen artikel 9 en artikel 7 van verordening nr. 1/2003, die van groot belang zijn voor de toetsing van de evenredigheid

²⁴ — In die zin ook punten 88 en 139 van het bestreden arrest.

²⁵ — In die zin arresten van 25 januari 2007, *Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie* (C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. blz. I-729, punt 40); 10 juli 2008, *Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala („Impala”*, C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 117), en 16 december 2008, *Masdar (UK)/Commissie* (C-47/07 P, Jurispr. blz. I-9823, punt 77).

²⁶ — Zie op dit punt nogmaals de in voetnoot 22 aangehaalde rechtspraak.

²⁷ — Zie met name punten 101, 103, 104 en 140 van het bestreden arrest.

²⁸ — Punten 87 en 95 van het bestreden arrest.

van de desbetreffende beschikkingen van de Commissie.

50. Anders dan artikel 7, is artikel 9 van verordening nr. 1/2003 geen instrument ter vaststelling van inbreuken op het mededingingsrecht²⁹, maar biedt het de Commissie enkel de mogelijkheid om voor de toekomst daadwerkelijk tegemoet te komen aan bezorgdheden op het punt van de mededinging.

51. Kenmerkend voor artikel 9 van verordening nr. 1/2003 is het streven naar proceconomie. Zonder eerst te concluderen of al dan niet een inbreuk is gepleegd³⁰, neemt de Commissie de door haar vastgestelde mededingingsbezwaren samen met de betrokken ondernemingen weg en baseert zij zich daarbij op hun vrijwillig voorgelegde toezeggingen. In het kader van een beschikking op grond van artikel 7 zou zij daarentegen de corrigerende maatregelen zelf moeten opsporen, wat van haar een veel omvangrijker en langduriger onderzoek en ook een uitvoeriger beoordeling van de feiten zou vergen.

52. De bijzonderheden van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 hebben in tweevlei opzicht gevolgen voor de toetsing van de evenredigheid van op grond van die bepaling vastgestelde toezeggingsbeschikkingen.

29 — De uitspraak in punt 87 van het bestreden arrest, dat een beschikking op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 tot gevolg heeft dat „een einde wordt gemaakt aan de procedure om een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen en te bestraffen”, is op zijn minst onduidelijk.

30 — Zie op dit punt de tweede zin van punt 13 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

53. In de eerste plaats moeten in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 strengere eisen worden gesteld aan de *geschiktheid* van de verbindend verklaarde toezeggingen. Indien die toezeggingen niet *kennelijk geschikt* zijn om tegemoet te komen aan de door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaren, mag de Commissie ze afwijzen. Alleen op die wijze kan het doel van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 worden verwezenlijkt, namelijk het snel en doeltreffend wegnemen van de mededingingsbezwaren zonder grote onderzoeks- en beoordelingsinspanningen van de kant van de Commissie. Op toezeggingen waarvan de geschiktheid pas na een uitvoerige toetsing door de Commissie kan worden beoordeeld, hoeft de Commissie niet in te gaan.

54. In de tweede plaats dient bij de beoordeling van de *noodzaak* van de toezeggingen om tegemoet te komen aan de door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaren, onderscheid te worden gemaakt naargelang de belangen worden geraakt van de onderneming die de toezeggingen heeft gedaan, dan wel de belangen van derden.

55. Terwijl de noodzaak ten aanzien van de belangen van de onderneming die die toezeggingen heeft gedaan (in casu: De Beers),

zonder meer kan worden vermoed³¹, geldt dit niet wanneer de belangen van derden (in casu: Alrosa) worden geraakt. Want zij hebben de toezeggingen niet gedaan, zodat ook het feit dat de toezeggingen op vrijwillige basis worden aangeboden geen garantie kan zijn voor de behartiging van hun belangen. Aangaande de belangen van derden moet juist steeds worden getoetst of de toezeggingen verder gaan dan nodig is voor het wegnemen van de betrokken mededingingsbezwaren.

56. De Commissie is ten aanzien van beschikkingen op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 niet gehouden zelf naar minder ingrijpende alternatieven voor de bij haar ingediende toezeggingen te zoeken. Wel moet zij bij alle haar bekende alternatieven voor dergelijke toezeggingen — in casu met name de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa — onderzoeken of zij mildere middelen om tegemoet te komen aan de vastgestelde mededingingsbezwaren vormen, die niet of minder belastend zijn voor de belangen van derden.

57. De Commissie hoeft daarbij echter enkel die alternatieven in aanmerking te nemen welke *even geschikt* zijn om de vastgestelde mededingingsbezwaren weg te nemen als de bij haar ingediende toezeggingen. Zowel de

daadwerkelijk aangeboden toezeggingen als ook eventuele alternatieven daarvoor, moeten dus *duidelijk* geschikt zijn om de mededingingsbezwaren weg te nemen.³²

58. Het Gerecht verwijt de Commissie dus ten onrechte dat zij „alternatieve, minder belastende oplossingen voor de ondernemingen [...] met een beroep op de vermeende moeilijkheid om die oplossingen te vinden” niet in aanmerking heeft genomen.³³ Conform de doelstelling van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 dient de toetsing van alternatieven geen omvangrijk en langdurig onderzoek of beoordeling te vergen. Alternatieven waarvan de geschiktheid zonder een dergelijke inspanning niet met voldoende zekerheid zou zijn vast te stellen, mag de Commissie in de procedure op grond van artikel 9 buiten beschouwing laten.

59. Anders dan het Gerecht meent³⁴, kan de Commissie in het kader van artikel 9 zonder meer bepaalde manieren om tot een oplossing te komen, verwerpen, die zij in het kader van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 had moeten onderzoeken. Want op grond van de nagestreefde proceseconomie zijn er in het kader van artikel 9 doorgaans minder

31 — Zie in dit verband — met betrekking tot een procedure betreffende de controle op concentraties — mijn conclusie van 26 april 2007 in de zaak Cementbouw (aangehaald in voetnoot 23, punt 69).

32 — Zie op dit punt nogmaals boven, punt 53 van deze conclusie.

33 — Punt 154 van het bestreden arrest.

34 — Zie met name punten 101, 140 en 154 van het bestreden arrest.

keuzemogelijkheden dan in het kader van artikel 7, wat de in aanmerking komende middelen voor het wegnemen van een mededingingsbezwaar betreft.

onderneming met een machtspositie. Gelet op het algemeen belang bij onvervalste mededinging, verdient dat vertrouwen evenwel hooguit in beperkte mate bescherming.

60. Op grond van het algemeen belang om mededingingsbezwaren zo snel en procedureel efficiënt mogelijk weg te nemen, is het gerechtvaardigd de keuze van de in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 in aanmerking komende maatregelen te beperken. Ondernemingen die toezeggingen doen, accepteren bewust dat die mogelijk verder gaan dan wat de Commissie zelf hun na een grondig onderzoek in een beschikking op grond van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 zou kunnen opleggen. Als tegenprestatie verkrijgen zij met de stopzetting van de tegen hen gevoerde mededingingsrechtelijke procedure snel rechtszekerheid en kunnen zij de voor hen nadelige vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels en een mogelijk dreigende geldboete voorkomen.

62. Door deze bijzonderheden van de procedure op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 niet in aanmerking te nemen, heeft het Gerecht met betrekking tot de litigieuze beschikking een bovenmatig strikte evenredigheidsnorm gehanteerd en aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Op deze onjuiste rechtsopvatting was de nietigverklaring van de litigieuze beschikking gebaseerd. Het eerste onderdeel van het eerste middel is derhalve gegrond en rechtvaardigt de vernietiging van het bestreden arrest.

3. Concrete toetsing van de evenredigheid van de toezeggingsbeschikking (tweede onderdeel van het eerste middel)

61. Ook derden zullen er veelal van profiteren dat een onderneming ter voorkoming van een verbodsbeschikking de Commissie tamelijk vergaande toezeggingen doet. Zoals de onderhavige zaak evenwel laat zien, kunnen toezeggingen op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 de belangen van een derde ook wel eens schaden. Dat is met name het geval wanneer de derde heeft vertrouwd op voortzetting van een uit mededingingsoogpunt verdachte praktijk van een

63. Bovendien voert de Commissie tegen het bestreden arrest een reeks gedetailleerde kritiekpunten aan, die betrekking hebben op de concrete toepassing van het evenredigheidsbeginsel op de onderhavige zaak. Voorwerp van kritiek is de beoordeling door het Gerecht van de alternatieven voor de verbindend verklaarde eenzijdige toezeggingen van De Beers. Het Gerecht kwam tot de opvatting

dat de Commissie die alternatieven in aanmerking had moeten nemen.³⁵

in twijfel te trekken, wat in hogere voorziening niet is toegestaan.

64. Alrosa betwist allereerst in het algemeen de ontvankelijkheid van de argumenten van de Commissie, omdat daarmee enkel de door het Gerecht gemaakte beoordeling van de feiten ter discussie wordt gesteld.

65. Het is juist dat de hogere voorziening beperkt is tot rechtsvragen en dat het Hof zijn eigen beoordeling van de feiten en bewijsmiddelen niet in de plaats mag stellen van die van het Gerecht.³⁶ Want uit artikel 225, lid 1, EG en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie volgt dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is enerzijds om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van zijn vaststellingen blijkt uit de hem overgelegde processtukken, en anderzijds om die feiten te beoordelen.³⁷

66. Op het eerste gezicht lijkt het er inderdaad op, dat de Commissie dit tweede onderdeel van haar eerste middel enkel als voorwendsel wil gebruiken om de beoordeling van de feiten en bewijsmiddelen door het Gerecht

67. Bij nadere beschouwing kan evenwel uit de — uiterst omstandig geformuleerde — grieven van de Commissie onder meer het verwijt worden afgeleid dat het Gerecht bij de toetsing van de evenredigheid van de litigieuze beschikking de grenzen van het rechterlijk toezicht heeft overschreden. Deze vraag, waaraan ik mij hierna hoofdzakelijk zal wijden (zie punt a), is een rechtsvraag³⁸, die in het kader van een hogere voorziening mag worden onderzocht. Daarna ga ik kort in op de andere punten van kritiek van de Commissie (zie punt b).

a) Overschrijding van de grenzen van het rechterlijk toezicht door het Gerecht

68. De Commissie voert aan dat het Gerecht de grenzen van het rechterlijk toezicht heeft overschreden door zijn beoordeling van de marktsituatie in de plaats te stellen van die van de Commissie. Deze grief is met name gericht tegen de punten 134, 135, 138 en 153

35 — Zie met name punt 154 van het bestreden arrest.

36 — Arresten van 23 april 2002, *Campogrande/Commissie* (C-62/01 P, Jurispr. blz. I-3793, punt 24); 22 juni 2006, *Storck/HABM* (C-24/05 P, Jurispr. blz. I-5677, punten 34 en 35), en 15 maart 2007, *British Airways/Commissie* (C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 137).

37 — Vaste rechtspraak, zie arresten van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 48); 6 april 2006, *General Motors/Commissie* (C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punt 51); 10 mei 2007, *SGL Carbon/Commissie* (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 41), en 2 april 2009, *Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie* (C-431/07 P, Jurispr. blz. I-2665, punt 137).

38 — Arresten van 15 februari 2005, *Commissie/Tetra Laval* (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punten 37-49); 22 november 2007, *Spanje/Lenzing* (C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punten 56-61), en arrest *Impala* (aangehaald in voetnoot 25, punten 135-150, met name punt 143).

van het bestreden arrest, waarin het Gerecht ingaat op de mogelijke alternatieven voor de eenzijdige toezeggingen van De Beers. Daarbij gaat het enerzijds om de gemeenschappelijke toezeggingen van De Beers en Alrosa en anderzijds om het voorstel van Alrosa om jaarlijks een gedeelte van haar ruwe diamanten door middel van verkoop bij opbod aan de hoogste bieder te verkopen.

69. Om vast te stellen of deze grief gegrond is, moet ten eerste worden onderzocht of de Commissie in casu beschikte over een beoordelingsmarge bij de beoordeling van de door De Beers voorgelegde toezeggingen en ten tweede of het Gerecht deze beoordelingsmarge heeft geschonden.

i) Bestaan van een beoordelingsmarge van de Commissie

70. De toetsing of bepaalde maatregelen geschikt en noodzakelijk zijn om tegemoet te komen aan een door de Commissie vastgesteld mededingingsbezwaar, vereist een

beoordeling van ingewikkelde economische situaties. Daartoe beschikt de Commissie over een beoordelingsmarge.³⁹

71. Anders dan het Gerecht meent⁴⁰, bestaat er ten aanzien van de beoordeling van toezeggingen van ondernemingen geen fundamenteel verschil tussen procedures krachtens artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en concentratieprocedures. In beide gevallen wordt van de Commissie namelijk een beschikking met het karakter van een prognose gevraagd, waarin moet worden beoordeeld hoe de markt zich in de toekomst met inachtneming van de toezeggingen zal ontwikkelen. Dat in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 „bestaande praktijken” de aanleiding tot de procedure vormen, verandert niets aan de noodzaak van een op de toekomst gerichte „prospectieve economische analyse” van de te verwachten gevolgen van de toezeggingen voor de markt.

72. Daarom was het Gerecht verplicht de Commissie in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 dezelfde beoordelingsmarge te verlenen waarover zij volgens

39 — Fundamenteel voor de beoordelingsmarge van de Commissie in mededingingsprocedures is het arrest van 11 juli 1985, Remia/Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34); zie verder arrest van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62), en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 37, punt 279).

40 — Punten 108-110 van het bestreden arrest.

de rechtspraak beschikt in verband met de beoordeling van toezeggingen bij het toezicht op concentraties.⁴¹

economische situaties. Het Gerecht heeft niet vastgesteld dat de Commissie in de onderhavige zaak heeft verzuimd, een dergelijke beoordeling van de marktontwikkeling en van de haar bekende alternatieven voor de eenzijdige toezeggingen van De Beers te verrichten.

73. Ook de vaststelling van het Gerecht, dat de Commissie in casu helemaal „geen ingewikkelde economische analyse [heeft] verricht” verandert daaraan niets.⁴² Deze constatering van het Gerecht heeft namelijk enkel betrekking op het „vinden van alternatieve oplossingen”, iets wat de Commissie volgens het Gerecht heeft geweigerd. Zoals gezegd, is de Commissie in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 helemaal niet verplicht om zelf naar alternatieven voor de aan haar voorgelegde toezeggingen te zoeken.

75. In casu beschikte de Commissie dus wel degelijk over een beoordelingsmarge, die door haar ook werd benut. Hierna zal ik ingaan op de vraag of het Gerecht die beoordelingsmarge heeft geschonden, zoals door de Commissie is aangevoerd.

