FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT
föredraget den 17 september 2009[1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 5957

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 5958

A — Förordning nr 1/2003 ..... I - 5958

B — Förordning nr 773/2004 ..... I - 5959

III — Bakgrunden till tvisten och det administrativa förfarandet ..... I - 5960

IV — Förfarandet ..... I - 5963

V — Bedömning av grunderna för överklagandet ..... I - 5964

A — Den första grunden: Materialrättsliga frågor i samband med proportionalitetsprincipen ..... I - 5964

1. Inledande anmärkning avseende tillämpningen av proportionalitetsprincipen ..... I - 5965

2. Kravet på proportionalitet vad gäller beslut som fattas enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 (första delen av den första grunden) ..... I - 5966

3. Konkret prövning av huruvida det beslut som fattats enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 är proportionerligt (den andra delen av den första grunden) ..... I - 5969

a) Frågan huruvida de gränser som gäller för domstolsprövningen har överskridits ..... I - 5970

i) Frågan huruvida kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning ..... I - 5971

1 — Originalspråk: tyska.

ii) Frågan huruvida förstainstansrätten inte vederbörligen har beaktat kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning ... I - 5972

b) Kommissionens övriga kritik mot förstainstansrättens bedömning I - 5976

i) Påståenden om att omfattningen av den preliminära undersökningen missuppfattats ..... I - 5976

ii) Frågan huruvida förstainstansrätten ensidigt beaktat Alrosas argumentation och intressen ..... I - 5977

iii) Den rättsligt felaktiga kvalificeringen av offentliggörandet enligt artikel 27.4 i förordning nr 1/2003 ..... I - 5978

iv) De påstådda överträdelserna av artikel 82 EG ..... I - 5980

— Underlåtenhet att beakta De Beers ställning som tillverkare ..... I - 5981

— Underlåtenhet att beakta möjligheten till missbruk för budgivare inom ramen för auktioner ..... I - 5982

B — Den andra grunden: Rätten att yttra sig under det administrativa förfarandet I - 5984

1. En inledande fråga: Saknar den andra grunden verkan? ..... I - 5984

2. Prövning av den andra grunden ..... I - 5985

a) Otillräcklig motivering (den första delen av den andra grunden) .... I - 5985

b) Principen att domstolen inte dömer utöver vad som har yrkats av parterna (ultra petita) och rätten till en rättvis rättegång (andra delen av den andra grunden) ..... I - 5986

i) Principen ne ultra petita ..... I - 5986

ii) Rätten till en rättvis rättegång ..... I - 5987

c) Verkningarna på kommissionens beslut av att rätten att yttra sig eventuellt åsidosatts (fjärde delen av den andra grunden) ..... I - 5989

d) Räckvidden av Alrosas rätt att yttra sig (tredje delen av den andra grunden) ..... I - 5990

i) Inledande anmärkning ..... I - 5990

ii) Kommissionens invändning ..... I - 5991

C — Slutsats i denna del ..... I - 5994

VI — Prövning av Alrosas talan vid förstainstansrätten ..... I - 5994

A — Huruvida det omtvistade beslutet är lagenligt i formellt hänseende (första grunden) ..... I - 5994

1. Alrosas rätt att yttra sig ..... I - 5994

2. Föremålet för Alrosas rätt att yttra sig ..... I - 5995

3. Alrosas rätt att yttra sig har inte vederbörligen beaktats ..... I - 5997

B — Huruvida det omtvistade beslutet är lagenligt i sak (andra och tredje grunden) ..... I - 5998

1. Frågan huruvida artikel 9 i förordning nr 1/2003 har åsidosatts (andra grunden) ..... I - 5999

a) Rätten enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 att erbjuda åtaganden I - 5999

b) Begränsning av giltighetstiden av ett beslut om åtagande ..... I - 6000

c) Slutsats i denna de ..... I - 6000

2. Åsidosättande av artikel 82 EG, artikel 9 i förordning nr 1/2003 och avtalsfriheten och proportionalitetsprincipen (tredje grunden) ..... I - 6001

a) Avtalsfrihet (första delen av den tredje grunden) ..... I - 6001

b) Proportionaliteten (den andra delen av den tredje grunden) ..... I - 6005

i) Huruvida det föreligger ett konkurrensproblem ..... I - 6006

ii) Frågan huruvida De Beers enskilda åtaganden är lämpliga och nödvändiga ..... I - 6007

iii) Proportionaliteten i dess mer begränsade betydelse ..... I - 6008

iv) Alrosas påstådda diskriminering ..... I - 6008

v) Slutsats i denna del ..... I - 6010

C — Slutsats i denna del ..... I - 6010

VII — Rättegångskostnader ..... I - 6010

VIII — Förslag till avgörande ..... I - 6011

I — Inledning

1. Vilka krav följer av proportionalitetsprincipen när kommissionen, i egenskap av gemenskapens konkurrensmyndighet, godtar åtaganden [2] som föreslagits av ett företag och gör dessa bindande, när åtagandena har inverkan på ett annat företags intressen? Denna fråga som är av avgörande betydelse för den europeiska konkurrensrättens vidareutveckling utgör tyngdpunkten i förevarande överklagande. Svaret på denna fråga är avgörande för räckvidden av den nya befogenhet som kommissionen har, enligt artikel 9 i förordning (EG) nr 1/2003 [3], att anta beslut varigenom åtaganden görs bindande. Domstolens dom berör emellertid även andra delar av konkurrensrätten, nämligen bestämmelserna om statligt stöd och kontroll av företagskoncentrationer.

2. Bakgrunden till detta mål är ett åtagande som företaget De Beers år 2006 inkom med till kommissionen för att försvara sig mot anklagelserna om missbruk av dominerande ställning (artikel 82 EG). De Beers, som var störst på världsmarknaden när det gäller handel med diamanter, åtog sig att inte längre köpa rådiamanter av Alrosa som var den näst största producenten, vilket innebar att den långvariga handelsförbindelsen mellan de båda koncernerna upphörde. Kommissionen gjorde, genom beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003, De Beers åtagande bindande. [4] Alrosa anser att detta är oproportionerligt och att dess rätt att yttra sig har åsidosatts. Alrosas yrkande om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet bifölls vid förstainstansrätten. [5] Kommissionen har överklagat denna dom.

3. Tvisten mellan kommissionen och Alrosa visar vilken svår balansgång det kan innebära att i det enskilda fallet göra en korrekt avvägning mellan intresset att effektivt tillämpa konkurrensrätten och enskilda företags intressen, utan att för den skull försvaga vare sig företagens processuella rättigheter eller processekonomin.

2 — Fotnoten saknar relevans för den svenska översättningen av detta förslag.

3 — Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1).

4 — Kommissionens beslut 2006/520/EG av den 22 februari 2006 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/B-2/38.381 – De Beers), delgivet med nr K(2006) 521 och sammanfattat i EUT L 205, 2006, s. 24 (nedan även kallat det omtvistade beslutet).

5 — Förstainstansrättens dom av den 11 juli 2007 i mål T-170/06 (REG 2007, s. II-2601), ändrad genom förstainstansrättens beslut av den 27 augusti 2007 (nedan även kallad den överklagade domen eller förstainstansrättens dom).

II — Tillämpliga bestämmelser

4. Tillämpliga bestämmelser i förevarande fall är vid sidan av artiklarna 82 EG och 54 i EES-avtalet olika bestämmelser i förordning (EG) nr 1/2003 och förordning (EG) nr 773/2004. [6]

1. *Förordning nr 1/2003*

5. Genom förordning (EG) nr 1/2003, som är tillämplig sedan den 1 maj 2004, [7] moderniserades kartellrätten, och den behörighet som kommissionen har i egenskap av gemenskapens konkurrensmyndighet utvidgades.