74. Beslissend is — en dat miskent het Gerecht — dat de Commissie vóór de vaststelling van elke beschikking krachtens artikel 9 van verordening nr. 1/2003 een *beoordeling van de marktsituatie* moet verrichten waarin de aan haar gedane toezeggingen zijn ingebed. Zij moet onderzoeken welke gevolgen die toezeggingen zullen hebben voor de toekomstige ontwikkelingen op de markt en of de haar bekende alternatieven even geschikt zijn om tegemoet te komen aan het vastgestelde mededingingsbezwaar. Dit alleen al vereist een beoordeling van ingewikkelde

ii) Schending van de beoordelingsmarge van de Commissie door het Gerecht

76. Het Gerecht heeft vastgesteld „dat de [litigieuze] beschikking op een overigens kennelijke beoordelingsfout berust”.⁴³ Onderzocht moet worden of het Gerecht met die vaststelling aan de juridische eisen heeft voldaan dan wel de grenzen van het rechterlijk toezicht op de beschikkingen van de Commissie heeft overschreden.

41 — Arresten van het Gerecht van eerste aanleg van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie (T-119/02, Jurispr. blz. II-1433, punt 78), en 30 september 2003, ARD/Commissie (T-158/00, Jurispr. blz. II-3825, punt 328); zie voorts mijn conclusie in de zaak Cementbouw (aangehaald in voetnoot 23, punt 67).

42 — Punten 123-125, met name punt 125 van het bestreden arrest.

43 — Punt 126 van het bestreden arrest.

77. Het bestaan van een beoordelingsmarge betekent niet dat de gemeenschapsrechter zich moet onthouden van elke toetsing van de uitlegging van economische gegevens door de Commissie. Hij is juist bevoegd om bij de toetsing van de materiële rechtmatigheid van beschikkingen van de Commissie na te gaan of de feiten juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout.⁴⁴ Daarbij moet hij niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan controleren, maar ook nagaan of deze elementen alle relevante feiten omvatten die bij de beoordeling van een complexe toestand in aanmerking dienen te worden genomen, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.⁴⁵

78. Het Gerecht mocht dus toetsen of de door de Commissie vastgestelde feiten de door haar getrokken conclusie konden schragen, namelijk dat de eenzijdige toezeggingen van De Beers niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk waren om tegemoet te komen aan het vastgestelde mededingingsbezwaar.

79. Zoals het Gerecht in dit verband terecht heeft opgemerkt, verlangt het evenredigheidsbeginsel van de Commissie dat zij, wanneer zij maatregelen kent die minder belastend zijn dan die welke zij voornemens is verbindend te verklaren, onderzoekt of zij geschikt zijn om de door haar vastgestelde mededingingsbezwaren weg te nemen, voordat zij, indien deze daarvoor ongeschikt blijken te zijn, voor de strengere benadering kiest.⁴⁶

80. In casu wordt niet betwist dat de Commissie alternatieve oplossingen met minder ingrijpende gevolgen voor de belangen van Alrosa kende, en wel met name de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa.⁴⁷ De Commissie kwam echter — niet in de laatste plaats in het licht van de resultaten van de door haar verrichte markttoets — tot de conclusie dat die alternatieven niet geschikt waren om de door haar vastgestelde mededingingsbezwaren weg te nemen.⁴⁸

81. Enkel wanneer de laatstgenoemde conclusie van de Commissie niet door de door haar vastgestelde feiten kon worden

44 — Arrest Impala (aangehaald in voetnoot 25, punt 144).

45 — Arresten Commissie/Tetra Laval (aangehaald in voetnoot 38, punt 39) en Impala (aangehaald in voetnoot 25, punt 145). Deze aanvankelijk in het kader van de controle op concentraties ontwikkelde rechtspraak is inmiddels lang niet meer tot dat rechtsgebied beperkt en kan steeds worden toegepast wanneer beschikkingen van de Commissie moeten worden getoetst op kennelijke beoordelingsfouten; zie arrest Spanje/Lenzing (aangehaald in voetnoot 38, punt 57), en arrest van 6 november 2008, Nederland/Commissie (C-405/07 P, Jurispr. blz. I-8267, punt 55), alsook arrest Gerecht van 27 september 2006, Dresdner Bank/Commissie (T-44/02 OP, T-54/02 OP en T-56/02 OP, T-60/02 OP en T-61/02 OP, Jurispr. blz. II-3567, punt 67).

46 — In die zin ook punt 131 van het bestreden arrest.

47 — Punt 132 van het bestreden arrest.

48 — In die zin punten 41 en 42 van de litigieuze beschikking.

geschraagd, had het Gerecht een kennelijke beoordelingsfout mogen vaststellen.

feitenkader en de bewijselementen niet meer verdedigbaar zijn⁴⁹, dat wil zeggen wanneer geen redelijke grondslag ervoor valt aan te wijzen.⁵⁰

82. Aan deze eisen voldoet het bestreden arrest niet.

83. Nergens komt het Gerecht tot de slotsom dat de door de Commissie getrokken conclusie niet wordt geschraagd door de vastgestelde feiten. Het Gerecht geeft slechts uiting aan zijn eigen afwijkende oordeel over de geschiktheid van alternatieven voor het wegemen van de door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaren.

85. In het bestreden arrest stelt het Gerecht niet, dat de door de Commissie getrokken conclusies onverdedigbaar waren. Het Gerecht beperkt zich eerder tot vage vermoedens en voorlopige oordelen. Zo merkt het op dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa „op het eerste gezicht tegemoet [konden] komen aan de bezorgdheden van de Commissie”⁵¹, dat De Beers „moeilijk” de door Alrosa vastgestelde prijzen had kunnen beïnvloeden, en dat het voor De Beers en Alrosa „moeilijk voor te stellen [zou] zijn” hun prijsbeleid te coördineren.⁵²

84. Om een kennelijke beoordelingsfout te kunnen bewijzen, is het evenwel juist niet voldoende dat het Gerecht slechts van mening verschilt met de Commissie. Indien namelijk op basis van het feitenkader en de bewijselementen verschillende beoordelingen verdedigbaar lijken te zijn, kan juridisch niet worden bekritiseerd dat de Commissie de voorkeur heeft gegeven aan een daarvan, ook al geeft het Gerecht de voorkeur aan een andere. Er is pas sprake van een kennelijke beoordelingsfout wanneer de door de Commissie getrokken conclusies gelet op het

86. Uit de uitspraken van het Gerecht wordt niet duidelijk of de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa *kennelijk geschikt*

49 — Zie op dit punt mijn conclusie in de zaak Impala (aangehaald in voetnoot 25, punt 240).

50 — Zie mijn conclusie van 10 maart 2009 in de zaak S.P.C.M. e.a. (C-558/07, Jurispr. blz. I-5783, punt 77); in dezelfde zin arrest van 12 maart 2002, Omega Air e.a. (C-27/00 en C-122/00, Jurispr. blz. I-2569, punt 72), volgens hetwelk geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout, wanneer de betrokken instelling bij zijn beslissing „redelijkerwijs” mocht uitgaan van bepaalde veronderstellingen; zie voorts mijn conclusie van 1 februari 2007 in de zaak Spanje/Lenzing (aangehaald in voetnoot 38, punt 71), waarin ik heb uiteengezet dat een analyse alleen kennelijk onjuist is wanneer deze „vanuit geen enkel denkbaar gezichtspunt gerechtvaardigd” kan zijn.

51 — Punt 133 van het bestreden arrest.

52 — Punt 134 van het bestreden arrest.

waren om tegemoet te komen aan de door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaren, en evenmin of zij daartoe *even geschikt* waren als de door de Commissie uiteindelijk verbindend verklaarde eenzijdige toezeggingen van De Beers. Het Gerecht lijkt juist te aanvaarden dat door een alternatieve oplossing de „gevaaren voor mededingingsverstoring [worden] verminderd”⁵³ en de doelstellingen van de Commissie „niet noodzakelijkerwijs [...] in gevaar” worden gebracht.⁵⁴ Het Gerecht had echter positief moeten vaststellen dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa voldoende waren om het gevaar voor mededingingsverstoring uit te sluiten en om de doelstellingen van de Commissie ter bescherming van de mededinging te verwezenlijken.

87. Derhalve voldoet de uiteenzetting van het Gerecht niet aan de bovengenoemde juridische eisen voor een evenredigheidstoetsing in het kader van artikel 9 van verordening nr. 1/2003.⁵⁵

88. Met zijn uitspraken over de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa overschrijft het Gerecht overigens de grenzen van de rechtmatigheidstoetsing van een beschikking van de Commissie en verricht het in werkelijkheid zijn eigen analyse van ingewikkelde economische situaties. Dit geldt bijvoorbeeld voor de opmerking van het Gerecht, dat een vermindering van de verkoop van ruwe diamanten door Alrosa aan De Beers vanaf 2009 tot 35 % van de in 2004 verkochte hoeveelheid

(met een tegenwaarde van 275 miljoen USD), derden een effectieve toegang tot een alternatieve en onafhankelijke bevoorradingsbron had gegeven.⁵⁶ Hetzelfde geldt voor de beoordeling van het voorstel van Alrosa om jaarlijks een gedeelte van haar ruwe diamanten door middel van verkoop bij opbod aan de hoogste bidder te verkopen.⁵⁷ Wilden dergelijke opmerkingen meer dan loutere beweringen zijn, dan had daaraan een gedegen analyse van de marktsituatie ten grondslag moeten liggen, waarvoor evenwel niet het Gerecht, maar de Commissie bevoegd is.

89. Het is niet de taak van het Hof in hogere voorziening om als scheidsrechter op te treden over de botsende economische opvattingen van het Gerecht en de Commissie, en te beoordelen of met het oog op de geschiktheid van alternatieven de voorkeur moet worden gegeven aan de opvatting van een van beide partijen. Dit zou immers betekenen dat het Hof op zijn beurt zijn eigen beoordeling op ontoelaatbare wijze in de plaats stelt van die van de Commissie en van het Gerecht, en een analyse van ingewikkelde economische situaties verricht.

90. Beslissend is alleen dat het Gerecht in casu zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de Commissie heeft gesteld en zo ten onrechte de beoordelingsmarge van de

53 — Punt 153, laatste zin, van het bestreden arrest.

54 — Punt 153, eerste zin, van het bestreden arrest.

55 — Zie boven, punt 57 van deze conclusie.

56 — Punt 134 van het bestreden arrest.

57 — Punten 138 en 153 van het bestreden arrest.

Commissie heeft geschonden.⁵⁸ De grief van de Commissie moet derhalve worden aanvaard. Omdat deze onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht ten grondslag lag aan de nietigverklaring van de litigieuze beschikking, rechtvaardigt zij bovendien de vernietiging van het bestreden arrest.

in de vorm van „willing buyer/willing seller” plaatsvonden. Het Gerecht heeft die ad-hocverkopen slechts als een eerdere praktijk tussen de twee ondernemingen beschouwd, maar de huidige gevolgen ervan niet in aanmerking genomen.

b) De overige punten van kritiek van de Commissie op de benadering van het Gerecht

93. Deze grief is ontvankelijk omdat daarmee wordt aangevoerd dat feiten of bewijselementen onjuist zijn opgevat.⁵⁹

91. Vervolgens zal ik resterende punten van kritiek van de Commissie in het kader van dit tweede onderdeel van het eerste middel behandelen.

94. Ten gronde is de grief van een onjuiste opvatting van feiten of bewijselementen echter niet steekhoudend. Er is namelijk pas sprake van een dergelijke onjuiste opvatting wanneer, zonder dat gebruik behoeft te worden gemaakt van nieuwe bewijselementen, de beoordeling van de bestaande bewijselementen kennelijk onjuist blijkt te zijn.⁶⁰ Dat is hier niet het geval.

i) De gestelde „verdraaiing van de omvang van het voorlopig onderzoek”

92. De Commissie stelt dat het Gerecht „de reikwijdte van haar voorlopig onderzoek van de zaak heeft verdraaid”. Het is voorbijgegaan aan de omstandigheid dat tussen De Beers en Alrosa, geheel los van de geplande overeenkomst, ook nog zogenoemde ad-hocverkopen

95. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest in verband met ad-hocverkopen weliswaar hier en daar melding gemaakt van „het

58 — In die zin arrest *Impala* (aangehaald in voetnoot 25, punt 145), volgens hetwelk het Gerecht wanneer de Commissie over een beoordelingsmarge beschikt, zijn eigen economische beoordeling niet in de plaats van die van de Commissie mag stellen.

59 — Arresten van 15 juni 2000, *Dorsch Consult/Raad en Commissie* (C-237/98 P, Jurispr. blz. I 4549, punt 36); 18 januari 2007, *PKK en KNK/Raad* (C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 35), en 16 juli 2009, *Commissie/Schneider Electric* (C-440/07 P, Jurispr. blz. I-6413, punt 104).

60 — Arrest *PKK en KNK/Raad* (aangehaald in voetnoot 59, punt 37); arresten van 18 juli 2007, *Industrias Químicas del Vallés/Commissie* (C-326/05 P, Jurispr. blz. I-6557, punt 60); 22 november 2007, *Sniace/Commissie* (C-260/05 P, Jurispr. blz. I-10005, punt 37), en 8 mei 2008, *Eurohypo/HABM* (C-304/06 P, Jurispr. blz. I-3297, punt 34), alsook beschikking van 3 juni 2009, *Zipcar/HABM* (C-394/08 P, punt 40).

bestaan van historische betrekkingen” tussen De Beers en Alrosa en verwezen naar de „eerdere praktijken” van de twee ondernemingen⁶¹, maar het arrest bevat niets waaruit ondubbelzinnig kan worden afgeleid dat het Gerecht ad-hocverkopen *uitsluitend* als een verschijnsel uit het verleden heeft beschouwd en niet ook als een voortdurende praktijk van de twee ondernemingen.

96. Deze grief van de Commissie moet derhalve worden afgewezen.

ii) De eenzijdige inaanmerkingneming van de argumenten en belangen van Alrosa

97. De Commissie stelt voorts, dat het bestreden arrest de resultaten van de markttoets veronachtzaamt. Het Gerecht neemt eenzijdig de belangen en argumenten van Alrosa in aanmerking en kent daar een te groot gewicht aan toe, terwijl het de belangen van de mededinging veronachtzaamt. Het arrest gaat op talloze argumenten van de Commissie niet eens in en stelt in wezen slechts vast dat de controle van de evenredigheid een objectief karakter heeft.⁶²

61 — Punten 115 en 150 van het bestreden arrest.

62 — In punt 99 van het bestreden arrest stelt het Gerecht: „De controle van de evenredigheid van een maatregel is [...] een objectieve controle [...]”

98. Zoals de Commissie in haar repliek verduidelijkt, wil zij dit argument als grief inzake gebrekkige motivering laten gelden. Zij acht het bestreden arrest tegenstrijdig en ontoereikend gemotiveerd.

99. De vraag of de motivering van een arrest van het Gerecht tegenstrijdig of ontoereikend is, is een rechtsvraag, die als zodanig in het kader van een hogere voorziening kan worden aangevoerd.⁶³

100. Inhoudelijk betekent de op het Gerecht rustende verplichting om zijn beslissingen te motiveren niet dat het op elk argument van een partij in detail moet antwoorden.⁶⁴ Als voldoende dient veeleer te worden beschouwd dat uit de motivering van een arrest duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van het Gerecht blijkt, zodat de betrokkenen kennis kunnen nemen van de gronden voor

63 — Arrest van 7 mei 1998, Somaco/Commissie (C-401/96 P, Jurispr. blz. I-2587, punt 53); arrest Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 77), en arrest van 16 juli 2009, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commissie (C-385/07 P, Jurispr. blz. I-1655, punt 71).

64 — Arrest van 6 maart 2001, Connolly/Commissie (C-274/99 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 121); arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 37, punt 372); arrest van 2 april 2009, France Télécom/Commissie (C-202/07 P, Jurispr. blz. I-2369, punt 30), en arrest Commissie/Schneider Electric (aangehaald in voetnoot 59, punt 135).

de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.⁶⁵

iii) De juridisch gebrekkige kwalificatie van de bekendmaking op grond van artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003

101. Aan deze eisen heeft het Gerecht in casu voldaan. De lezer kan gemakkelijk zien waarom het Gerecht het beroep van Alrosa heeft toegewezen. Ook de Commissie had er geen probleem mee deze motivering te begrijpen en het arrest met een omvangrijke hogere voorziening aan te vechten.

102. De kritiek van de Commissie is mijns inziens in werkelijkheid minder gericht tegen de correcte motivering en daarmee tegen de formele rechtmatigheid van het bestreden arrest dan tegen de materiële juistheid ervan. Dat het Gerecht ten gronde tot een andere conclusie is gekomen dan rekwirante, betekent evenwel op zich niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek vertoont.⁶⁶

103. De grief inzake de gebrekkige motivering is derhalve ongegrond.

104. Voorts voert de Commissie aan dat het Gerecht haar bekendmaking in het Publicatieblad op grond van artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003 foutief heeft beoordeeld.⁶⁷ Haar grief richt zich tegen de punten 136 en 192 van het bestreden arrest. Daarin concludeert het Gerecht uit het louter bestaan van die bekendmaking dat zelfs volgens de Commissie de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa „op het eerste gezicht tegemoet kwamen” aan de bezorgdheden op het punt van de mededinging. Dit acht de Commissie hetzij een onjuiste opvatting van de feiten, hetzij een juridisch gebrekkige kwalificatie van haar bekendmaking in het Publicatieblad.

105. Zowel een eventuele onjuiste opvatting van de feiten als de juridische kwalificatie van de feiten kan in hogere voorziening worden gecontroleerd.⁶⁸ Derhalve is de onderhavige grief van de Commissie ontvankelijk.

65 — Arrest van 14 mei 1998, Raad/De Nil en Impens (C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32 en 33); arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 37, punt 372); France Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 64, punt 29), en Commissie/Schneider Electric (aangehaald in voetnoot 59, punt 135).

66 — Arrest van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, Jurispr. blz. I-4333, punt 80).

67 — Zie met betrekking tot die bekendmaking punt 26 van deze conclusie.

68 — Zie met betrekking tot de onjuiste opvatting van de feiten de in voetnoot 59 aangehaalde rechtspraak; zie met betrekking tot de juridische kwalificatie van de feiten beschikking van 17 september 1996, San Marco/Commissie (C-19/95 P, Jurispr. blz. I-4435, punt 39), alsook arresten Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 39) en Commissie/Schneider Electric (aangehaald in voetnoot 59, punt 191).

106. Deze grief van de Commissie is ook gegrond.

het oorspronkelijke standpunt van de Commissie zou kunnen leiden, zou een farce zijn.

107. Het Gerecht tracht in de punten 136, 192 en 194 van het bestreden arrest de Commissie te houden aan haar aanvankelijke beoordeling van de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa. Het is op basis van die beoordeling van mening dat de gezamenlijke toezeggingen de door de Commissie vastgestelde problemen op het gebied van de mededinging konden oplossen.

109. Wanneer het Gerecht zelfs een mededeling van punten van bezwaar niet tot criterium voor de toetsing van de rechtmatigheid van een beschikking van de Commissie mag maken⁶⁹, dan moet dat zeker gelden voor een mededeling op grond van artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003. Want een dergelijke mededeling geeft ook slechts een voorlopige beoordeling van de Commissie weer, is bovendien veel minder gedetailleerd en berust enkel op een summier onderzoek van het geval.

108. Daarbij miskent het Gerecht, dat een bekendmaking in het Publicatieblad op grond van artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003 steeds slechts op een voorlopige beoordeling van de Commissie kan berusten. Doel van die bekendmaking is, belanghebbende derden in het kader van een markttoets de kans te geven een standpunt in te nemen over een voorstel voor een toezegging. In het licht van de resultaten van deze markttoets dient de Commissie haar voorlopige beoordeling van de marktsituatie te controleren en opnieuw te beoordelen of de toezeggingen tegemoetkomen aan de door haar vastgestelde bezorgdheden op het gebied van de mededinging. Daarbij hoeft de markttoets niet noodzakelijk nieuwe feiten of bezorgdheden aan het licht te brengen; ook een gewijzigde beoordeling van reeds bekende feiten en uiteindelijk van de concurrentiesituatie kan het gevolg zijn van de resultaten van de markttoets. Een markttoets die niet tot een wijziging van

110. In casu bleek overigens ook duidelijk uit de tekst van de bekendmaking in het Publicatieblad⁷⁰, dat de Commissie nog geen eindbeoordeling van de voorgestelde gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa had verricht. Hoewel het Gerecht beslist kennis heeft genomen van deze tekst⁷¹, trekt het in het bestreden arrest daaruit niet de vereiste conclusies, gelet op het voorlopige karakter van beoordelingen van de Commissie in de bekendmaking.

69 — Arrest Impala (aangehaald in voetnoot 25, met name punten 64, 65, 73 en 76); op dit punt heeft het Hof mijn conclusie van 13 december 2007 in die zaak (zie daar met name de punten 171-176) niet gevolgd.

70 — In punt 16 van de bekendmaking in het Publicatieblad staat: „Afhankelijk van de resultaten van de markttoets is de Commissie voornemens een beschikking te geven krachtens artikel 9, lid 1, van verordening (EG) nr. 1/2003 [...]” (cursivering van mij).

71 — Punt 136, tweede zin, en punt 192, eerste zin, van het bestreden arrest.

111. Het Gerecht heeft de feiten dus juridisch onjuist gekwalificeerd toen het de bekendmaking van de Commissie in het Publicatieblad gebruikte als een aanwijzing voor de geschiktheid van de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa.

112. De op de bekendmaking in het Publicatieblad gebaseerde grief van de Commissie is derhalve gegrond. Deze onjuiste rechtsopvatting kan evenwel op zichzelf genomen niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden, aangezien het Gerecht zich in zijn uiteenzetting over het bestaan en de geschiktheid van alternatieve oplossingen behalve op die bekendmaking op een aantal andere argumenten heeft gebaseerd.⁷²

iv) De verweten inbreuken op artikel 82 EG

113. Ten slotte verwijt de Commissie het Gerecht in het kader van zijn evenredigheids-toetsing twee inbreuken op artikel 82 EG.

114. Deze grieven hebben betrekking op de uiteenzetting van het Gerecht met betrekking

tot mogelijke alternatieven voor de verbindend verklaarde eenzijdige toezeggingen van De Beers. De Commissie richt zich met name tegen de punten 152 en 153 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht een standpunt inneemt over het voorstel van Alrosa om jaarlijks een gedeelte van haar ruwe diamanten aan de hoogste bidder te verkopen. Ten eerste is het Gerecht volledig voorbijgegaan aan het feit dat De Beers niet alleen de grootste koper op de markt voor ruwe diamanten is, maar ook de grootste producent op dezelfde markt. En ten tweede heeft het Gerecht miskend dat ook verkopen aan de meest biedende niet kunnen verhinderen dat misbruik van een machtspositie van een onderneming wordt gemaakt bij het indienen van offertes.

115. Anders dan Alrosa acht ik deze grieven niet niet-ontvankelijk. Het gaat geenszins om een voorwendsel om de beoordeling van de feiten en bewijselementen door het Gerecht in twijfel te trekken. Met deze argumenten wordt juist de rechtsvraag opgeworpen of het Gerecht bij de uitlegging en toepassing van artikel 82 EG de juiste criteria heeft gehanteerd⁷³ en of het juridisch relevante gezichtspunten buiten beschouwing heeft gelaten.

⁷² — Het gaat om de punten 132-154 van het bestreden arrest.

⁷³ — Zie dienaangaande boven, punt 45 van deze conclusie, met de in voetnoot 25 aangehaalde rechtspraak.

— De veronachtzaming van de positie van De Beers als producent

116. De eerste op artikel 82 EG gebaseerde grief richt zich speciaal tegen punt 153 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht De Beers „de grootste op de markt aanwezige koper” noemt, zonder stil te staan bij het feit dat De Beers ook de grootste producent op dezelfde markt is.

117. Terecht bekritiseert de Commissie deze benadering.

118. Het Gerecht was absoluut op de hoogte van het feit dat het zowel bij De Beers als bij Alrosa om producenten van ruwe diamanten ging.⁷⁴ Bij het onderzoek van eventuele alternatieven voor de verbindend verklaarde eenzijdige toezeggingen van De Beers is het Gerecht daaraan echter volledig voorbijgegaan. Op de beslissende plaatsen in de motivering van het Gerecht wordt De Beers uitsluitend de belangrijkste of grootste koper op de markt genoemd, waartoe Alrosa volgens het Gerecht toegang moet blijven hebben.⁷⁵

74 — Zie op dit punt de feitelijke vaststellingen in de punten 8 en 9, alsook het citaat uit de litigieuze beschikking in punt 116 van het bestreden arrest, waarin sprake is van een „handelsbetrekking tussen De Beers en haar belangrijkste concurrent, Alrosa”.

75 — Punten 138 en 153 van het bestreden arrest.

119. Daarbij miskent het Gerecht, dat het voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van een langetermijnbetrekking van leverancier en afnemer tussen twee ondernemingen een aanzienlijk verschil maakt of er tussen deze twee ondernemingen al dan niet een actuele of potentiële concurrentieverhouding bestaat.

120. Indien de twee ondernemingen namelijk als producenten op dezelfde markt actief zijn, strookt het in beginsel niet met een normaal concurrerend gedrag dat een van hen regelmatig de productie van de ander — of althans een noemenswaardig gedeelte daarvan — opkoopt, met name wanneer de koper een onderneming met een machtspositie is. Alrosa heeft dit ter terechtzitting voor het Hof desgevraagd ook zelf erkend.

121. Ook een onderneming met een machtspositie heeft ongetwijfeld het recht haar eigen commerciële belangen te behartigen. Artikel 82 EG staat echter geen gedrag van de onderneming met een machtspositie toe dat versterking van die machtspositie en misbruik ervan beoogt.⁷⁶

122. Precies een dergelijk misbruik valt te vrezen wanneer een onderneming met een machtspositie de productie opkoopt van een

76 — Arresten van 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie* (27/76, Jurispr. blz. 207, punt 189); 16 september 2008, *Sot. Lélos kai Sia e.a.* (C-468/06–C-478/06, Jurispr. blz. I-7139, punt 50), en 11 december 2008, *Kanal 5 en TV 4 (C-52/07, Jurispr. blz. I-9239, punt 26)*.

andere, op dezelfde markt actieve producent. Die andere producent hoeft dan namelijk niet een eigen distributiesysteem op te zetten en te concurreren met de onderneming met een machtspositie. Dit kan nadelige gevolgen hebben voor de marktstructuur en uiteindelijk ook voor de consument, temeer daar de concurrentie op de betrokken markt, gezien de aanwezigheid van de onderneming met een machtspositie, toch al verzwakt is. Het gevaar bestaat dat de onderneming met de machtspositie door het opkopen van de productie van de andere producent de afzet en dus uiteindelijk ook de prijzen op de betrokken markt beïnvloedt, ten nadele van de consumenten. Met de — in beginsel toegestane — behartiging van legitieme belangen van de onderneming met een machtspositie heeft een dergelijk gedrag niets te maken.

124. Door de veronachtzaming van dit belangrijke feit heeft het Gerecht bij zijn evenredigheidstoetsing blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze onjuiste rechtsopvatting rechtvaardigt de vernietiging van het bestreden arrest, omdat het Gerecht er daarin van uitgaat dat er in het aan de orde zijnde geval passende alternatieve oplossingen bestonden die voor de betrokken ondernemingen minder belastend zouden zijn geweest.

— De veronachtzaming van de mogelijkheid van misbruik door bieders in het kader van veilingen

123. Bijzondere omstandigheden die het bestaan van misbruik bij uitzondering konden uitsluiten, heeft het Gerecht in casu niet genoemd. Integendeel, het Gerecht is volledig voorbijgegaan aan de dubbele rol van De Beers als wereldwijd grootste producent en belangrijkste koper op de markt voor ruwe diamanten, hoewel de Commissie daarop heeft gewezen.⁷⁷ Deze dubbele rol had echter zeker in aanmerking moeten worden genomen om zinnig te kunnen beoordelen of de jaarlijkse verkoop van een gedeelte van de diamanten van Alrosa aan de hoogste bidder de door de Commissie vastgestelde concurrentieproblemen in verband met artikel 82 EG kan oplossen.

125. De tweede op artikel 82 EG gebaseerde grief is gericht tegen de punten 152 en 153 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht stelt dat ad-hocverkopen van Alrosa via verkoop bij opbod aan de hoogste bidder uit zichzelf niet in strijd zijn met de mededingingsregels, ook al kon De Beers daardoor haar rol van marktmaker handhaven of versterken.

⁷⁷ — Zie bijvoorbeeld punten 58, 63 en 68 van het verweerschrift in eerste aanleg van de Commissie en punt 74 van het bestreden arrest.