6. Kommissionens nya befogenheter omfattar framför allt artikel 9 i förordning nr 1/2003, med rubriken ”Åtaganden”. Denna artikel har följande lydelse:

”1. När kommissionen avser att fatta ett beslut om att en överträdelse skall upphöra och de berörda företagen erbjuder åtaganden för att undanröja de betänkligheter som kommissionen har delgivit dem i sin preliminära bedömning, får kommissionen genom beslut göra dessa åtaganden bindande för företagen. Ett sådant beslut får fattas för en bestämd period och skall fastställa att det inte längre finns skäl för kommissionen att ingripa.

2. Kommissionen får på begäran eller på eget initiativ ta upp förfarandet på nytt

a) om de sakförhållanden som låg till grund för beslutet har ändrats i något väsentligt avseende,

b) om de berörda företagen åsidosätter sina åtaganden, eller

c) om beslutet grundar sig på ofullständiga, oriktiga eller vilseledande uppgifter som parterna har lämnat.”

7. Dessutom ska det hänvisas till artikel 7 i förordning nr 1/2003. Denna bestämmelse har rubriken ”Konstaterande och upphörande av överträdelser”. I artikel 7.1 föreskrivs följande:

”Om kommissionen till följd av ett klagomål eller på eget initiativ konstaterar att bestämmelserna i artikel 81 eller artikel 82 i fördraget

6 — Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (EUT L 123, s. 18).

7 — Artikel 45.2 i förordning nr 1/2003.

har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. För detta ändamål får kommissionen ålägga dem alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen och nödvändig[a] för att få denna att upphöra. ...”

8. I artikel 27 i förordning nr 1/2003, som avser hörande av parter, klagande och andra, föreskrivs följande:

”1. Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7, 8, 23 och 24.2 skall den ge de företag eller företagssammanslutningar som omfattas av det förfarande som kommissionen inlett tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen skall grunda sina beslut endast på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över. De klagande skall vara nära knutna till förfarandet. ...

2. Berörda parters rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet. De skall ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, med förbehåll för företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas. ...

3. Om kommissionen anser det nödvändigt får den också höra andra fysiska eller juridiska personer. En begäran från sådana personer om att bli hörda skall bifallas, om de kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken. ...

4. Om kommissionen avser att anta ett beslut enligt artikel 9 eller artikel 10 skall den offentliggöra en kort sammanfattning av fallet och huvuddragen i åtagandena eller det föreslagna förfarandet. Berörda tredje män får lägga fram sina synpunkter inom en tidsfrist som kommissionen fastställer vid offentliggörandet och som inte får understiga en månad. Offentliggörandet skall beakta företagens berättigade intresse av att skydda sina affärshemligheter.”

2. *Förordning nr 773/2004*

9. Genom förordning nr 773/2004, som trädde i kraft den 1 maj 2004, antog kommissionen tillämpningsföreskrifter för förordning nr 1/2003. [8]

8 — Den rättsliga grunden för förordning nr 773/2004 utgörs av artikel 33. Avseende ikraftträdandet, se artikel 20 i förordning nr 773/2004.

10. Artikel 10 i förordning nr 773/2004 hade följande lydelse då den omtvistade bestämmelsen antogs:

”1. Kommissionen skall underrätta de berörda parterna skriftligen om de invändningar som riktas mot dem. Meddelandet om invändningar skall delges var och en av dem.

2. När kommissionen delger de berörda parterna meddelandet om invändningar skall den fastställa en tidsfrist inom vilken dessa parter får framföra synpunkter skriftligen. Kommissionen skall inte vara skyldig att beakta skriftliga synpunkter som inkommer efter det att tidsfristen löpt ut.

…”

11. I artikel 15.1 i förordning nr 773/2004 föreskrevs dessutom följande:

”På begäran skall kommissionen bevilja de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillgång till handlingar i ärendet. Tillgång till handlingar skall beviljas efter delgivningen av meddelandet om invändningar.”

12. De ändringar som under mellantiden gjorts av förordning nr 773/2004 [9] trädde i kraft först efter det att det omtvistade beslutet antagits och är därmed inte tillämpliga i förevarande fall.

III — Bakgrunden till tvisten och det administrativa förfarandet

13. Enligt vad förstainstansrätten har fastslagit [10] beskrivs bakgrunden till tvisten och det administrativa förfarandet vid kommissionen enligt följande.

14. Alrosa Company Ltd [11] är ett bolag som är etablerat i Mirny (Ryssland). Det bedriver bland annat verksamhet i form av produktion och leverans av rådiamanter, och innehar en andraplacering på världsmarknaden. Bolaget är framför allt verksamt i Ryssland, där det bedriver verksamhet i form av utforskning, utvinning, värdering och försäljning. Bolagets verksamhet inbegriper även smycken.

15. De Beers-koncernen, [12] inom vilken De Beers SA som är etablerat i Luxemburg utgör det huvudsakliga holdingbolaget, är verksam på världsmarknaden för produktion och

9 — Förordning nr 773/2004 ändrades dels genom kommissionens förordning (EG) nr 1792/2006 av den 23 oktober 2006 (EUT L 362, s. 1), dels genom kommissionens förordning (EG) nr 622/2008 av den 30 juni 2008 (EUT L 171, s. 3).

10 — Punkterna 8–26 och 179 i den överklagade domen.

11 — Nedan kallat Alrosa.

12 — Nedan även kallat De Beers.

leverans av rådiamanter, och utgör där den största leverantören. Koncernen bedriver verksamhet i Sydafrika, Botswana, Namibia och Tanzania samt även i Förenade kungariket. I dessa länder bedriver koncernen verksamhet i form av utforskning, utvinning, värdering, försäljning och tillverkning, och verksamheten inbegriper även smycken. Koncernens verksamhet omfattar således hela diamantkedjan.

16. Den 5 mars 2002 anmälde Alrosa och De Beers ett avtal till kommissionen som ingåtts den 17 december 2001 mellan Alrosa och två dotterbolag i De Beers-koncernen. Syftet med denna anmälan var att erhålla ett icke-ingripandebesked eller ett beslut om undantag för dess avtal enligt förordning nr 17 [13] i dess då gällande lydelse.

17. Det anmälda avtalet, vilket ingåtts inom ramen för långvariga handelsförbindelser mellan Alrosa och De Beers, avsåg i huvudsak leveranser av rådiamanter. Avtalet ingicks för en period av fem år från och med dagen för kommissionens bekräftelse till kontraktsparterna att avtalet inte innebär ett åsidosättande av artikel 81 EG och 82 EG.

18. Under denna period åtog sig Alrosa att sälja rådiamanter som producerats i Ryssland till De Beers, till ett värde av högst 800 miljoner USD per år. De Beers åtog sig att köpa dessa diamanter från Alrosa. Under det fjärde och det femte året av det anmälda avtalets löptid hade Alrosa emellertid rätt att minska detta belopp till 700 miljoner USD. Beloppet på 800 miljoner USD, som fastställts i enlighet med de priser som gällde den dag då det anmälda avtalet ingicks, motsvarade ungefär hälften av Alrosas årsproduktion och hela den produktion som exporterades utanför Oberoende staters samvälde (OSS).

19. Med anledning av anmälan inledde kommissionen två parallella förfaranden, det ena på grundval av artikel 81 EG och det andra på grundval av artikel 82 EG.

20. Den 14 januari 2003 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till Alrosa och De Beers i ärende COMP/E 3/38.381, och gjorde därvid gällande att det anmälda avtalet kunde utgöra ett konkurrensbegränsande avtal i strid med artikel 81.1 EG och att det inte kunde undantas i enlighet med artikel 81.3 EG. Samma dag riktade kommissionen även ett separat meddelande om invändningar till De Beers i ärende COMP/E 2/38.381, och gjorde gällande att avtalet kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 82 EG.

21. Den 31 mars 2003 ingav Alrosa och De Beers ett gemensamt skriftligt yttrande till

13 — Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva område 8, volym 1, s. 8). Denna förordning innehöll föregångsbestämmelsen till förordning nr 1/2003, genom vilken den ersattes med verkan från den 1 maj 2004.

kommissionen som svar på meddelandet om invändningar i ärende COMP/E 3/38.381.