126. Terecht bekritiseert de Commissie deze opmerkingen van het Gerecht.

127. Het Gerecht stelt daarin immers slechts vast dat niet gevreesd hoeft te worden voor een voorkeursbehandeling van De Beers door Alrosa in het kader van de verkoop bij opbod, omdat niets wijst op de toepassing van niet-objectieve gunningscriteria door Alrosa („andere criteria dan de waarde van het koop aanbod”).⁷⁸

128. Daarmee miskent het Gerecht dat verkopen bij opbod niet alleen bij de verkoper, maar ook bij de koper aanleiding kunnen geven tot misbruik. Indien namelijk aan een verkoop bij opbod wordt deelgenomen door een onderneming die zelf producten vervaardigt en op de markt brengt die concurreren met de verkochte producten en bovendien een machtspositie op de betrokken markt bezit, kan dit tot uitschakeling van de concurrentie leiden. De situatie kan ontstaan dat de onderneming met een machtspositie haar bod kunstmatig opdrijft, om zich met uitschakeling van andere belanghebbenden te verzekeren van de controle over de productie van haar — actuele of potentiële — rivalen; dit kan leiden tot een vermindering van het aanbod op de markt en uiteindelijk tot een kunstmatig te hoog prijsniveau, ten nadele van de consumenten. Een dergelijk gedrag is misbruik in de zin van artikel 82 EG en heeft niets van doen met de behartiging van de legitieme belangen van de onderneming met een machtspositie op de markt.⁷⁹

129. Het hangt zeker af van een totale beoordeling van de omstandigheden van het geval, of aan de zijde van de bieder daadwerkelijk een dergelijk misbruik door een

onderneming met een machtspositie valt te vrezen. Niets in het bestreden arrest wijst er echter op dat het Gerecht zich hiermee ook maar enigszins heeft beziggehouden, terwijl daartoe op grond van de opmerkingen van de Commissie wel aanleiding bestond. Zo heeft de Commissie meermalen de rol van De Beers als „marktmaker” onderstreept en gewezen op de tot dusver in het werk gestelde pogingen van De Beers om de productie op de diamantmarkt te controleren.⁸⁰

130. Het Gerecht heeft er in casu genoeg mee genomen dat er bij de door Alrosa voorgestelde verkopen bij opbod *aan de zijde van de verkoper* geen gevaar voor misbruik bij de gunning bestond. Maar dat alleen is niet voldoende om *aan de zijde van de koper* het onrechtmatige biedgedrag van een onderneming met een machtspositie uit te sluiten.

131. Door de veronachtzaming van dit essentiële punt heeft het Gerecht bij zijn evenredigheidstoetsing blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze onjuiste rechtsopvatting rechtvaardigt de vernietiging van het bestreden arrest, omdat het Gerecht er daarin van uitgaat dat er in het aan de orde zijnde geval alternatieve oplossingen bestonden die voor de betrokken ondernemingen minder belastend zouden zijn geweest.

78 — Punt 153 van het bestreden arrest.

79 — Zie op dit punt nogmaals punt 121 van deze conclusie en de in voetnoot 76 aangehaalde rechtspraak.

80 — Punten 25, 26, 28 en 30 van de litigieuze beschikking, alsmede punten 64 en 65 van het verweerschrift in eerste aanleg van de Commissie; zie ook punt 83 van het bestreden arrest.

B — *Tweede middel: recht te worden gehoord in de administratieve procedure*

dienend („inopérant”) moet worden afgewezen.⁸¹ Dat is in casu echter niet het geval.

132. Met haar tweede middel verwijt de Commissie het Gerecht in wezen onjuiste rechtsopvattingen in verband met het recht om te worden gehoord in de administratieve procedure. Voorts voert zij aan dat het Gerecht *ultra petita* heeft beslist en laakt zij nogmaals motiveringsgebreken in het bestreden arrest.

1. Vraag vooraf: Is het tweede middel niet ter zake dienend?

133. Alrosa is van mening dat dit tweede middel van de Commissie niet ter zake dienend is, omdat het is gericht tegen opmerkingen in het bestreden arrest die het Gerecht enkel ten overvloede heeft gemaakt.

134. Het is juist dat een grief van een rekwirant tegen ten overvloede aangevoerde overwegingen van een arrest van het Gerecht niet tot vernietiging van het arrest kan leiden en derhalve als onwerkzaam of niet ter zake

135. Het Gerecht heeft zijn overwegingen inzake de schending van het recht te worden gehoord inderdaad als „ten overvloede” aangemerkt, een licht tot misverstand aanleiding gevende formulering.⁸² Dit betekent echter niet dat het daarbij om loutere *obiter dicta* gaat. Die overwegingen vormen juist een tweede, onafhankelijke pijler van het arrest, waarop de nietigverklaring van de litigieuze beschikking berust. Dit blijkt met name uit punt 204 van het bestreden arrest, waarin het middel van Alrosa inzake schending van het recht te worden gehoord, uitdrukkelijk gegrond wordt verklaard. Bij de overwegingen over het recht te worden gehoord, gaat het dus om gronden waarop het dictum van het bestreden arrest berust.

136. Het bezwaar van Alrosa dat het tweede middel niet ter zake dienend is, moet derhalve worden afgewezen.

⁸¹ — Arresten van 18 maart 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, Jurispr. blz. I-991, punt 31); 8 mei 2003, T. Port/Commissie (C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 17); 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 148), en 13 september 2007, Common Market Fertilizers/Commissie (C-443/05 P, Jurispr. blz. I-7209, punt 137).

⁸² — Zie punten 158 en 204 van het bestreden arrest. In de procestaal wordt gezegd dat deze opmerkingen „for the sake of completeness” zijn gemaakt.

2. Onderzoek van het tweede middel

impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom de betrokken maatregelen zijn getroffen en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen.⁸⁴

a) De gebrekkige motivering (eerste onderdeel van het tweede middel)

137. In de eerste plaats voert de Commissie aan dat het bestreden arrest gebrekkig gemotiveerd is op het punt van de vastgestelde schending van het recht te worden gehoord. Het Gerecht vervangt een motivering door loutere vermoedens. In de punten 201 en 203 van het bestreden arrest heeft het Gerecht niet verklaard waarom het voor Alrosa onmogelijk was „naar behoren” te antwoorden op de aan haar ter inzage gezonden documenten⁸³ en haar recht te worden gehoord „ten volle” uit te oefenen. Voorts wordt geen causaal verband aangetoond tussen de vastgestelde onregelmatigheid en de uitkomst van de procedure, namelijk de toezeggingsbeschikking.

140. In casu blijkt voldoende duidelijk uit het bestreden arrest dat het Gerecht het recht van Alrosa om te worden gehoord als geschonden heeft aangemerkt wegens te late toezending van documenten. Volgens de vaststellingen van het Gerecht heeft de Commissie Alrosa een niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van derden „pas op 26 januari 2006 toegezonden, dus *meer dan zes weken* na de datum waarop [Alrosa] het formele verzoek daartoe had ingediend en *meer dan drie maanden* na de bijeenkomst van 27 oktober 2005”; het Gerecht bekritiseert ook dat deze documenten Alrosa pas „*tegelijkertijd* met de kopie van de individuele toezeggingen van De Beers [...] zijn gezonden.”⁸⁵ Daaruit concludeert het Gerecht dat Alrosa niet de gelegenheid was geboden om haar recht te worden gehoord „ten volle uit te oefenen.”⁸⁶

138. Ik acht deze argumenten niet overtuigend.

141. De Commissie kan van mening verschillen met het Gerecht. Zij kan zich op het standpunt stellen dat de bedoelde documenten niet te laat zijn toegezonden en in elk geval tijdig om Alrosa in staat te stellen naar behoren te reageren. Anders dan het Gerecht, kan de Commissie ook van mening zijn dat het recht van Alrosa om te worden

139. De motivering van een arrest van het Gerecht kan op bepaalde punten ook

83 — De toegezonden documenten zijn de commentaren van belanghebbende derden in het kader van de markttoets en een kopie van de eenzijdige toezeggingen van De Beers (zie punt 29 van deze conclusie).

84 — Arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 37, punt 372); Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 37, punt 42), en Commissie/Schneider Electric (aangehaald in voetnoot 59, punt 135).

85 — Punt 201 van het bestreden arrest (cursivering van mij).

86 — Punt 203 van het bestreden arrest.

gehoord niet geschonden is of dat een eventuele schending geen gevolgen heeft gehad voor de inhoud van de litigieuze beschikking. Daarmee kritiseert zij in werkelijkheid niet de formele onrechtmatigheid van het bestreden arrest wegens gebrekkige motivering, maar twijfelt zij aan de gegrondheid van de motivering van het Gerecht en daarmee aan de materiële (inhoudelijke) rechtmatigheid van het arrest.

vastgesteld dan die welke door Alrosa in haar beroep tot nietigverklaring in eerste aanleg zijn aangevoerd. Alrosa heeft in eerste aanleg slechts geklaagd dat de Commissie haar niet heeft ingelicht waarom zij naar aanleiding van de markttoets van mening was veranderd en haar geen gelegenheid heeft geboden om te reageren op de gewijzigde beoordeling van de zaak. De door het Gerecht als doorslaggevend beschouwde vragen in verband met het recht te worden gehoord, heeft Alrosa nooit gesteld. Het bestreden arrest is niet gebaseerd op Alrosa's grief voor het Gerecht, en wijst die zelfs uitdrukkelijk af.⁸⁸

142. Dat het Gerecht ten gronde tot een andere conclusie komt dan rekwirante, betekent evenwel op zich niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek vertoont.⁸⁷

145. Volgens de Commissie heeft het Gerecht door deze handelwijze ultra petita beslist en bovendien het beginsel van een eerlijk proces geschonden.

143. Derhalve dient de grief inzake het motiveringsgebrek te worden afgewezen.

i) Het beginsel ne ultra petita

b) Het beginsel ne ultra petita en het recht op een eerlijke proces (tweede onderdeel van het tweede middel)

146. Om te beginnen staat vast dat de voor het beroep tot nietigverklaring bevoegde gemeenschapsrechter niet ultra petita mag beslissen.⁸⁹ Dit beginsel is uitdrukking van het lijdelijkheidsbeginsel, op grond waarvan partijen het voorwerp van het geschil bepalen

144. Voorts voert de Commissie aan dat in het bestreden arrest de schending van het recht te worden gehoord, om heel andere redenen is

⁸⁸ — De Commissie verwijst naar punt 130 van het bestreden arrest.

⁸⁹ — Arresten van 14 september 1999, *Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a.* (C-310/97 P, Jurispr. blz. I-5363, punt 52); 15 februari 2001, *Nachi Europe* (C-239/99, Jurispr. blz. I-1197, punt 24), en 19 januari 2006, *Comunità montana della Valnerina/Commissie* (C-240/03 P, Jurispr. blz. I-731, punt 43); zie ook arrest van 14 december 1962, *Meroni/Hoge Autoriteit* (46/59 en 47/59, Jurispr. blz. 837, 854).

⁸⁷ — Arrest *Wunenburger/Commissie* (aangehaald in voetnoot 66, punt 80).

en de rechter niet buiten de grenzen van dit voorwerp mag treden.

147. De Commissie lijkt het beginsel ne ultra petita aldus op te vatten, dat de gemeenschapsrechter schending van het recht te worden gehoord, pas mag vaststellen wanneer de door een verzoeker in eerste aanleg aangevoerde gronden geldig zijn.

148. Deze opvatting is echter bovenmatig restrictief. Volgens het beginsel ne ultra petita mag de nietigverklaring weliswaar niet verder gaan dan wat de verzoeker heeft gevorderd⁹⁰, maar de rechter moet zich niet beperken tot de argumenten die de partijen tot staving van hun aanspraken hebben aangevoerd. Anders zou hij zich in voorkomend geval gedwongen zien, zijn beslissing op onjuiste juridische overwegingen te baseren.⁹¹ Zoals advocaat-generaal Léger het treffend heeft geformuleerd, is de rol van de rechter niet passief, en kan hij niet worden gelast, slechts „de mond van partijen” te zijn.⁹²

149. In casu heeft Alrosa met een van haar middelen in eerste aanleg een schending van

haar recht te worden gehoord aangevoerd. Anders dan de Commissie meent, heeft het Gerecht de schending van het recht te worden gehoord dus niet ambtshalve vastgesteld, maar op verzoek van verzoekster. Dat het Gerecht zich bij de beslissing over het genoemde middel op andere argumenten baseerde dan de door Alrosa aangevoerde, betekent op zichzelf nog niet dat het is afgeweken van het voorwerp van het geschil in eerste aanleg en dus ook niet dat het ultra petita heeft beslist.⁹³

ii) Het recht op een eerlijk proces

150. Verder voert de Commissie aan dat de door het Gerecht uiteindelijk vastgestelde schending van het recht te worden gehoord, nooit onderwerp van gesprek tussen partijen is geweest. Zij beschouwt dit als een inbreuk op het beginsel van een eerlijk proces.

151. Ter waarborging van een eerlijk proces moet het Gerecht niet in de laatste plaats de rechten van verdediging van de partijen bij het geding eerbiedigen. Het beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging

90 — Arresten Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a. (aangehaald in voetnoot 89, punt 52) en Comunità montana della Valnerina/Commissie (aangehaald in voetnoot 89, punt 43).

91 — Beschikkingen van 27 september 2004, UER/M6 e.a. (C-470/02 P, punt 69), en 13 juni 2006, Mancini/Commissie (C-172/05 P, punt 41).

92 — Conclusie van advocaat-generaal Léger van 2 april 1998 in de zaak Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (C-252/96 P, Jurispr. blz. 1998, I-7421, punt 36).

93 — In die zin arrest Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns (aangehaald in voetnoot 92, punt 34), en beschikking UER/M6 e.a. (aangehaald in voetnoot 91, punt 74).

is een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht.⁹⁴ Het zou in strijd zijn met dit beginsel om een rechterlijke beslissing te baseren op feiten en stukken waarvan de partijen zelf of een van hen geen kennis hebben kunnen nemen, en waarover zij dus geen standpunt hebben kunnen innemen.⁹⁵ Anders gezegd, de eerbiediging van de rechten van verdediging waarborgt dus dat partijen niet worden geconfronteerd met een oordeel van het Gerecht dat hen verrast.⁹⁶

152. Van een oordeel dat partijen verrast, kan evenwel niet alleen sprake zijn wanneer het Gerecht zich baseert op feiten of bewijsmiddelen die partijen of een van hen niet bekend waren. Een beoordeling van de feiten kan partijen ook verrassen wanneer het Gerecht zich daarbij baseert op feiten die partijen weliswaar bekend waren, maar waarover als zodanig nooit een debat is gevoerd in de gerechtelijke procedure.⁹⁷

94 — Arresten van 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 27); 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21); 8 maart 2007, Gerlach (C-44/06, Jurispr. blz. I-2071, punt 38), en 13 september 2007, Land Oberösterreich en Oostenrijk/Commissie (C-439/05 P en C-454/05 P, Jurispr. blz. I-7141, punt 36); zie met name inzake de rechten van verdediging in de gerechtelijke procedure arrest van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie (C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 19).

95 — Arresten van 22 maart 1961, SNUPAT/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 111, 169); 10 januari 2002, Plant e.a./Commissie en South Wales Small Mines (C-480/99 P, Jurispr. blz. I-265, punt 24), en arrest Corus UK/Commissie (aangehaald in voetnoot 94, punt 19).

96 — Zie in die zin ook mijn conclusie van 27 september 2006 in de zaak PKK en KNK/Raad (aangehaald in voetnoot 59, punt 67).

97 — Uit beschikking UER/M6 e.a. (aangehaald in voetnoot 91, punt 74) kan worden afgeleid dat het arrest van het Gerecht niet gebaseerd mag zijn op een „nouvelle thèse inspirée par le Tribunal”.

153. Zo ging het in casu met de toezending van bepaalde documenten aan Alrosa. Vaststaat op welke data die documenten zijn toegezonden. Uit het dossier blijkt echter dat de door het Gerecht in casu bekritiseerde late toezending van de documenten⁹⁸ tijdens de schriftelijke behandeling in eerste aanleg door geen der partijen tot thema is gemaakt. Ter terechtzitting is dit probleem — volgens de door Alrosa niet betwiste verklaring van de Commissie — eveneens niet besproken. Het Gerecht heeft over het probleem ook geen schriftelijke vragen gesteld en het evenmin nodig geacht de mondelinge behandeling te heropenen om het te bespreken.⁹⁹

154. Als verweerster hoefde de Commissie voorts niet zelf uit voorzorg een standpunt in te nemen over dit probleem. Dit geldt te meer daar de in eerste aanleg gevolgde versnelde procedure gepaard gaat met bijzondere beperkingen voor partijen, zowel wat de omvang van hun argumenten betreft als met betrekking tot de daarbij in acht te nemen termijnen.¹⁰⁰

155. In deze omstandigheden was het feit dat het Gerecht de door hem vastgestelde schending van het recht te worden gehoord

98 — Zie dienaangaande nogmaals punt 201 van het bestreden arrest en punt 140 van deze conclusie.

99 — Artikel 62 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg.

100 — Zie op dit punt artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg en het arrest Royal Philips Electronics/Commissie (aangehaald in voetnoot 41, punt 205).

met name baseerde op een te late toezending van documenten door de Commissie, een oordeel dat partijen verraste. Dat het Gerecht de Commissie alvorens uitspraak te doen niet de gelegenheid heeft geboden zich hierover te uiten, levert een schending van de rechten van verdediging op en daarmee een procedurefout.

156. De desbetreffende grief van de Commissie is dus gegrond. Omdat niet kan worden uitgesloten dat de Commissie in het geval van een debat over de vertragsproblemen in de procedure in eerste aanleg, argumenten zou hebben aangevoerd die het Gerecht tot een andere conclusie zouden hebben gebracht, rechtvaardigt zijn procedurefout de vernietiging van het bestreden arrest.

c) De gevolgen van een eventuele schending van het recht te worden gehoord voor de beschikking van de Commissie (vierde onderdeel van het tweede middel)

157. Voorts voert de Commissie aan dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het niet heeft aange-toond welke gevolgen de eventuele schending van Alrosa's recht te worden gehoord voor de litigieuze beschikking had.

158. Volgens vaste rechtspraak rechtvaardigt een procedurefout enkel de nietigverklaring van een beschikking van de Commissie, wanneer de administratieve procedure zonder die fout een andere afloop had kunnen hebben.¹⁰¹ Het mag met andere woorden niet uitgesloten zijn dat de procedurefout gevolgen heeft gehad voor de inhoud van de beschikking, en dat de beschikking dus een andere inhoud had kunnen hebben.¹⁰²

159. Het Gerecht heeft in casu een schending vastgesteld van het recht te worden gehoord, maar tegelijkertijd gesteld dat „niet duidelijk kan worden aangetoond in hoeverre die onregelmatigheid de beschikking van de Commissie heeft kunnen aantasten”.¹⁰³

160. Deze enigszins ongelukkige formulering doet — althans op het eerste gezicht — het vermoeden rijzen dat het Gerecht de litigieuze beschikking wegens een procedurefout heeft nietig verklaard, zonder eerst voldoende na te gaan of die procedurefout de inhoud van de beschikking wel kon aantasten.

101 — Arresten van 10 juli 1980, *Distillers Company/Commissie* (30/78, Jurispr. blz. 2229, punt 26), en 14 februari 1990, *Frankrijk/Commissie* (C-301/87, Jurispr. blz. 1-307, punt 31); in dezelfde zin arrest *Aalborg Portland e.a./Commissie* (aangehaald in voetnoot 37, punt 73), en arrest van 29 juni 2006, *SGL Carbon/Commissie* (C-308/04 P, Jurispr. blz. 1-5977, punten 97 en 98).

102 — Arresten van 29 oktober 1980, *Van Landewyck e.a./Commissie* (209/78-215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 47), en 23 april 1986, *Bernardi/Parlement* (150/84, Jurispr. blz. 1375, punt 28).

103 — Punt 203 van het bestreden arrest.

161. Bij nader inzien brengt die formulering echter de overtuiging van het Gerecht tot uitdrukking *dat* de door hem vastgestelde schending van het recht te worden gehoord, de uitkomst van de administratieve procedure kon aantasten. Enkel de concrete *omvang* van die gevolgen was volgens het Gerecht niet ondubbelzinnig te achterhalen.

tot het inhoudelijk beïnvloeden van het besluitvormingsproces van de Commissie. Derhalve rechtvaardigt alleen al het feit dat een schending van het recht te worden gehoord de inhoud van de beschikking kan hebben aangetast, de nietigverklaring ervan.

162. Daarmee blijft het Gerecht, ondanks de door hem gekozen, tot misverstand aanleiding gevende formulering, nog binnen het kader van de juridische eisen voor de nietigverklaring van een beschikking wegens procedurefouten. Voor een dergelijke nietigverklaring is namelijk niet van belang in welke mate de inhoud van de beschikking door de procedurefout precies is aangetast.

165. Het vierde onderdeel van het tweede middel is derhalve ongegrond.

d) De omvang van Alrosa's recht te worden gehoord (derde onderdeel van het tweede middel)

163. Indien de door het Gerecht vastgestelde procedurefout bestaat in schending van het recht te worden gehoord, zal toch al moeilijk zijn vast te stellen in hoeverre dit de inhoud van de beschikking van de Commissie heeft aangetast. Nooit kan volledig worden uitgesloten dat, zelfs in geval van correcte uitoefening door de betrokkenen van hun recht te worden gehoord, een gelijklopende beschikking zou zijn gegeven.

166. Ten slotte stelt de Commissie dat het Gerecht in de aan de orde zijnde zaak de omvang van Alrosa's recht te worden gehoord, heeft miskend.

i) Opmerking vooraf

164. Wanneer de betrokkene wordt gehoord, dient hem de gelegenheid te worden geboden tot het geven van zijn zienswijze en daarmee

167. Op grond van artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie¹⁰⁴ heeft eenieder het recht te

104 — Het Handvest van de grondrechten werd voor het eerst plechtig afgekondigd op 7 december 2000 te Nice (PB C 364, blz. 1) en later nogmaals op 12 december 2007 te Straatsburg (PB C 303, blz. 1).

worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen. Dit grondrecht dient bij de uitlegging en toepassing van verordening nr. 1/2003 te worden geëerbiedigd.¹⁰⁵

ii) De grief van de Commissie

168. Het recht te worden gehoord, is tevens onderdeel van de rechten van verdediging waarvan de eerbiediging in elke procedure tegen iemand die tot een voor hem bezwarend besluit kan leiden, een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht vormt.¹⁰⁶

169. Voor mededingingsrechtelijke procedures wordt het recht te worden gehoord onder meer in artikel 27 van verordening nr. 1/2003 en in de artikelen 10 en 15 van uitvoeringsverordening nr. 773/2004 geconcretiseerd.

170. In wezen verwijt de Commissie het Gerecht dat het Alrosa ten onrechte heeft gelijkgesteld met een „betrokken onderneming”.

171. Het Gerecht stelt inderdaad, dat weliswaar enkel De Beers in de procedure op grond van artikel 82 EG een „betrokken onderneming” kan zijn, maar dat Alrosa ondanks geen eenvoudige „belanghebbende derde” is.¹⁰⁷ Ter onderbouwing verwijst het Gerecht naar de wijze waarop de Commissie de twee procedures met betrekking tot de overeenkomst tussen De Beers en Alrosa heeft behandeld.¹⁰⁸ Het Gerecht onderstreept voorts aan de hand van voorbeelden dat de twee parallelle procedures op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG „de facto altijd als een enkele procedure zijn behandeld, niet alleen door de Commissie maar ook door [Alrosa] en De Beers”.¹⁰⁹ Tegen deze achtergrond komt het Gerecht tot de conclusie dat aan Alrosa „voor de procedure in haar geheel beschouwd, de aan een „betrokken onderneming” in de zin van verordening nr. 1/2003 verleende rechten moeten worden toegekend”, hoewel Alrosa dat strikt genomen in de procedure met betrekking tot artikel 82 EG niet is.¹¹⁰

172. Ik acht deze argumenten niet overtuigend.

105 — Punt 37 van de considerans van verordening nr. 1/2003. Het Handvest van de grondrechten heeft op zich weliswaar nog geen met het primaire recht vergelijkbare bindende rechtsgevolgen, maar geeft als rechtsbron wel duidelijkheid over de communautair gewaarborgde grondrechten, vooral wanneer een gemeenschapshandeling uitdrukkelijk ernaar verwijst; zie arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad („Gezinshereniging”, C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 38), en punt 108 van mijn conclusie van 8 september 2005 in die zaak.

106 — Zie op dit punt de in voetnoot 94 aangehaalde rechtspraak; in het bijzonder over de inachtneming van de rechten van verdediging in een mededingingsrechtelijke administratieve procedure, zie bijvoorbeeld arresten van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie (374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 32), en 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie (C-534/07 P, Jurispr. blz. I-7415, punt 26).

107 — Punten 176 en 177 van het bestreden arrest.

108 — Punt 178 van het bestreden arrest.

109 — Punt 186 van het bestreden arrest.

110 — Punt 187 van het bestreden arrest.

173. Bij de als een gewone wet opgezette regeling van het recht te worden gehoord, heeft de gemeenschapswetgever in artikel 27 van verordening nr. 1/2003 en in de artikelen 10 en 15 van uitvoeringsverordening nr. 773/2004 bewust verschil gemaakt tussen de uiteenlopende categorieën personen die in een of andere vorm betrokken kunnen zijn bij een mededingingsprocedure. De rechten van de partijen in de administratieve procedure (ook „betrokken ondernemingen” genoemd) gaan verder dan de rechten van derden, die wel een belang hebben bij de uitkomst van de procedure, maar zelf geen adressaat zullen zijn van de door de Commissie vast te stellen beschikking.

174. Vaststaat dat de Commissie in casu twee parallelle administratieve procedures heeft gevoerd, de ene op basis van artikel 81 EG en de andere op basis van artikel 82 EG. In de eerste procedure had Alrosa als partij bij de aangemelde overeenkomst net als De Beers de positie van een betrokken onderneming. In de laatste procedure kwam echter alleen De Beers als de vermoedelijke onderneming met een machtspositie die positie toe, maar Alrosa niet.

175. In de procedure op grond van artikel 82 EG, die werd afgesloten met de litigieuze beschikking, had Alrosa dus slechts de minder vergaande rechten van een belanghebbende derde.

176. Alleen wanneer mocht blijken dat de Commissie in casu willekeurig, dus zonder objectieve reden, één feitencomplex heeft

onderworpen aan twee gescheiden procedures, zouden aan Alrosa — in de woorden van het Gerecht — „voor de procedure in haar geheel beschouwd” de aan een betrokken onderneming verleende rechten moeten worden toegekend.¹¹¹

177. Een dergelijk misbruik van bevoegdheid door de Commissie heeft het Gerecht in casu echter niet vastgesteld. Daar was ook geen reden voor. Integendeel, dat twee gescheiden administratieve procedures werden gevoerd, was, gelet op de verschillende materiële rechtsgrondslagen ervan — artikel 81 EG (artikel 53 EER) enerzijds en artikel 82 EG (artikel 54 EER) anderzijds —, objectief gerechtvaardigd. Wat artikel 82 EG (artikel 54 EER) betreft, kon enkel De Beers als vermoedelijke onderneming met een machtspositie de adressaat zijn van de mededeling van punten van bezwaar en van de beschikking van de Commissie waarmee de procedure wordt beëindigd.

178. Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting toen het oordeelde dat Alrosa voor de procedure op grond van artikel 82 EG gelijk moest worden gesteld met een betrokken onderneming.

179. Alrosa voert aan dat de litigieuze beschikking in haar praktische uitwerking

¹¹¹ — Punt 187 van het bestreden arrest.

neerkomt op een aan haar gerichte verbodsbeschikking op grond van artikel 7 van verordening nr. 1/2003. Het wordt haar onmogelijk gemaakt om in de toekomst zaken te doen met De Beers.

180. Dienaangaande merk ik op dat het dispositief van de litigieuze beschikking enkel tot De Beers is gericht en haar vrijwillig afzien van aankopen bij Alrosa verbindend verklaart. De door Alrosa genoemde gevolgen voor toekomstige handelsbetrekkingen volgen hooguit *indirect* uit de litigieuze beschikking. Dergelijke loutere *indirecte gevolgen* van toezeggingsbeschikkingen zijn evenwel juist niet kenmerkend voor de betrokken ondernemingen (partijen), maar voor belanghebbende derden.

181. Anders dan Alrosa meent, kan deze onderneming ook niet deswege als betrokken onderneming uit het oogpunt van artikel 82 EG worden beschouwd, omdat de Commissie de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa eerst heeft afgewezen. Die afwijzing van de gezamenlijke toezeggingen vond namelijk niet plaats in de in casu relevante procedure op grond van artikel 82 EG, maar in de parallelle procedure op grond van artikel 81 EG. De litigieuze beschikking in de procedure op grond van artikel 82 EG heeft dan ook geen betrekking op de afwijzing van de gezamenlijke toezeggingen, die juist slechts een gegeven waren waarmee de Commissie rekening moest houden bij haar

evenredigheidstoetsing met betrekking tot de belangen van Alrosa als belanghebbende derde.