22. Den 1 juli 2003 riktade kommissionen ett tillägg till meddelandet om invändningar till Alrosa och De Beers och anförde att det anmälda avtalet även kunde utgöra ett konkurrensbegränsande avtal i strid med artikel 53.1 i EES-avtalet och att det inte kunde undantas i enlighet med artikel 53.3 i EES-avtalet. Samma dag riktade kommissionen dessutom ett tillägg till meddelandet om invändningar till De Beers och anförde att det anmälda avtalet även kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 54 i EES-avtalet.

23. Den 7 juli 2003 framförde Alrosa och De Beers muntliga yttranden till kommissionen.

24. Den 12 september 2003 föreslog Alrosa åtaganden [14] i form av en stegvis minskning av den mängd rådiamanter som skulle säljas till De Beers från och med det sjätte året efter det anmälda avtalets ikraftträdande, samt ett åtagande att från år 2013 inte längre sälja rådiamanter till De Beers. Alrosa återkallade emellertid senare dessa åtaganden.

25. Den 14 december 2004 inkom Alrosa och De Beers med gemensamma åtaganden [15] som syftade till att undanröja de betänkligheter som kommissionen delgett dem. Dessa gemensamma åtaganden innebar en stegvis minskning av Alrosas försäljning av rådiamanter till De Beers. Försäljningsvärdet skulle minska från 700 miljoner USD år 2005 till 275 miljoner USD år 2010, och därefter ligga kvar på denna nivå.

26. Den 3 juni 2005 offentliggjorde kommissionen ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* avseende Alrosas och De Beers gemensamma åtaganden. [16] I detta uppmanade kommissionen berörda tredje parter att inkomma med synpunkter inom en månad från offentliggörandet av meddelandet. Kommissionen angav dessutom att den hade för avsikt att, beroende på resultatet av marknadsundersökningen, fatta ett beslut om att göra de föreslagna åtagandena bindande för företagen.

27. Med anledning av detta offentliggörande inkom 21 berörda tredje parter med synpunkter till kommissionen. Kommissionen informerade Alrosa och De Beers om dessa synpunkter den 27 oktober 2005. Samtidigt anmodade kommissionen de båda företagen att mot bakgrund av resultatet av marknadsundersökningen före november 2005 inkomma med nya gemensamma åtaganden som skulle vara avsedda att leda till ett fullständigt avbrytande av deras handelsförbindelser från år 2009.

14 — Nedan kallade Alrosas enskilda åtaganden.

15 — Nedan kallade De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden.

16 — EUT C 136, 2005, s. 32.

28. Den 25 januari 2006 inkom De Beers med enskilda åtaganden [17] som var avsedda att besvara de farhågor som kommissionen hade uttryckt. [18] Genom dessa enskilda åtaganden åtog sig De Beers att minska sina inköp av rådiamanter från Alrosa. Inköpsvärdet skulle minska från 600 miljoner USD år 2006 till 400 miljoner USD år 2008. Därefter skulle inköp helt och hållet upphöra.

29. Den 26 januari 2006 tillsände kommissionen Alrosa ett utdrag av De Beers enskilda åtaganden och uppmanade Alrosa att inkomma med sina synpunkter angående dessa. Kommissionen bifogade också en kopia av den icke-konfidentiella versionen av de synpunkter som erhållits från tredje parter.

30. Härefter ägde skriftväxling mellan Alrosa och kommissionen rum angående vissa aspekter på förfarandet enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 och deras betydelse i det aktuella ärendet. Framför allt rörde skriftväxlingen frågan om tillgång till handlingarna i ärendet och i synnerhet tillgången till de icke-konfidentiella versionerna av de yttranden som lämnats av berörda tredje parter, samt även frågan om rätten till försvar och särskilt rätten att yttra sig. Vidare inkom Alrosa med yttranden i en skrivelse av den 6 februari 2006 angående De Beers enskilda åtaganden samt angående de yttranden som inkommit från tredje parter.

31. Den 22 februari 2006 antog kommissionen det omtvistade beslutet. I artikel 1 i det omtvistade beslutet anges att ”de åtaganden som anges i bilagan till detta beslut är bindande för De Beers”. I artikel 2 i detta beslut anges att ”förfarandet i förevarande ärende är avslutat”. Det omtvistade beslutet antogs i ett förfarande som inleddes i enlighet med artikel 82 EG och artikel 54 i EES-avtalet. Det parallella förfarande som inleddes på grundval av artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet förlorade därmed sitt ändamål. [19]

IV — Förfarandet

32. Den 29 juni 2006 väckte Alrosa talan vid förstainstansrätten mot det omtvistade beslutet och yrkade att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara beslutet och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen yrkade i sin tur att förstainstansrätten skulle ogilla talan, och förplikta Alrosa att ersätta rättegångskostnaderna. I enlighet med artikel 76a i förstainstansrättens rättegångsregler handlades målet enligt förfarandet för skyndsam handläggning. [20]

33. I den överklagade domen biföll förstainstansrätten den 11 juli 2007 Alrosas talan. Den ogiltigförklarade det omtvistade

17 — Nedan kallade De Beers enskilda åtaganden.

18 — Kommissionen har i sitt överklagande påpekat att det härvid rörde sig om den slutgiltiga versionen av åtaganden som för första gången hade föreslagits kommissionen i slutet av november 2005 och i början av december 2005 och som fram till den 26 januari 2006 ännu inte hade undergått några redaktionella ändringar.

19 — Såsom framgår av punkt 185 i den överklagade domen underrättade kommissionen Alrosa, i skrivelse av den 22 februari 2006, om att ”det förfarande som detta bolag deltog i” hade avslutats.

20 — Se punkt 30 i den överklagade domen.

beslutet och förpliktade kommissionen att bära sin rättegångskostnad samt Alrosas rättegångskostnad.

34. Kommissionen har i sitt överklagande, vilket inkom till domstolens kansli den 24 september 2007, [21] yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

— slutligt avgöra målet och ogilla talan om ogiltigförklaring i mål T-170/06, och

— förplikta sökanden i mål T-170/06 att ersätta kommissionens rättegångskostnader i både första och andra instans.

35. Alrosa har i sin tur yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna och andra utlägg som Alrosa har haft utom rätta i samband med förevarande mål, och

— vidta övriga åtgärder som domstolen finner lämpliga.

36. Förfarandet vid domstolen avseende överklagandet har varit såväl skriftligt som muntligt. Den muntliga förhandlingen ägde rum den 3 juni 2009.

V — Bedömning av grunderna för överklagandet

37. Kommissionen har anfört två grunder till stöd för överklagandet av förstainstansrättens dom, av vilka den första avser materialrättsliga frågor i samband med tillämpningen av proportionalitetsprincipen, medan den andra avser rätten att yttra sig under det administrativa förfarandet.

A — *Den första grunden: Materialrättsliga frågor i samband med proportionalitetsprincipen*

38. Som första grund har kommissionen huvudsakligen gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning och tillämpning av proportionalitetsprincipen i förevarande fall. Kommissionen har i detta sammanhang även gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning av artikel 9 i förordning nr 1/2003 och artikel 82 EG samt gjort sig skyldig till en bristfällig motivering, missuppfattat omständigheterna och överskridit de gränser som gäller för domstolsprövningen.

21 — Originalet av överklagandet som lämnades in per fax inkom till domstolens kansli den 26 september 2007.

39. Den bakomliggande frågan är huruvida förstainstansrätten i förevarande fall med rätta ansåg att det fanns alternativa lösningar till De Beers enskilda åtaganden, nämligen De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden, som hade påverkat Alrosas intressen mindre negativt och som kommissionen inte hade kunnat underlåta att beakta.

41. Parterna är i princip ense om att kommissionens beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 måste vara förenliga med proportionalitetsprincipen.