182. Het Gerecht heeft derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door Alrosa gelijk te stellen met een betrokken onderneming. Deze onjuiste rechtsopvatting werkt ook door in de verdere overwegingen van het Gerecht in het bestreden arrest tot en met de nietigverklaring van de litigieuze beschikking.¹¹² Het Gerecht baseert daarop met name zijn oordeel dat de Commissie Alrosa inzage in het dossier had moeten verlenen.¹¹³ Het recht van inzage in het dossier komt alleen toe aan de partijen in de administratieve procedure (artikel 27, lid 2, tweede zin, van verordening nr. 1/2003) en kan pas worden uitgeoefend na toezending van de mededeling van punten van bezwaar (artikel 15, lid 1, tweede zin, van verordening nr. 773/2004). Aangezien Alrosa geen partij was in de aan de orde zijnde administratieve procedure op grond van artikel 82 EG, maar slechts in de parallelle administratieve procedure op grond van artikel 81 EG, had zij in de fase voorafgaand aan de vaststelling van de litigieuze beschikking geen recht op inzage in het dossier.

183. Tegen deze achtergrond is het derde onderdeel van het tweede middel gegrond en rechtvaardigt het de vernietiging van het bestreden arrest.

¹¹² — Punten 197-203 van het bestreden arrest.

¹¹³ — Punt 197 van het bestreden arrest.

C — *Tussenconclusie*

het beroep van Alrosa tot nietigverklaring van de bestreden beschikking.

184. Hoewel enkele van de door de Commissie aangevoerde grieven ongegrond zijn, stel ik samenvattend vast dat haar hogere voorziening slaagt en leidt tot vernietiging van het bestreden arrest in zijn totaliteit.

A — *De formele rechtmatigheid van de litigieuze beschikking (eerste middel)*

VI — Beoordeling van het beroep in eerste aanleg van Alrosa

187. Met haar eerste middel in eerste aanleg voert Alrosa schending aan van het recht te worden gehoord.

185. Op grond van artikel 61, eerste alinea, van zijn Statuut kan het Hof de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

1. Het recht van Alrosa om te worden gehoord

186. Dat is in casu het geval. Alle feitelijke vragen en rechtsvragen die van belang zijn voor een uitspraak op het beroep van Alrosa zijn reeds in eerste aanleg voor het Gerecht aan de orde gekomen, en partijen zijn in de gelegenheid gesteld hun argumenten dienaangaande uit te wisselen. Terugverwijzing naar het Gerecht is dan ook niet nodig; het Hof kan integendeel zelf uitspraak doen over

188. In haar verweerschrift in eerste aanleg lijkt de Commissie eraan te twifelen of Alrosa in de aan de orde zijnde zaak wel recht had om te worden gehoord.

189. Een dergelijke opvatting zou geen rechtsgrondslag hebben.

190. Zoals gezegd¹¹⁴, was Alrosa geen partij („betrokken onderneming”) in de hier relevante procedure betreffende artikel 82 EG. Buiten kijf staat echter dat Alrosa een gerechtvaardigd belang had bij de uitkomst van de procedure. Dat belang volgt uit het feit dat Alrosa de beoogde medecontractant was van de vermoedelijke onderneming met een machtspositie. Een dergelijke medecontractant moet op zijn verzoek door de Commissie worden gehoord voordat een toezeggingsbeschikking kan worden vastgesteld waarmee de beëindiging van elke leveringsbetrekking tussen de onderneming met een machtspositie en haar medecontractant bindend wordt.

192. Ook staat echter vast dat Alrosa als belanghebbende derde minder vergaande rechten had dan een „betrokken onderneming” respectievelijk een partij in de zin van artikel 9, lid 1, en artikel 27, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003. Alrosa had met name geen recht op een mededeling van punten van bezwaar of een vergelijkbaar document, en ook niet op inzage in het dossier (zie artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 als ook artikel 10, leden 1 en 2, en artikel 15, lid 1, van verordening nr. 773/2004).

2. Voorwerp van Alrosa's recht om te worden gehoord

191. Met betrekking tot het onderhavige geding kan evenwel in het midden blijven of Alrosa als belanghebbende derde in de zin van artikel 27, lid 3, tweede zin, van verordening nr. 1/2003 moest worden gehoord.¹¹⁵ Want in de rechtspraak is verduidelijkt dat het als grondrecht gewaarborgde recht om te worden gehoord zelfs bij ontbreken van iedere regeling voor de betrokken procedure in acht moet worden genomen.¹¹⁶ Aangezien de toezeggingsbeschikking een voor Alrosa nadelige individuele maatregel vormde, moest Alrosa op verzoek in elk geval worden gehoord. Daarvoor pleit ook de beoordeling van de wetgever, die tot uitdrukking komt in artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003.

193. Partijen verschillen met name met elkaar van mening over de vraag waarop het recht te worden gehoord betrekking heeft.

194. Alrosa wenst informatie over de redenen van de afwijzing van haar gezamenlijk met De Beers gedane toezeggingen en wil daarover haar standpunt bepalen.

114 — Zie boven, punten 174 en 175 van deze conclusie.

115 — De plaatsing van het derde lid van artikel 27 van verordening nr. 1/2003 na het eerste lid duidt erop dat het slechts moet worden toegepast met betrekking tot de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7, 8, 23 en 24, lid 2, van die verordening.

116 — Zie dienaangaande de in voetnoot 106 aangehaalde arresten.

195. De gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa zijn evenwel niet in de procedure op grond van artikel 82 EG gedaan,

maar in de gelijktijdig gevoerde procedure op grond van artikel 81 EG. Zij zijn dan ook niet het voorwerp van de litigieuze beschikking; zij worden daarin ook niet afgewezen, maar door de Commissie slechts besproken met het oog op de mededingingsrechtelijke beoordeling van de zaak. Alleen de eenzijdige toezeggingen van De Beers, die de Commissie verbindend verklaart, zijn echter het voorwerp van de litigieuze beschikking.

van de beschikking die zij aan het voorbereiden is. Daartoe behoort niet alleen informatie over de wezenlijke inhoud van de toezeggingen die verbindend zullen worden verklaard, maar ook informatie over de belangrijkste redenen waarom de Commissie die toezeggingen heeft aanvaard.

196. Alrosa hoefde derhalve enkel te worden gehoord over de eenzijdige toezeggingen van De Beers en over het voornemen van de Commissie om die verbindend te verklaren. Uit die eenzijdige toezeggingen volgt uiteindelijk ook het gestelde nadeel voor Alrosa: het einde van alle handelsbetrekkingen met De Beers wat ruwe diamanten betreft.

199. In casu moest de Commissie Alrosa dus informeren over de wezenlijke inhoud van de eenzijdige toezeggingen van De Beers — die bestond in een geleidelijke vermindering van de aankoop van ruwe diamanten bij Alrosa en in de volledige stopzetting daarvan vanaf 2009 — en bovendien over de belangrijkste redenen waarom zij voornemens was die eenzijdige toezeggingen verbindend te verklaren.

197. Dit betekent echter geenszins dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa naar aanleiding van het horen van Alrosa in de fase voorafgaande aan de litigieuze beschikking geen rol mochten spelen.

200. Het is zonneklaar dat de Commissie daarbij ook moest uitleggen dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa, die zij eerder had ontvangen, niet toereikend waren om tegemoet te komen aan de door haar vastgestelde mededingingsbezwaren. Want alleen op die wijze kon Alrosa in staat worden gesteld zich zinnig te uiten over de evenredigheid van de voorgenomen beschikking ten aanzien van haar eigen zakelijke belangen. Zo gezien heeft Alrosa gelijk wanneer zij stelt dat de litigieuze beschikking nauw verband houdt met de eerdere afwijzing van de gezamenlijke toezeggingen door de Commissie.

198. Om belanghebbende derden als Alrosa in staat te stellen een zinnig standpunt in te nemen, moet de Commissie hen — althans in hoofdlijnen — informeren over de inhoud

201. Tegen die achtergrond zal ik thans onderzoeken of de Commissie Alrosa's recht om te worden gehoord heeft geëerbiedigd.

3. Geen schending van Alrosa's recht te worden gehoord

202. Alrosa stelt dat zij door de Commissie niet is geïnformeerd over de gewijzigde beoordeling van de feitelijke elementen, waarop de Commissie uiteindelijk in de litigieuze beschikking haar afwijzing van de gezamenlijke toezeggingen en haar aanvaarding van de eenzijdige toezeggingen van De Beers heeft gebaseerd. Alrosa is ook niet in de gelegenheid gesteld zich zinnig te uiten over die gewijzigde beoordeling van de feiten door de Commissie.

203. Zoals evenwel blijkt uit de vaststellingen van de feiten door het Gerecht¹¹⁷, heeft de Commissie Alrosa en De Beers reeds op 27 oktober 2005 tijdens een bijeenkomst geïnformeerd over de resultaten van haar markttoets. Tegelijkertijd heeft de Commissie de twee ondernemingen in het licht van de markttoets verzocht haar vóór eind november 2005 nieuwe gezamenlijke toezeggingen voor te leggen die tot een volledige stopzetting van hun handelsbetrekkingen vanaf 2009 zouden leiden.

204. Daarmee alleen al was Alrosa ervan in kennis gesteld dat de Commissie de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa niet meer toereikend achtte om de door haar vastgestelde mededingingsbezwaren weg te nemen. Sinds die bijeenkomst wist Alrosa voorts dat de Commissie een voortzetting van de handelsbetrekkingen tussen Alrosa en De Beers, zoals beoogd met de aangemelde overeenkomst en ook met de gezamenlijke toezeggingen, niet (meer) acceptabel achtte en alleen nog maar bereid was toezeggingen te aanvaarden die voorzagen in volledige stopzetting van de handelsbetrekkingen tussen de twee ondernemingen.

205. Indien men bedenkt dat Alrosa als partij in de gelijktijdig gevoerde procedure op grond van artikel 81 EG door en door vertrouwd was met de marktsituatie en de achtergrond van de procedure, dan konden dergelijke mondelinge mededelingen door de Commissie reeds voldoende zijn om Alrosa een zinnig standpunt te kunnen laten innemen, waarin zij zowel op haar eigen zakelijke belangen kon ingaan als op de — naar haar mening gebrekkige — evenredigheid van een volledige stopzetting van haar handelsbetrekkingen met De Beers. Als belanghebbende derde had Alrosa toch al geen recht op schriftelijke informatie, zeker niet op een qua omvang met de mededeling van punten van bezwaar vergelijkbaar document.

206. Alrosa had dus sinds de bijeenkomst van 27 oktober 2005 gelegenheid haar standpunt over een volledige stopzetting van de

117 — Punt 21 van het bestreden arrest; zie ook punt 27 van deze conclusie.

handelsbetrekkingen met De Beers daadwerkelijk naar voren te brengen.

207. Alrosa heeft van deze gelegenheid ook gebruikgemaakt. Blijkens het dossier heeft de onderneming bij brief van 6 december 2005 aan het met mededingingszaken belaste Commissielid haar standpunt uiteengezet.¹¹⁸ Bij brief van 6 februari 2006 heeft Alrosa voorts commentaar gegeven op de eenzijdige toezeggingen van De Beers en op de opmerkingen van derden naar aanleiding van de markttoets.¹¹⁹

208. Als belanghebbende derde kon Alrosa geen aanspraak maken op meer dan deze gelegenheid tot het geven van commentaar.

209. Derhalve moet Alrosa's grief dat haar recht te worden gehoord is geschonden, ongegrond worden verklaard.

210. Slechts volledigheidshalve merk ik nog op dat het recht van belanghebbende derden

om te worden gehoord, geenszins het recht inhoudt om vóór de vaststelling van een beschikking nieuwe toezeggingen voor te leggen aan de Commissie. Uitsluitend betrokken ondernemingen in de zin van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 kunnen daadwerkelijk toezeggingen aanbieden.¹²⁰ Uit het feit dat het voor Alrosa — bijvoorbeeld vanwege tijdgebrek — onmogelijk was „nieuwe gezamenlijke toezeggingen met De Beers voor te stellen”¹²¹, kan derhalve bij voorbaat geen schending volgen van het recht te worden gehoord. Dit miskent het Gerecht in punt 201 van het bestreden arrest, en dit miskent ook Alrosa, wanneer zij zich op dit punt achter het Gerecht schaaft.

B — De materiële rechtmatigheid van de litigieuze beschikking (tweede en derde middel)

211. De materiële rechtmatigheid van de litigieuze beschikking is voorwerp van twee andere middelen, waarmee Alrosa in eerste aanleg schending van artikel 82 EG, artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en de beginselen van contractvrijheid en evenredigheid aanvoert.

118 — Deze brief heeft Alrosa zelf bij het Gerecht ingediend als bijlage 14 bij haar verzoekschrift in eerste aanleg.

119 — Punt 24 van het bestreden arrest; zie ook punt 30 van deze conclusie.

120 — Zie daartoe punten 214-216 van deze conclusie.

121 — Punt 201 van het bestreden arrest.

1. Schending van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 (tweede middel)

procedure. In een procedure op grond van artikel 82 EG, zoals in casu, komt dus enkel de vermoedelijke onderneming met een machtspositie¹²³ als betrokken onderneming in aanmerking. Uitsluitend die onderneming kan rechtsgeldig toezeggingen doen.

212. Met haar tweede middel in eerste aanleg voert Alrosa aan dat artikel 9 van verordening nr. 1/2003 geen toereikende rechtsgrondslag voor de litigieuze beschikking vormt. Daarbij baseert Alrosa zich op een restrictieve uitlegging van deze bepaling. Volgens haar had de Commissie in de eerste plaats enkel gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa mogen aanvaarden. In de tweede plaats had de toezeggingsbeschikking voor een bepaalde tijd moeten worden gegeven.

215. De Commissie mocht dus in het kader van de procedure op grond van artikel 82 EG eenzijdige toezeggingen van De Beers, de vermoedelijke onderneming met een machtspositie, aanvaarden en overeenkomstig artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 verbindend verklaren.¹²⁴ Zij was geenszins beperkt tot de aanvaarding van gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa. Gezamenlijke toezeggingen konden in feite enkel in het kader van de gelijktijdig gevoerde procedure op grond van artikel 81 EG worden gedaan.

213. Geen van beide argumenten is steekhoudend.

a) Het recht om op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 toezeggingen te doen

216. Ongetwijfeld was het denkbaar geweest dat de Commissie in die gelijktijdig gevoerde procedure op grond van artikel 81 EG samen met de twee ondernemingen — De Beers en Alrosa — was blijven trachten een oplossing voor de door haar vastgestelde mededingingsbezwaren te vinden. Of de voorkeur moest worden gegeven aan deze weg dan wel aan de weg van eenzijdige toezeggingen in het kader van de procedure op grond van artikel 82 EG, is echter uiteindelijk geen rechtsvraag, maar

214. Toezeggingen in de zin van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 kunnen slechts door de „betrokken ondernemingen” worden gedaan. Zoals gezegd¹²², zijn dat enkel de partijen in de betreffende mededingingsrechtelijke

123 — Ook meerdere ondernemingen gezamenlijk kunnen een machtspositie bezitten (zogenoemde collectieve machtspositie).

124 — In die zin ook punten 89 en 90 van het bestreden arrest.

122 — Zie boven, punten 174 en 175 van deze conclusie.

een doelmatigheidsvraag, die de gemeenschapsrechter niet mag beoordelen.

b) De beperking van de geldigheidsduur van een toezeggingsbeschikking

217. De Commissie is op grond van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 niet verplicht de geldigheidsduur van haar toezeggingsbeschikking tot een bepaalde tijd te beperken. Anders dan het voorstel van de Commissie voor verordening nr. 1/2003¹²⁵, voorziet artikel 9, lid 1, namelijk juist niet dat de beschikking voor een bepaalde tijd moet worden gegeven.¹²⁶

218. Wanneer het einde van de machtspositie van een onderneming als De Beers niet op korte of middellange termijn te verwachten is, zou het ook niet erg zinvol zijn om de toezeggingsbeschikking tot een bepaalde tijd te beperken.

125 — Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1017/68, verordening (EEG) nr. 2988/74, verordening (EEG) nr. 4056/86 en verordening (EEG) nr. 3975/87 („uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag”), ingediend door de Commissie op 27 september 2000 [COM(2000) 582 def., PB C 365E, blz. 284]; zie met name artikel 9, lid 1, tweede zin, van dit voorstel.

126 — Zie ook punt 91 van het bestreden arrest.

219. Ook bij een toezeggingsbeschikking voor onbepaalde tijd zijn de betrokken ondernemingen en derden evenwel niet verstoken van bescherming. Op grond van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 1/2003 kunnen wezenlijke veranderingen in de feiten namelijk tot heropening van de procedure leiden. Van een dergelijke wezenlijke verandering kan bijvoorbeeld worden uitgegaan wanneer de marktsituatie in de loop van de tijd zodanig verandert dat een onderneming die voorheen een machtspositie had, haar dominante positie op de markt verliest.

220. Volgens het beginsel van behoorlijk bestuur¹²⁷ is de Commissie verplicht om elke gemotiveerde verwijzing naar een wezenlijke verandering in de feiten onverwijld na te trekken en over de heropening van de procedure te beslissen.

c) Tussenconclusie

221. Omdat de restrictieve uitlegging van artikel 9 van verordening nr. 1/2003, zoals Alrosa voor ogen heeft, dus niet slaagt, is het tweede middel in eerste aanleg ongegrond.

127 — Het recht op behoorlijk bestuur is ingevoerd bij artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarnaar punt 37 van de considerans van verordening nr. 1/2003 verwijst.

2. Schending van artikel 82 EG, artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en de beginselen van contractvrijheid en evenredigheid (derde middel)

222. Met haar derde middel in eerste aanleg voert Alrosa aan dat het aan de litigieuze beschikking ten grondslag liggende „absolute en potentieel definitieve verbod voor De Beers om direct of indirect ruwe diamanten bij Alrosa te kopen” in strijd is met artikel 82 EG en artikel 9 van verordening nr. 1/2003 in samenhang met de fundamentele beginselen van contractvrijheid en evenredigheid.

223. Het verdient aanbeveling dit middel enerzijds uit het oogpunt van de contractvrijheid te beoordelen en anderzijds vanuit de optiek van de evenredigheid.

a) De contractvrijheid (eerste onderdeel van het derde middel)

224. Alrosa stelt dat de litigieuze beschikking niet kan worden gebaseerd op artikel 82 EG en artikel 9 van verordening nr. 1/2003, daar zij in strijd is met het beginsel van de

contractvrijheid. De Commissie heeft Alrosa de facto geboycot.

225. De contractvrijheid behoort tot de algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht. Zij vloeit voort uit de handelingsvrijheid van personen. Ook is zij onlosmakelijk verbonden¹²⁸ met de als grondrecht beschermde vrijheid van ondernemerschap.¹²⁹ In een gemeenschap waarin het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging in acht moet worden genomen¹³⁰, is de waarborging van contractvrijheid noodzakelijk. Ook de rechtspraak van het Hof erkent dat ondernemers contractvrijheid genieten.¹³¹

226. Bij de vaststelling van mededingingsrechtelijke beschikkingen moet de Commissie rekening houden met het beginsel van de contractvrijheid respectievelijk de ondernemingsvrijheid.¹³²

128 — Advocaat-generaal Jacobs heeft dit in zijn conclusie van 28 mei 1998 in de zaak Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punt 56) als volgt uitgedrukt: „[H]et recht zelf zijn handelspartners te kiezen, alsmede het recht over zijn eigendom te beschikken, [behoort] tot de algemeen erkende beginselen van de wetgevingen der lidstaten, soms met grondwettelijke status. Inbreuken hierop moeten zorgvuldig worden gemotiveerd.”

129 — Artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

130 — Artikel 4, lid 1, EG en artikel 98 EG; zie in dit verband ook arrest van 9 september 2003, CIF (C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punt 47).

131 — Arrest van 28 april 2009, Commissie/Italië (C-518/06, Jurispr. blz. I-3491, punt 66); zie ook arresten van 21 januari 1999, Bagnasco e.a. (C-215/96 en C-216/96, Jurispr. blz. I-135, punten 45 en 46), en 18 juli 2007, Société thermale d'Eugénie-les-Bains (C-277/05, Jurispr. blz. I-6415, punt 21).

132 — In die zin arrest Gerecht van 18 september 1992, Automec/Commissie (T-24/90, Jurispr. blz. II-2223, punten 51-53), en — wat de ondernemingsvrijheid betreft — arrest Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie (T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punt 180).

227. De contractvrijheid houdt evenwel niet alleen de vrijheid in om contracten te sluiten (positieve contractvrijheid), maar ook de vrijheid om geen contracten te sluiten (negatieve contractvrijheid).

228. Met haar eenzijdige toezeggingen aan de Commissie heeft De Beers gebruikgemaakt van haar negatieve contractvrijheid. De onderneming heeft er voor de toekomst *vrijwillig* van afgezien, met Alrosa contracten te sluiten.

229. Het feit dat De Beers tijdens een lopende mededingingsprocedure haar toezeggingen heeft gedaan ter voorkoming van een verbodsbeschikking — inclusief de daarin vervatte vaststelling van haar machtspositie —, verandert ook niets aan het vrijwillige karakter daarvan. De loutere aankondiging van een mededingingsprocedure of de voortzetting daarvan door de Commissie, met inbegrip van een verbodsbeschikking en mogelijk een geldboete, is geen oneerlijk, maar een volkomen legaal middel, waarmee de Commissie het legitieme doel nastreeft om de mededinging doeltreffend te beschermen tegen vervalsing.¹³³

230. Op deze wijze is Alrosa weliswaar haar gewenste medecontractant voor de toekomst kwijtgeraakt, maar dit behoort tot de risico's

die Alrosa net als elke andere onderneming in een open markteconomie heeft te dragen. Er is daarbij geen sprake van inbreuk op de contractvrijheid van Alrosa.¹³⁴

231. De Commissie heeft het beginsel van de contractvrijheid evenmin geschonden door de eenzijdige toezeggingen, en derhalve het afzien van De Beers van toekomstige handelsbetrekkingen met Alrosa, verbindend te verklaren. Door de litigieuze beschikking heeft zij veeleer slechts de grenzen van de contractvrijheid geconcretiseerd, zoals die voor alle ondernemingen volgen uit de rechtstreeks toepasselijke mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag en de EER-Overeenkomst. De (positieve) contractvrijheid van ondernemingen eindigt namelijk daar waar een contract met een mededingingsbeperkende strekking of met mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 81 EG (artikel 53 EER) wordt gesloten of waar een onderneming met behulp van een contract misbruik maakt van

¹³³ — In dezelfde zin mijn conclusie in de zaak Cementbouw (aangehaald in voetnoot 23, punt 71).

¹³⁴ — Niets wijst er in casu op dat er sprake is van een plicht tot sluiten van een overeenkomst, op grond waarvan De Beers bepaalde hoeveelheden ruwe diamanten zou moeten blijven afnemen van Alrosa. Slechts volledigheidshalve wijs ik erop dat ter terechtzitting voor het Hof de zogenoemde „essential-facilities-leer” besproken is met partijen, in verband met het distributienet van De Beers. Zoals Alrosa evenwel zelf heeft erkend, kan dit distributienet niet van zodanig vitaal belang worden beschouwd dat het een onontbeerlijke voorziening (*essential facility*) zou vormen, waartoe De Beers andere ondernemingen noodzakelijk toegang zou moeten verlenen. Zelfs wanneer het voor Alrosa onrendabel zou zijn om een eigen distributiesysteem op te zetten, zou er volgens de rechtspraak voor De Beers nog geen plicht tot het sluiten van een overeenkomst bestaan (arrest van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punten 41-46, met name punt 45; zie met betrekking tot de „essential-facilities-leer” ook arrest „Magill”, aangehaald in voetnoot 23, punten 49-57, en arrest van 29 april 2004, IMS Health, C-418/01, Jurispr. blz. I-5039).

haar machtspositie in de zin van artikel 82 EG (artikel 54 EER).

en De Beers zou dus niet van verticale, maar van horizontale aard zijn geweest, dat wil zeggen een overeenkomst tussen concurrenten. Dat is een cruciaal verschil met de zaak Langnese-Iglo, waarin het om verticale exclusieve afnameovereenkomsten ging.¹³⁶

232. Alrosa voert aan dat de Commissie zich met haar beschikking geenszins tegen misbruik heeft gekeerd, maar tegen een duidelijk rechtmatig gedrag. De loutere koop of verkoop van een product, ook door een onderneming met een machtspositie, kan als zodanig geen misbruik zijn, tenzij aan de transactie oneerlijke voorwaarden ten grondslag worden gelegd. Ter onderbouwing van haar betoog haalt Alrosa rechtspraak aan, met name het arrest Langnese-Iglo/Commissie¹³⁵, volgens welke het sluiten van exclusieve afnameovereenkomsten niet in zijn algemeenheid en voor onbepaalde tijd mag worden verboden.

234. Zoals gezegd, strookt het in beginsel niet met een normaal concurrerend gedrag dat een onderneming regelmatig de productie van haar grootste concurrent — of althans een noemenswaardig gedeelte daarvan — opkoopt, met name wanneer die onderneming een machtspositie bezit.¹³⁷ Alrosa heeft dit ter terechtzitting voor het Hof desgevraagd ook erkend.

233. Deze argumentatie kan evenwel niet worden aanvaard. Alrosa gaat eraan voorbij dat De Beers niet slechts een koper op de markt voor ruwe diamanten is, maar ook de wereldwijd grootste producent op dezelfde markt. De met de aangemelde overeenkomst beoogde leveringsbetrekking tussen Alrosa

235. In casu komt daar nog de uit het verleden bekende rol van De Beers als „marktmaker” bij, en haar pogingen om de productie op de diamantmarkt te controleren.¹³⁸ In die omstandigheden was het niet onredelijk van de Commissie om ervan uit te gaan dat het voortduren van de leveringsbetrekking tussen Alrosa en De Beers tot misbruik van de machtspositie van De Beers zou kunnen leiden. Ter voorkoming van dit gevaar voor de mededinging mocht de Commissie de

135 — Alrosa beroept zich met name op het arrest Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie (T-7/93, Jurispr. blz. II-1533, punten 206 en 207), bevestigd bij arrest Hof van 1 oktober 1998, Langnese-Iglo/Commissie (C-279/95 P, Jurispr. blz. I-5609, punt 74).

136 — Arrest Langnese-Iglo/Commissie (T-7/93, aangehaald in voetnoot 134, punten 4 en 5).

137 — Zie boven, punten 119-122 van deze conclusie.

138 — Punten 25, 26, 28 en 30 van de litigieuze beschikking, alsook punten 64 en 65 van het verweerschrift in eerste aanleg van de Commissie; zie ook punt 83 van het bestreden arrest.

eenzijdige toezeggingen van De Beers, die voorzien in de volledige beëindiging van die betrekking, verbindend verklaren.

236. Voorts voert Alrosa aan dat haar de toegang tot de grootste koper op de markt wordt ontzegd. De Commissie had haar op zijn minst ad-hocverkopen aan De Beers, bijvoorbeeld door verkoop bij opbod aan de hoogste bieder, moeten toestaan. Dat geen van deze argumenten steekhoudend is, heb ik hierboven reeds uiteengezet.¹³⁹

237. Verder vreest Alrosa dat zij er zonder De Beers als koper niet meer zeker van kan zijn dat zij haar ruwe diamanten tegen economisch aantrekkelijke prijzen kan afzetten. De resterende kopers zullen een sterkere onderhandelingspositie krijgen, zodat de prijzen alleen nog maar zakken, hetgeen tot een verstoring van de mededinging ten nadele van Alrosa leidt.

238. In een open markteconomie moet elke onderneming evenwel zelf het afzetrisico voor haar eigen producten dragen. Ter wille van een bepaalde onderneming een met het oog op artikel 82 EG zorgwekkende leveringsbetrekking laten voortbestaan, betekent per saldo de concurrenten beschermen tegen de mededinging en voorrang geven aan

de belangen van de betrokken ondernemingen, ten nadele van het publieke belang bij een onvervalste mededinging (artikel 3, lid 1, sub g, EG). De doelstelling van het Europese mededingingsrecht moet evenwel zijn, de mededinging en niet de concurrenten te beschermen, omdat daarvan indirect ook de consument en het publiek in het algemeen profiteert.¹⁴⁰

239. Dat Alrosa nu, anders dan vroeger, intensievere prijsonderhandelingen met de resterende kopers op de markt voor ruwe diamanten moet voeren, is geen uiting van minder, maar juist van meer mededinging. Zoals de Commissie bovendien — en in zoverre onweersproken — stelt, wordt de markt gekenmerkt door een groot aantal relatief kleine kopers, wier onderhandelingspositie niet mag worden overschat.