42. Artikel 9 i förordning nr 1/2003 innehåller, i motsats till artikel 7 i ovannämnda direktiv, inte någon uttrycklig hänvisning till proportionalitet. Proportionalitetsprincipen som är en allmän princip i gemenskapsrätten är emellertid avgörande vid prövningen av huruvida ett sådant agerande av gemenskapens institutioner är rättsenligt, [22] inklusive de beslut som kommissionen fattar i egenskap av konkurrensmyndighet. [23]

1. Inledande anmärkning avseende tillämpningen av proportionalitetsprincipen

40. Kommissionen har i kartellrättsliga förfaranden till uppgift att skydda konkurrensen inom den inre marknaden från snedvridning (artikel 3.1 g EG). I detta syfte vidtar kommissionen åtgärder mot avtal, beslut och samordnade förfaranden med ett konkurrensbegränsande syfte och med ett konkurrensbegränsande resultat (artikel 81 EG, artikel 53 i EES-avtalet), dels mot missbruk av dominerande ställning (artikel 82 EG, artikel 54 i EES-avtalet). För att undanröja kommissionens betänkligheter i konkurrenshänseende har företag rätt att erbjuda åtaganden som kommissionen kan göra bindande genom beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003.

43. Kommissionen kan inte göra åtaganden bindande som erbjudits av ett eller flera företag och som visar sig vara oproportionerliga i förhållande till det av kommissionen eftersträvade målet att skydda konkurrensen från snedvridning. Kommissionen ska då i stället påpeka för företaget eller företagen att åtagandena är oproportionerliga och eventuellt förslå ändringar däri. I den mån ett paket med åtaganden kan delas upp kan kommissionen

22 — Se bland annat dom av den 11 juli 1989 i mål 265/87, Schräder (REG 1989, s. 2237; svensk specialutgåva, volym 10, s. 97), punkt 21, av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl. (REG 1990, s. I-4023), punkt 13, av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes m.fl. (REG 2001, s. I-5689), punkt 81, av den 9 mars 2006 i mål C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie och Natuur en Milieu (REG 2006, s. I-2443), punkt 28, och av den 24 maj 2007 i mål C-45/05, Maatschap Schonewille-Prins (REG 2007, s. I-3997), punkt 45.

23 — Se till exempel dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, ”Magill” (REG 1995, s. I-743), punkt 93, och dom av den 18 december 2007 i mål C-202/06 P, Cementbouw Handel & Industrie mot kommissionen, ”Cementbouw” (REG 2007, s. I-12129), punkt 52.

dessutom besluta att endast göra en del av paketet med åtaganden bindande. [24]

44. Parterna är emellertid helt oeniga om vilka krav som exakt följer av proportionalitetsprincipen för beslut som antas enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003.

2. Kravet på proportionalitet vad gäller beslut som fattas enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 (första delen av den första grunden)

45. Frågan huruvida förstainstansrätten tillämpade korrekta kriterier vid prövningen av det omtvistade beslutets proportionalitet är en rättsfråga som kan åberopas i ett mål om överklagande. [25]

46. Av proportionalitetsprincipen följer enligt fast rättspraxis att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte får gå utöver gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att förverkliga de legitima målen för lagstiftningen i fråga och att om valet står mellan flera lämpliga åtgärder den minst ingripande väljs samt att de olägenheter som orsakas inte är orimliga i förhållande till de åsyftade målen. [26]

47. Den överklagade domen bygger på antagandet att proportionalitetsprincipen har samma verkan inom ramen för beslut som fattas enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 som inom ramen för förbudsbeslut enligt artikel 7 i ovannämnda förordning. [27] Enligt förstainstansrätten har artikel 7 och artikel 9 samma syfte, med det enda skillnaden att artikel 9 undantar kommissionen från skyldigheten att följa det förfarande som föreskrivs i artikel 85 EG och i synnerhet att bevisa överträdelsen. [28]

48. Kommissionen har med rätta invänt mot det synsätt som förstainstansrätten har tillämpat.

49. Förstainstansrätten har underlåtit att beakta grundläggande skillnader mellan artikel 9 och artikel 7 i förordning nr 1/2003, vilka är av avgörande betydelse för

24 — Se också, för ett liknande resonemang, punkterna 88 och 139 i den överklagade domen.

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 januari 2007 i de förenade målen C-403/04 P och C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel mot kommissionen (REG 2007, s. I-729), punkt 40, av den 10 juli 2008 i mål C-413/06 P, Bertelsmann och Sony Corporation of America mot Impala ”Impala” (REG 2008, s. I-4951), punkt 117, och av den 16 december 2008 i mål C-47/07 P, Masdar (UK) mot kommissionen (REG 2008, s. I-9823), punkt 77.

26 — Se i detta avseende ovan i fotnot 22 nämnda rättspraxis.

27 — Se särskilt punkterna 101, 103 och 104 samt punkt 140 i den överklagade domen.

28 — Punkterna 87 och 95 i den överklagade domen.

prövningen av huruvida kommissionens beslut är proportionerliga.

50. Till skillnad från artikel 7 utgör artikel 9 i förordning nr 1/2003 inte något instrument för att fastställa överträdelser av konkurrensrätten, [29] utan möjliggör endast för kommissionen att effektivt undanröja dess betänkligheter i konkurrenshänseende för framtiden.

51. Kännetecknande för artikel 9 i förordning nr 1/2003 är intresset av att säkerställa processekonomi. Kommissionen löser de konkurrensproblem som den fastställt utan att först konstatera en överträdelse [30] i samverkan med de berörda företagen och stöder sig därvid på deras frivilliga åtaganden. Inom ramen för ett beslut enligt artikel 7 måste den däremot eventuellt själv identifiera de korrigerande åtgärderna, vilket innebär att den är tvungen att göra en betydligt mer omfattande och längre undersökning och även en mer omfattande bedömning av de faktiska omständigheterna.

52. Den speciella karaktären hos artikel 9 i förordning nr 1/2003 påverkar prövningen av huruvida de beslut som fattats enligt denna bestämmelse är proportionerliga på två sätt.

53. Inom ramen för artikel 9 i förordning nr 1/2003 ska högre krav ställas på *lämpligheten* av de åtaganden som gjorts bindande. Om sådana åtaganden inte är *uppenbarligen lämpade* att undanröja de konkurrensproblem som kommissionen fastställt, så har kommissionen rätt att avvisa dem. Det är endast på så sätt som kraven i artikel 9 i förordning nr 1/2003, att säkerställa en snabb och effektiv lösning på konkurrensproblemen, kan uppfyllas, samtidigt som högre kostnader som uppkommer för kommissionen till följd av utredningen och värderingen undviks. Kommissionen behöver inte godta åtaganden vars lämplighet först kan bedömas efter en noggrann prövning av kommissionen.

54. Dessutom ska det vid prövningen av huruvida åtagandena är *nödvändiga* för att undanröja de konkurrensproblem som kommissionen fastställt göras åtskillnad beroende på om det är det åtagande företagets eller en tredje parts intressen som berörs.

55. Medan det automatiskt kan antas att åtagandena är nödvändiga i förhållande till de intressen som det företag som har gjort

29 — Uttalandet i punkt 87 i den överklagade domen, att ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 medför ”att förfarandet för att konstatera en överträdelse av konkurrensreglerna och vidta sanktionsåtgärder till följd härav upphör”, kan i vart fall missuppfattas.

30 — Se i detta avseende den andra meningen i skäl 13 i förordning nr 1/2003.

åtagandena (här De Beers), har,[31] kan detta inte automatiskt antas när en tredje parts (här Alrosas) intressen berörs. Åtagandena härrör nämligen inte från dessa och det förhållandet att åtagandena är av frivillig art innebär således ingen garanti för att deras intressen tillvaratas. Det ska i stället med avseende på tredje parts intressen prövas huruvida åtagandena går utöver vad som är nödvändigt för att undanröja de aktuella konkurrensproblemen.

56. Kommissionen är med avseende på beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 visserligen inte skyldig att själv ange mindre ingripande alternativ till de åtaganden som inkommit till kommissionen. Den ska emellertid pröva om alla alternativ till sådana åtaganden som den har kännedom om, här särskilt De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden, kan lösa de konkurrensproblem som fastställts på ett mindre ingripande sätt samtidigt som tredje mans intressen inte påverkas eller påverkas i mindre grad.