240. Ten slotte stelt Alrosa dat de litigieuze beschikking mededingingsversturende gevolgen zal hebben, omdat een groot gevaar voor vermindering van de productie ontstaat, wanneer Alrosa geen afnemers voor haar ruwe diamanten meer vindt. Zoals de Commissie echter terecht antwoordt, is een dergelijk scenario onwaarschijnlijk wanneer wordt uitgegaan van een gelijkblijvende vraag naar diamanten op de downstreammarkten. Alrosa zelf heeft niets aangevoerd wat wijst op een dalende vraag op deze downstreammarkten.

139 — Zie punten 119-123 en 128-130 van deze conclusie.

140 — Zie dienaangaande punt 71 van mijn conclusie van 19 februari 2009 in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (arrest van 4 juni 2009, C-8/08, Jurispr. blz. I-4529).

241. Al met al stel ik vast dat de litigieuze beschikking geen inbreuk maakt op het beginsel van de contractvrijheid. Het eerste onderdeel van het derde middel in eerste aanleg is derhalve ongegrond.

b) De evenredigheid (tweede onderdeel van het derde middel)

242. Alrosa stelt dat de litigieuze beschikking niet kan worden gebaseerd op artikel 82 EG en artikel 9 van verordening nr. 1/2003, omdat zij het evenredigheidsbeginsel schendt.

243. In wezen voert Alrosa aan dat een absoluut verbod voor De Beers om bij Alrosa ruwe diamanten te kopen, om twee redenen niet noodzakelijk is. Ten eerste heeft de aangemelde overeenkomst toch al niet meer dan 50% van Alrosa's diamantproductie voorbehouden aan De Beers. En ten tweede was voor de Commissie een minder beperkende alternatieve oplossing voor een volledig verkoopverbod beschikbaar in de vorm van de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa.

244. Deze argumenten kunnen de nietigverklaring van de litigieuze beschikking niet rechtvaardigen.

245. Om te beginnen breng ik in herinnering dat het onderzoek van de geschiktheid en noodzaak van toezeggingen met betrekking tot een beschikking op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003, van de Commissie de beoordeling van ingewikkelde economische situaties vergt, waarvoor zij over een beoordelingsmarge beschikt.¹⁴¹

246. In het kader van deze beoordelingsmarge moest de Commissie in casu beslissen of, ten eerste, de aangemelde overeenkomst aanleiding gaf tot bezorgdheden op het gebied van de mededinging en, ten tweede, de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa als een milder middel dan de eenzijdige toezeggingen van De Beers in aanmerking konden worden genomen.

247. Zoals gezegd¹⁴², is de gemeenschapsrechter bevoegd een dergelijke beschikking van de Commissie in materieel opzicht te toetsen op de juistheid van de daaraan ten grondslag liggende feiten en op kennelijke beoordelingsfouten. Daarbij moet hij niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan controleren, maar ook nagaan of deze elementen alle relevante feiten omvatten die bij de beoordeling van een complexe toestand in aanmerking dienden te worden genomen, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.

141 — Zie boven, punten 70-75 van deze conclusie.

142 — Zie boven, punt 77 van deze conclusie.

248. In casu bestaat alleen onenigheid over de vraag of de door de Commissie vastgestelde feiten de door haar getrokken conclusies konden schragen; dit betreft in de eerste plaats de conclusie dat de aangemelde overeenkomst aanleiding gaf tot bezorgdheden op het gebied op de mededinging, gelet op artikel 82 EG, en in de tweede plaats de conclusie dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa geen geschikt alternatief waren voor de verbindend verklaarde eenzijdige toezeggingen.

i) Het bestaan van een mededingingsbezwaar

249. Wat om te beginnen het bestaan van een mededingingsbezwaar betreft, heeft Alrosa slechts kortweg gewezen op het feit dat exclusieve leveringsbetrekkingen met ondernemingen met een machtspositie in een vergelijkbare orde van grootte als de aangemelde overeenkomst (ca. 50% van Alrosa's totale productie), in het verleden niet als mededingingsverstoring zijn beschouwd.

250. Of deze niet nader onderbouwde bewering van Alrosa juist is, hoeft in casu niet te worden onderzocht. De onderhavige zaak

wordt namelijk in elk geval gekenmerkt door een aantal bijzonderheden.

251. In de eerste plaats vormde de ongeveer 50% van Alrosa's jaarproductie van diamanten, die voorwerp van de aangemelde overeenkomst met De Beers zou worden, het totaal van haar toenmalige voor de export bestemde productie.¹⁴³ In de tweede plaats was De Beers niet een willekeurige koper van Alrosa's producten, maar de wereldwijd leidende producent van ruwe diamanten, dus een concurrente van Alrosa, die bovendien volgens de voorlopige beoordeling van de Commissie een machtspositie bezat.¹⁴⁴ In de derde plaats waren er volgens de vaststellingen van de Commissie aanwijzingen dat De Beers op basis van de aangemelde overeenkomst als „marktmaker” de productie op de diamantmarkt zou kunnen controleren.¹⁴⁵

252. In die omstandigheden valt er niets aan te merken op de conclusie van de Commissie dat de aangemelde overeenkomst aanleiding gaf tot bezorgdheden op het gebied van de mededinging wat de verenigbaarheid ervan met artikel 82 EG betreft. De Commissie mocht er redelijkerwijs van uitgaan dat die overeenkomst tot misbruik van de machtspositie van De Beers zou leiden.

¹⁴³ — Punt 13 van het bestreden arrest.

¹⁴⁴ — Punten 9 en 14 van het bestreden arrest; punten 23-27 van de litigieuze beschikking.

¹⁴⁵ — Punten 28 en 30 van de litigieuze beschikking.

ii) De geschiktheid en noodzaak van de eenzijdige toezeggingen van De Beers

253. Wat de geschiktheid en noodzaak betreft van de verbindend verklaarde eenzijdige toezeggingen van De Beers die voorzien in de volledige beëindiging van de handelsbetrekking met Alrosa, merk ik het volgende op.

254. Het is juist, dat de Commissie over een vermeend milder middel beschikte in de vorm van de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa. De Commissie moest dus onderzoeken of die gezamenlijke toezeggingen even geschikt waren als de duidelijk verdergaande eenzijdige toezeggingen van De Beers om het door haar vastgestelde mededingingsbezwaar weg te nemen. De Commissie heeft zich daartoe gebaseerd op een markttoets en heeft de resultaten daarvan — zij het zo beknopt mogelijk — in de litigieuze beschikking gedocumenteerd.¹⁴⁶

255. De door de Commissie vastgestelde resultaten van de markttoets¹⁴⁷ heeft Alrosa wel in de administratieve procedure bekritiseerd, maar niet in haar beroep voor het Gerecht

van eerste aanleg. Voor de gemeenschapsrechter heeft Alrosa pas in hogere voorziening gesteld dat de opmerkingen van de 21 belanghebbende derden niet relevant waren.¹⁴⁸ Een dergelijke handelwijze is niet toegestaan, aangezien het voorwerp van het beroep in hogere voorziening niet met nieuwe middelen mag worden verruimd ten opzichte van de procedure in eerste aanleg (artikel 42, lid 2 juncto artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof).¹⁴⁹ Hierina baseer ik mij derhalve op de vaststellingen van de Commissie aangaande de resultaten van de markttoets, die Alrosa niet tijdig voor het Gerecht heeft aangevochten.

256. In de opmerkingen van belanghebbende derden in het kader van de markttoets kwam onder meer de zorg tot uiting dat voortzetting van de langdurige betrekkingen op het punt van de afname De Beers in staat zou stellen, Alrosa te beletten een onafhankelijke concurrent te worden.¹⁵⁰ De ruime meerderheid van de belanghebbende derden was bovendien van mening dat er tussen De Beers en Alrosa geen handelsbetrekking zou moeten bestaan.¹⁵¹

146 — Punten 41 en 42 van de litigieuze beschikking.

147 — Zie punt 41 van de litigieuze beschikking.

148 — Punten 67 en 77 van het verweerschrift in hogere voorziening en punt 17 van de dupliek van Alrosa. Alrosa bekritiseert met name dat de meeste negatieve opmerkingen van belanghebbende derden beruisten op een uniform modelantwoord en geen voor de aan de orde zijnde procedure relevante mededingingsbezwaren zouden opleveren.

149 — Arrest van 1 juni 1994 (C-136/92 P, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., Jurispr. blz. I-1981, punt 59); arresten Storck/HABM (aangehaald in voetnoot 36, punt 45); PKK en KNK/Raad (aangehaald in voetnoot 59, punt 61), en France Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 64, punt 60).

150 — Punt 41, tweede streepje, van de litigieuze beschikking.

151 — Punt 41, derde streepje, van de litigieuze beschikking.

257. In die omstandigheden valt er niets aan te merken op de conclusie van de Commissie dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa, die in beperkte mate verkopen van Alrosa aan De Beers mogelijk zouden blijven maken, niet geschikt waren om tegemoet te komen aan de door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaren. In elk geval was het niet onredelijk om ervan uit te gaan dat de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa niet even geschikt waren als de eenzijdige toezeggingen van De Beers om aan de bezorgdheden op het gebied van de mededinging, gelet op artikel 82 EG, tegemoet te komen.

258. Anders dan in de zaak *Automec*¹⁵², waarnaar Alrosa meermalen verwijst, was er in casu dus geen sprake van meerdere gelijkwaardige oplossingen voor het door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaar. Het arrest *Automec/Commissie* kan dan ook niet worden getransponeerd naar de onderhavige zaak.

259. Al met al stel ik derhalve vast dat ook de kennis van de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa de Commissie niet kon verhinderen de verdergaande eenzijdige toezeggingen van De Beers verbindend te verklaren.

iii) De evenredigheid in engere zin

260. Voorts voert Alrosa aan dat een verbod van elke verkoop aan De Beers haar belangen bovenmatig schaadt. Alrosa's vrijheid om met haar destijds grootste klant overeenkomsten te sluiten, wordt haar volledig en voor potentieel onbepaalde tijd ontnomen.

261. Dit argument overlapt het eerste onderdeel van het tweede middel, dat gewijd is aan de contractvrijheid. Het moet om de in dat kader genoemde redenen¹⁵³ worden afgewezen.

iv) De gestelde discriminatie van Alrosa

262. Ten slotte stelt Alrosa dat de litigieuze beschikking willekeurig is en de onderneming discrimineert ten opzichte van andere leveranciers, die voortaan ruwe diamanten aan De Beers kunnen verkopen zonder met Alrosa te hoeven concurreren.

¹⁵² — Arrest *Automec/Commissie* (aangehaald in voetnoot 131, met name punt 52).

¹⁵³ — Zie boven, punten 224-241 van deze conclusie.

263. Of andere producenten wel in noemenswaardige mate aan De Beers verkopen, heeft Alrosa niet gemotiveerd uiteengezet. Die motivering was echter wel nodig geweest, gelet op het feit dat verkopen tussen concurrenten niet zonder meer als normaal marktgedrag kunnen worden beschouwd.¹⁵⁴

264. Ook al zouden dergelijke verkopen inderdaad plaatsvinden, wordt Alrosa door de litigieuze beschikking niet gediscrimineerd ten opzichte van andere producenten.

265. Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling of non-discriminatie namelijk dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld.¹⁵⁵

266. In casu bevinden Alrosa en de andere op de wereldmarkt actieve producenten van

ruwe diamanten zich niet noodzakelijk in een vergelijkbare situatie. Alrosa is volgens de vaststellingen van het Gerecht¹⁵⁶ de nummer twee in de wereldwijde diamantsector en wil met De Beers, de nummer een, een langdurige leveringsovereenkomst sluiten. Een leveringsbetrekking tussen De Beers en Alrosa kan alleen al op basis van de prominente marktpositie van deze twee ondernemingen anders moeten worden beoordeeld dan een eventuele leveringsbetrekking tussen De Beers en een andere, duidelijk kleinere producent van ruwe diamanten.

267. Daar komt nog bij dat met de aangeelde overeenkomst de voortzetting werd beoogd van een decennialange exclusieve handelsbetrekking tussen Alrosa en De Beers, die door De Beers werd gebruikt om haar rol als „marktmaker” veilig te stellen en de productie op de wereldmarkt te controleren.¹⁵⁷ Ook deze historische context onderscheidt Alrosa's situatie van die van andere producenten op de markt.

268. Derhalve is er geen sprake van schending van het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Anders dan Alrosa stelt, was de litigieuze beschikking ook niet willekeurig, maar berustte zij

154 — Zie boven, punten 119-122 en 234 van deze conclusie.

155 — Arresten van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 95); 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Jurispr. blz. I-3633, punt 56), en 7 juli 2009, S.P.C.M. e.a. (C-558/07, punt 74).

156 — Punten 8 en 9 van het bestreden arrest; zie ook punten 14 en 15 van deze conclusie.

157 — Punten 25, 26, 28 en 30 van de litigieuze beschikking, alsook punten 64 en 65 van het verweerschrift in eerste aanleg van de Commissie; zie ook punt 83 van het bestreden arrest.

op objectieve overwegingen, die met name gebaseerd waren op de resultaten van de door de Commissie verrichte markttoets.

nietigverklaring van de litigieuze beschikking te worden verworpen.

269. Slechts volledigheidshalve voeg ik hieraan toe dat de litigieuze beschikking niet mag worden opgevat als een vrijbrief voor mogelijke aankopen van ruwe diamanten door De Beers bij andere producenten dan Alrosa. Ook de handelsbetrekkingen van De Beers met andere producenten moeten natuurlijk, met inachtneming van de omstandigheden van elk concreet geval, worden getoetst aan de artikelen 81 EG en 82 EG alsook aan de artikelen 53 EER en 54 EER.

VII — Kosten

v) Tussenconclusie

270. Al met al is het tweede onderdeel van het derde middel in eerste aanleg derhalve ongegrond.

272. Volgens artikel 122, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet.

C — *Tussenconclusie*

271. Omdat geen van de door Alrosa in eerste aanleg aangevoerde middelen slaagt, dient het door haar ingestelde beroep tot

273. Krachtens artikel 69, tweede alinea, juncto artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd. Aangezien Alrosa in beide instanties in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten van de twee procedures.

VIII — Conclusie

274. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

- „1) Het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 11 juli 2007 in zaak T-170/06, Alrosa/Commissie, wordt vernietigd.

- 2) Het beroep waarmee Alrosa voor het Gerecht van eerste aanleg de nietigverklaring van beschikking 2006/520/EG van de Commissie van 22 februari 2006 heeft gevorderd, wordt verworpen.

- 3) Alrosa wordt verwezen in de kosten van de twee procedures.”