57. Kommissionen ska därvid emellertid endast beakta sådana alternativ som är *lika lämpade* att lösa de konkurrensproblem som fastställts som de åtaganden som inlämnats till den. Såväl de åtaganden som föreslagits kommissionen som eventuella alternativ måste följaktligen vara *uppenbarligen* lämpade att lösa konkurrensproblemen.[32]

58. Förstainstansrätten har således felaktigt klandrat kommissionen för att det ”förelåg mindre betungande alternativa lösningar för företagen ’och att den ’[underlåtit] att beakta dessa lösningar på grundval av den påstådda svårigheten att fastställa dem”.[33] I enlighet med målet och syftet med artikel 9 i förordning nr 1/2003 ska bedömningen av alternativa lösningar nämligen inte kräva några omfattande och långa undersökningar. Kommissionen kan i ett förfarande enligt artikel 9 bortse från alternativ, vars lämplighet inte med säkerhet kan fastställas utan sådana ansträngningar.

59. Till skillnad från vad förstainstansrätten anfört[34] finns det risk för att kommissionen inom ramen för artikel 9 underkänner vissa lösningar som den hade varit tvungen att undersöka inom ramen för artikel 7 i förordning nr 1/2003. På grund av den processekonomi som eftersträvas tenderar urvalet av de medel

31 — Se i detta sammanhang, avseende ett förfarande för kontroll av företagskoncentrationer, mitt förslag till avgörande av den 26 april 2007 i mål Cementbouw (ovan fotnot 23), punkt 69.

32 — Se punkt 53 ovan i detta förslag till avgörande.

33 — Punkt 154 i den överklagade domen.

34 — Se framför allt punkterna 101, 140 och 154 i den överklagade domen.

som kommer i fråga för att lösa ett konkurrensproblem inom ramen för artikel 9 att vara mindre än det möjligen hade varit inom ramen för artikel 7.

60. Det allmänna intresset av att hitta en snabb och processekonomisk lösning på ett konkurrensproblem motiverar att urvalet av möjliga åtgärder inom ramen för artikel 9 i förordning nr 1/2003 begränsas. Företag som erbjuder åtaganden finner sig medvetet i att deras åtaganden eventuellt går utöver det som kommissionen efter en noggrann prövning skulle kunna ålägga dem i ett beslut enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003. Genom att det kartellrättsliga förfarande som inleds mot dem inställs uppnår de emellertid snabbt rättssäkerhet och kan undvika att en överträdelse av konkurrensreglerna fastställs till deras nackdel och eventuella böter.

61. Tredje parter drar för det mesta också fördel av att ett företag erbjuder relativt långtgående åtaganden gentemot kommissionen för att undgå ett förbudsbeslut. Det framgår emellertid tydligt i förevarande fall att åtaganden enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 även kan skada en tredje parts intressen. Så är till exempel fallet om tredje part förväntar sig att den praxis som tillämpas av ett företag som har dominerande ställning på marknaden mot vilken betänkligheter i konkurrenshänseende uttryckts kommer att fortsätta att tillämpas. Sådana förväntningar har emellertid mot bakgrund av det allmännas intresse av en fungerande konkurrens på sin höjd ett begränsat skyddsvärde.

62. Genom att förstainstansrätten har underlåtit att beakta den särskilda karaktär som präglar förfarandet enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 har den ställt ett överdrivet strängt proportionalitetskrav på det omtvistade beslutet och följaktligen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning. Denna felaktiga rättstillämpning medförde att det omtvistade beslutet ogiltigförklarades. Överklagandet ska således vinna bifall på den första delen av den första grunden, vilket motiverar att den överklagade domen upphävs.

3. Konkret prövning av huruvida det beslut som fattats enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 är proportionerligt (den andra delen av den första grunden)

63. Kommissionen har därutöver riktat en hel del detaljerad kritik mot den överklagade domen avseende den konkreta tillämpningen av proportionalitetsprincipen i förevarande fall. Denna kritik avser förstainstansrättens bedömning av alternativen till De Beers enskilda åtaganden som gjordes bindande.

Förstainstansrätten har dragit slutsatsen att kommissionen borde ha beaktat dessa alternativ. [35]

64. Alrosa har inledningsvis bestritt att kommissionens argument kan tas upp till sakprövning då de endast syftar till att domstolen ska göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna.

65. Det är korrekt att överklagandet ska vara begränsat till rättsfrågor och att domstolen inte får ersätta förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen med sin egen. [36] Av artikel 225.1 EG och artikel 58 första stycket i domstolens stadga framgår nämligen att förstainstansrätten ensam är behörig att dels fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels bedöma dessa faktiska omständigheter. [37]

66. Vid den första anblicken förefaller kommissionen endast ha anfört den andra delen av den första grunden som förevändning för att begära en ny prövning av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen, något som domstolen saknar behörighet att göra i ett mål om överklagande.

67. Vid en närmare undersökning framgår emellertid av kommissionens mycket omständligt formulerade invändningar bland annat anmärkningen att förstainstansrätten, vid prövningen av huruvida det omtvistade beslutet är proportionerligt, överskridit de gränser som gäller för domstolsprövningen. Denna fråga, som jag numera huvudsakligen kommer att pröva (se avsnitt a), är en rättsfråga [38] som kan prövas i ett mål om överklagande. Därefter kommer jag kort pröva kommissionens övriga kritik (se avsnitt b).

a) Frågan huruvida de gränser som gäller för domstolsprövningen har överskridits

68. Kommissionen har anfört att förstainstansrätten har överskridit de gränser som gäller för domstolsprövningen genom att ersätta kommissionens bedömning av

35 — Se särskilt punkt 154 i den överklagande domen.

36 — Dom av den 23 april 2002 i mål C-62/01 P, Campogrande mot kommissionen (REG 2002, s. I-3793), punkt 24, av den 22 juni 2006 i mål C-24/05 P, Storck mot HABM (REG 2006, s. I-5677), punkterna 34 och 35, och av den 15 mars 2007 i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen (REG 2007, s. I-2331), punkt 137.

37 — Fast rättspraxis, se dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 48, av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen (REG 2006, s. I-3173), punkt 51, av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2007, s. I-3921), punkt 41, och av den 2 april 2009 i mål C-431/07 P, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen (REG 2009, s. I-2665), punkt 137.

38 — Dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval (REG 2005, s. I-987), punkterna 37–49, av den 22 november 2007 i mål C-525/04 P, Spanien mot Lenzing (REG 2007, s. I-9947), punkterna 56–61, och domen i målet Impala (ovan fotnot 25), punkterna 135–150, särskilt punkt 143.

marknadsförhållandena med sin egen. Denna anmärkning riktar sig särskilt mot punkterna 134, 135, 138 och 153 i den överklagade domen, i vilka förstainstansrätten befattar sig med de eventuella alternativen till De Beers enskilda åtaganden. Därvid rör det sig dels om De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden, dels om Alrosas förslag att årligen sälja en del av sina rådiamanter på auktion till högstbjudande.

69. För att fastställa huruvida anmärkningen är välgrundad ska det dels undersökas om kommissionen vid bedömningen av De Beers åtaganden hade ett utrymme för skönsmässig bedömning i förevarande fall, dels om förstainstansrätten inte vederbörligen har beaktat detta utrymme för skönsmässig bedömning.

i) Frågan huruvida kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning

70. Vid prövningen av om vissa åtgärder är nödvändiga och lämpliga för att undanröja ett av kommissionen identifierat konkurrensproblem krävs komplicerade ekonomiska bedömningar. Kommissionen har i detta avseende ett utrymme för skönsmässig bedömning. [39]

71. Till skillnad från vad förstainstansrätten anfört, [40] föreligger med avseende på bedömningen av åtaganden som företag erbjuder ingen väsentlig skillnad mellan förfarandet enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 och förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer. I båda fallen har kommissionen nämligen att fatta ett prognosmässigt beslut, i vilket det ska bedömas hur marknaden kommer att fungera med beaktande av åtagandena. Den omständigheten att detta förfarande inletts med anledning av ”existerande förfaranden” inom ramen för artikel 9 i förordning nr 1/2003 innebär inte att det saknas behov av en ”framåtblickande ekonomisk bedömning” av de konsekvenser som åtagandena förväntas ha på marknadsförhållandena.

72. Förstainstansrätten var därför skyldig att inom ramen för artikel 9 i förordning nr 1/2003 ge kommissionen samma

39 — Domen av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 34, är av grundläggande betydelse vad gäller kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i konkurrensrättsliga mål. Se vidare dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 62, och domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 37), punkt 279.

40 — Punkterna 108–110 i den överklagade domen.

utrymme för skönsmässig bedömning som den har i samband med bedömningen av åtaganden inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer. [41]

73. Den omständigheten att förstainstansrätten har konstaterat att kommissionen i förevarande fall inte har gjort någon ”komplicerad ekonomisk bedömning” medför ingen annan bedömning. [42] Detta konstaterande avser nämligen endast angivelsen av ”alternativa lösningar” vilket kommissionen inte gjorde enligt förstainstansrätten. Såsom jag har påpekat ovan, är kommissionen inom ramen för artikel 9 i förordning nr 1/2003 inte skyldig att själv ange sådana alternativ till de åtaganden som föreslagits kommissionen.

74. Avgörande är att kommissionen innan den antar ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 ska göra en *bedömning av situationen på marknaden* som innefattar de åtaganden som föreslagits kommissionen, vilket förstainstansrätten har underlåtit att beakta. Det ankommer på kommissionen att pröva vilken inverkan dessa åtaganden kommer att ha på marknadens funktion och om de alternativ som den har kännedom om är lika lämpade att undanröja de konkurrensproblem som identifierats. Detta kräver i sig komplicerade ekonomiska bedömningar. Förstainstansrätten har inte fastställt att kommissionen i förevarande fall underlåtit att göra en sådan bedömning av förhållandena på marknaden och de alternativ till De Beers enskilda åtaganden som den har kännedom om.

75. Det kan således konstateras att kommissionen i förevarande fall hade ett utrymme för skönsmässig bedömning och även använde detta. I det följande kommer jag att undersöka om förstainstansrätten inte vederbörligen har beaktat detta utrymme för skönsmässig bedömning, såsom kommissionen gjort gällande.

ii) Frågan huruvida förstainstansrätten inte vederbörligen har beaktat kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning

76. Förstainstansrätten har konstaterat ”att det [omtvistade] beslutet grundas på en oriktig bedömning, som dessutom är uppenbar”. [43] Det ska prövas om förstainstansrätten genom detta konstaterande uppfyller de rättsliga kraven eller om den därmed har överskridit de gränser som gäller för domstolsprövningen.

41 — Förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-119/02, Royal Philips Electronics mot kommissionen (REG 2003, s. II-1433), punkt 78, och av den 30 september 2003 i mål T-158/00, ARD mot kommissionen (REG 2003, s. II-3825), punkt 328. Se dessutom mitt förslag till avgörande i målet Cementbouw (ovan fotnot 23), punkt 67.

42 — Punkterna 123–125, särskilt punkt 125 i den överklagade domen.

43 — Punkt 126 i den överklagade domen.

77. Den omständigheten att det finns ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor innebär inte att gemenskapsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Tvärtom har förstainstansrätten rätt att kontrollera om kommissionens beslut är materiellt lagenligt och om uppgifterna om de faktiska omständigheterna är riktiga och att det inte har skett en uppenbart oriktig bedömning. [44] Därvid ska den inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits. [45]

78. Förstainstansrätten hade alltså rätt att pröva huruvida de faktiska omständigheter som kommissionen fastställt kunde ge stöd för de slutsatser som förstainstansrätten dragit, nämligen att De Beers enskilda åtaganden inte endast var lämpade utan även nödvändiga för att undanröja de konkurrensproblem som identifierats.

79. Såsom förstainstansrätten med rätta anfört i detta avseende är kommissionen i enlighet med proportionalitetsprincipen innan den antar ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 skyldig att undersöka huruvida mindre betungande åtgärder som den har kännedom om är lämpade. Det är först om dessa mindre betungande åtgärder visar sig olämpliga för att undanröja de betänkligheter i konkurrenshänseende som den identifierat som den kan välja de mer betungande åtgärderna. [46]

80. Det är i förevarande fall ostridigt att kommissionen hade kännedom om alternativa lösningar som i mindre utsträckning påverkade Alrosas intressen, särskilt De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden. [47] Kommissionen drog dock, inte minst mot bakgrund av resultatet av den marknadsundersökning som den genomfört, slutsatsen att sådana alternativa lösningar inte var lämpade att undanröja de konkurrensproblem som den identifierat. [48]

81. Det var endast om kommissionens sistnämnda slutsats hade saknat stöd i de faktiska omständigheter som fastställts som

44 — Domen i målet Impala (ovan fotnot 25), punkt 144.

45 — Domen i målet kommissionen mot Tetra Laval (ovan fotnot 38), punkt 39, och domen i målet Impala (ovan fotnot 25), punkt 145. Denna rättspraxis, som inledningsvis utvecklades inom ramen för kontroll av företagskoncentrationer, har betydelse utöver detta rättsområde och kan tillämpas vid prövningen av om den bedömning som ligger till grund för kommissionens beslut är uppenbart oriktig. Se domen i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 38), punkt 57, och dom av den 6 november 2008 i mål C-405/07 P, Nederländerna mot kommissionen (REG 2008s, I-8267,), punkt 55, samt förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i de förenade målen T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP, Dresdner Bank mot kommissionen (REG 2006, s. II-3567), punkt 67.

46 — Se även, för ett liknande resonemang, punkt 131 i den överklagade domen.

47 — Punkt 132 i den överklagade domen.

48 — Se, för ett liknande resonemang, skälen 41 och 42 i det omtvistade beslutet.

förstainstansrätten skulle ha kunnat konstatera en uppenbart oriktig bedömning.

82. Den överklagade domen uppfyller inte dessa krav.

83. Förstainstansrätten har inte någonstans i den överklagade domen anfört att den slutsats som kommissionen dragit saknade stöd i de faktiska omständigheter som fastställts. Förstainstansrätten har endast gjort sin egen avvikande bedömning av huruvida alternativa lösningar är lämpade för att undanröja de konkurrensproblem som kommissionen identifierat.

84. Det räcker inte att förstainstansrätten har en annan uppfattning än kommissionen för att en uppenbart oriktig bedömning ska antas föreligga. När de faktiska omständigheterna och bevisningen nämligen tillåter olika bedömningar kan det inte på rättsliga grunder ifrågasättas att kommissionen har valt en av dem, även om det inte är den som förstainstansrätten anser är att föredra. En uppenbart oriktig bedömning föreligger först när de slutsatser som kommissionen dragit med avseende på de faktiska omständigheterna och bevisningen inte längre är försvarbar, [49] det vill säga om det inte finns något sakligt skäl för dem. [50]

85. Förstainstansrätten har i den överklagade domen inte visat att de slutsatser som kommissionen dragit inte är försvarbara. Förstainstansrätten har i stället huvudsakligen endast gjort vaga antaganden och preliminära bedömningar. Den har anfört att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden, ”vid första anblick, [skulle] kunna anses lämpliga för att komma till rätta med de betänkligheter som kommissionen framfört”. [51] De Beers har haft ”svårt” att påverka de priser som Alrosa fastställt och ”[det] är … svårt att föreställa sig hur” De Beers och Alrosa hade kunnat samordna sin prispolitik. [52]

86. Av förstainstansrättens uttalanden framgår inte om De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden var *uppenbarligen lämpade* att

49 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande i målet Impala (ovan fotnot 25), punkt 240.

50 — Se mitt förslag till avgörande av den 10 mars 2009 i mål C-558/07 S.P.C.M. m.fl. (REG 2009, s, I-5783), punkt 77, se, för ett likande resonemang, dom av den 12 mars 2002 i de förenade målen C-27/00 och C-122/00, Omega Air m.fl. (REG 2002, s. I-2569), punkt 72, enligt vilken det inte föreligger någon uppenbart oriktig bedömning när den berörda institutionen ”rimligen” kan utgå från vissa antaganden när den antar ett beslut. Se dessutom mitt förslag till avgörande av den 1 februari 2007 i målet Spanien mot Lenzing (ovan fotnot 38), punkt 71, i vilket jag anförde att en prognos endast är uppenbart felaktig om den ”inte skulle kunna rättfärdigas under några omständigheter”.

51 — Punkt 133 i den överklagade domen.

52 — Punkt 134 i den överklagade domen.

undanröja de konkurrensproblem som kommissionen identifierat och inte heller om de var *lika lämpade* som De Beers enskilda åtaganden, vilka kommissionen gjort bindande. Tvärtom förefaller förstainstansrätten anse att det räcker att en alternativ lösning hade ”minskat risken för en sådan snedvridning av konkurrensen” [53] och att ”de mål som eftersträvas av kommissionen [inte nödvändigtvis skulle äventyras]”. [54] Förstainstansrätten borde emellertid rätteligen ha fastställt att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden räckte för att utesluta risken för en snedvridning av konkurrensen och för att uppnå de mål som eftersträvas av kommissionen när det gäller att skydda konkurrensen.

87. Därmed uppfyller inte förstainstansrättens resonemang det ovan anförda rättsliga kravet på en proportionalitetsprövning inom ramen för artikel 9 i förordning nr 1/2003. [55]

88. Genom sina uttalanden avseende De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden avviker förstainstansrätten dessutom från de regler som gäller för prövningen av om ett kommissionsbeslut är lagenligt genom att i själva verket göra en egen komplicerad ekonomisk bedömning. Detta är till exempel fallet med förstainstansrättens uttalande om att en minskning av Alrosas försäljning av rådiamanter till De Beers från och med år 2009 till 35 procent av den mängd diamanter som sålts år 2004 (med ett värde på 275 miljoner USD) hade gett tredje parter en faktisk tillgång till en alternativ och oberoende försörjningskälla. [56] Samma sak gäller för bedömningen av Alrosas förslag att årligen sälja en del av sina rådiamanter på auktion till högstbjudande. [57] Sådana uttalanden hade, om de inte endast hade varit avsedda att vara blotta påståenden, krävt en noggrann analys av förhållandena på marknaden något som kommissionen men inte förstainstansrätten har behörighet att göra.

89. Det ankommer inte på domstolen att inom ramen för ett överklagande agera som skiljedomare när det gäller förstainstansrättens och kommissionens motstridiga ekonomiska uppfattningar och avgöra om den enas eller den andras bedömning av huruvida alternativa lösningar är lämpade är att föredra. Detta skulle nämligen innebära att domstolen i sin tur felaktigt skulle ersätta kommissionens och förstainstansrättens bedömning med sin egen och göra en komplicerad ekonomisk bedömning.

90. Avgörande är endast att förstainstansrätten i förevarande fall har ersatt kommissionens bedömning med sin egen och om den därmed har underlåtit att vederbörligen beakta kommissionens utrymme för skönsmässig

53 — Punkt 153 sista meningen i den överklagade domen.

54 — Punkt 153 första meningen i den överklagade domen.

55 — Se ovan punkt 57 i detta förslag till avgörande.

56 — Punkt 134 i den överklagade domen.

57 — Punkterna 138 och 153 i den överklagade domen.

bedömning. [58] Kommissionens anmärkning ska därför godtas. Eftersom förstainstansrättens felaktiga rättstillämpning medförde att det omtvistade beslutet ogiltigförklarades, motiverar den dessutom att den överklagade domen upphävs.

b) Kommissionens övriga kritik mot förstainstansrättens bedömning

91. Jag kommer i det följande att pröva kommissionens övriga anmärkningar som anförts inom ramen för den andra delen av den första grunden.

i) Påståenden om att omfattningen av den preliminära undersökningen missuppfattats

92. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten har missuppfattat ”omfattningen av den preliminära undersökningen av målet”. Den har underlåtit att beakta den omständigheten att mellan De Beers och Alrosa, helt oberoende av det planerade avtalet, även så kallad försäljning ad hoc enligt principen ”willing buyer/willing seller” fortsatte. Förstainstansrätten har ansett att sådan ad hoc-försäljning sedan tidigare var praxis mellan de båda företagen men har inte beaktat denna praxis nuvarande verkningar.

93. Denna invändning kan tas upp till sakprövning, eftersom den avser missuppfattning av de faktiska omständigheterna och bevisningen. [59]

94. I sak är invändningen om att de faktiska omständigheterna och bevisningen missuppfattats emellertid ogrundad. En sådan missuppfattning föreligger nämligen endast när bedömningen av den befintliga bevisningen framstår som uppenbart felaktig utan att någon ny bevisning beaktas. Detta är inte fallet här. [60]

95. Förstainstansrätten har i den överklagade domen i samband med försäljningar ad hoc på vissa ställen visserligen angett ”förekomsten

58 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Impala (ovan fotnot 25), punkt 145, i vilken det fastställs att förstainstansrätten inte får ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen, när kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning.

59 — Dom av den 15 juni 2000 i mål C-237/98 P, Dorsch Consult mot rådet och kommissionen (REG 2000, s. I-4549), punkt 36, av den 18 januari 2007 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkt 35, och av den 16 juli 2009 i mål C-440/07 P, kommissionen mot Schneider Electric (REG 2009, s. I-6413), punkt 104.

60 — Domen i målet PKK och KNK mot rådet (ovan fotnot 59), punkt 37, dom av den 18 juli 2007 i mål C-326/05 P, Industrias Químicas del Vallés mot kommissionen (REG 2007, s. I-6557), punkt 60, av den 22 november 2007 i mål C-260/05 P, Sniace mot kommissionen (REG 2007, s. I-10005), punkt 37, och av den 8 maj 2008 i mål C-304/06 P, Eurohypo mot HABM (REG 2008, s. I-3297), punkt 34, samt beslut av den 3 juni 2009 i mål C-394/08 P, Zipcar mot HABM, punkt 40.

av förbindelser ... som sträckte sig långt tillbaka i tiden" mellan De Beers och Alrosa, och hänvisat till de båda företagens "tidigare agerande" [61] Det finns emellertid ingenting i domen som tyder på att förstainstansrätten *uteslutande* betraktat försäljningar ad hoc som ett fenomen som sträckte sig långt tillbaka i tiden och inte också som en fortgående praxis mellan de båda företagen.

96. Kommissionens anmärkning kan således inte bifallas.

ii) Frågan huruvida förstainstansrätten ensidigt beaktat Alrosas argumentation och intressen

97. Kommissionen har vidare hävdat att resultaten av marknadsundersökningen inte har beaktats i den överklagade domen. Förstainstansrätten har ensidigt beaktat Alrosas intressen och yttranden och har lagt för stor vikt vid dem. Konkurrensintressena har däremot inte beaktats. Förstainstansrätten har underlåtit att pröva många argument som har framförts av kommissionen och har huvudsakligen anfört att proportionalitetskontrollen har en objektiv karaktär. [62]

98. Såsom kommissionen klargjort i repliken ska dess argument förstås som en anmärkning avseende brister i motiveringen. Den anser att den överklagade domen har motiverats på ett motsägelsefullt och otillräckligt sätt.

99. Frågan huruvida motiveringen av en dom från förstainstansrätten är motsägelsefull eller otillräcklig utgör en rättsfråga vilken som sådan kan åberopas i ett mål om överklagande. [63]

100. Förstainstansrättens skyldighet att motivera sina beslut kan förvisso inte tolkas så, att den är tvungen att i detalj bemöta varje argument som åberopats av en part. [64] Det anses i stället vara tillräckligt att det av motiveringen till en dom klart och tydligt framgår hur förstainstansrätten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen

61 — Punkterna 115 och 150 i den överklagade domen.

62 — I punkt 99 i den överklagade domen har förstainstansrätten anfört följande: "Bedömningen av huruvida en åtgärd är proportionerlig utgör ... en objektiv bedömning".

63 — Dom av den 7 maj 1998 i mål C-401/96 P, Somaco mot kommissionen (REG 1998, s. I-2587), punkt 53, domen i målet Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 77, och dom av den 16 juli 2009 i mål C-385/07 P, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mot kommissionen (REG 2009, s. I-6155), punkt 71.

64 — Dom av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen (REG 2001, s. I-1611), punkt 121, domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 37), punkt 372, dom av den 2 april 2009 i mål C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen (REG 2009, I-2369), punkt 30, och domen i målet kommissionen mot Schneider Electric (ovan fotnot 59), punkt 135.

för det fattade beslutet och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [65]

101. Förstainstansrätten har uppfyllt dessa krav i förevarande fall. Det är inte svårt för läsaren att förstå varför förstainstansrätten bifallit Alrosas talan. Kommissionen har inte heller haft några svårigheter att förstå domskälen och ifrågasätta domen i ett omfattande överklagande.

102. Enligt min mening är den kritik som kommissionen framfört egentligen inte riktad mot motiveringen och därmed inte heller mot den överklagade domens formella lagenlighet, utan mot dess innehåll. Att förstainstansrätten vad gäller innehållet kommit fram till en annan slutsats än klaganden innebär inte i sig att den överklagade domen är bristfälligt motiverad. [66]

103. Det finns följaktligen ingen grund för anmärkningen om en bristfällig motivering.

iii) Den rättsligt felaktiga kvalificeringen av offentliggörandet enligt artikel 27.4 i förordning nr 1/2003

104. Kommissionen har dessutom hävdat att förstainstansrätten har underlåtit att beakta dess meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 27.4 i förordning nr 1/2003. [67] Dess kritik avser punkterna 136 och 192 i den överklagade domen. Förstainstansrätten har där, enbart av den omständigheten att ett sådant meddelande finns i *Europeiska unionens officiella tidning,* dragit slutsatsen att även kommissionen ansåg att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden ”vid ett första påseende” undanröjde de betänkligheter som uttryckts i konkurrenshänseende. Kommissionen anser att detta antingen utgör en missuppfattning av de faktiska omständigheterna eller en rättsligt felaktig klassificering av meddelandet i *Europeiska unionens officiella tidning*.

105. Såväl en eventuell missuppfattning av de faktiska omständigheterna som den rättsliga klassificeringen av de faktiska omständigheterna kan prövas inom ramen för ett överklagande. [68] Kommissionens anmärkning kan följaktligen tas upp till sakprövning.

65 — Dom av den 14 maj 1998 i mål C-259/96 P, rådet mot de Nil och Impens (REG 1998, s. I-2915), punkterna 32 och 33, domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 37), punkt 372, domen i målet France Télécom mot kommissionen (ovan fotnot 64), punkt 29, och domen i målet kommissionen mot Schneider Electric (ovan fotnot 59), punkt 135.

66 — Dom av den 7 juni 2007 i mål C-362/05 P, Wunenburger mot kommissionen (REG 2007, s. I-4333), punkt 80.

67 — Avseende detta meddelande se punkt 26 i detta förslag till avgörande.

68 — Avseende missuppfattning av de faktiska omständigheterna, se ovan anförd rättspraxis (fotnot 59), avseende den rättsliga klassificeringen av de faktiska omständigheterna, se beslut av den 17 september 1996 i mål C-19/95 P, San Marco mot kommissionen (REG 1996, s. I-4435), punkt 39, samt domen i målet Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 39, och domen i målet kommissionen mot Schneider Electric (ovan fotnot 59), punkt 191.

106. Kommissionens anmärkning är även riktig i sak.

107. Förstainstansrätten har i punkterna 136, 192 och 194 i den överklagade domen försökt få kommissionen att hålla fast vid sin ursprungliga bedömning avseende De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden. Den anser att denna bedömning utgör stöd för att de gemensamma åtagandena var lämpade att undanröja de konkurrensproblem som kommissionen identifierat.

108. Förstainstansrätten har därvid underlåtit att beakta att ett meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* enligt artikel 27.4 i förordning nr 1/2003 endast kan grunda sig på kommissionens preliminära bedömning. Syftet med detta meddelande är att ge berörda tredje parter möjlighet att yttra sig inom ramen för en marknadsundersökning avseende ett erbjudande om åtaganden. Kommissionen ska mot bakgrund av resultaten av denna marknadsundersökning ompröva sin preliminära bedömning av situationen på marknaden och göra en ny bedömning av om åtagandena är lämpade att undanröja de konkurrensproblem som identifierats. Marknadsundersökningen leder inte nödvändigtvis till att nya omständigheter eller betänkligheter kommer fram. Marknadsundersökningen kan även resultera i en ny bedömning av redan kända faktiska omständigheter och av konkurrenssituationen. Marknadsundersökningen skulle vara en fars om den inte skulle kunna leda till en ändring av kommissionens ursprungliga inställning.

109. Om förstainstansrätten inte ens får använda ett meddelande om invändningar som direkt måttstock för att kontrollera lagligheten av ett kommissionsbeslut [69] måste detta i än högre grad gälla för ett meddelande enligt artikel 27.4 i förordning nr 1/2003. I ett sådant meddelande återges nämligen endast kommissionens preliminära bedömning, det är dessutom mycket mindre detaljerat och grundar sig endast på en summarisk bedömning av ärendet.

110. I förevarande fall framgick det dessutom även av ordalydelsen i meddelandet i *Europeiska unionens officiella tidning* [70] klart att kommissionen ännu inte hade gjort någon slutgiltig bedömning av De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden som hade föreslagits kommissionen. Trots att förstainstansrätten beaktat ordalydelsen [71] har de i den överklagade domen inte dragit de slutsatser som är väsentliga med avseende på den preliminära karaktären av kommissionens bedömning i meddelandet.

69 — Domen i målet Impala (ovan fotnot 25), särskilt punkterna 64, 65, 73 och 76. I det målet följde inte domstolen mitt förslag till avgörande av den 13 december 2007 (se särskilt punkterna 171–176) på denna punkt.

70 — I punkt 16 i meddelandet i *Europeiska unionens officiella tidning* anges följande: "Kommissionen har för avsikt att, *beroende på resultatet av denna marknadsundersökning,* anta ett beslut enligt artikel 9.1 i förordning (EG) nr 1/2003." (Min kursivering).

71 — Punkt 136, andra meningen, och punkt 192, första meningen, i den överklagade domen.

111. Förstainstansrätten har således gjort sig skyldig till en felaktig rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna genom att åberopa kommissionens meddelande i *Europeiska unionens officiella tidning* som stöd för att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden är lämpade.

112. Kommissionens anmärkning avseende meddelandet i *Europeiska unionens officiella tidning* är således välgrundad. Denna felaktiga rättstillämpning kan emellertid inte leda till att den överklagade domen upphävs, eftersom hänvisningen till detta meddelande endast utgör ett av flera argument som förstainstansrätten har åberopat till stöd för sina anmärkningar angående förekomsten av alternativa lösningar [72] och om deras lämplighet.

iv) De påstådda överträdelserna av artikel 82 EG

113. Kommissionen har slutligen gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till två överträdelser av artikel 82 EG inom ramen för sin proportionalitetsprövning.

114. Dessa anmärkningar avser förstainstansrättens uttalanden vad gäller möjliga alternativ till De Beers enskilda åtaganden som gjorts bindande. Kommissionens kritik avser särskilt punkterna 152 och 153 i den överklagade domen i vilka förstainstansrätten har yttrat sig avseende Alrosas förslag att årligen sälja en del av sina rådiamanter på auktion till högstbjudande. Förstainstansrätten har helt och hållet underlåtit att beakta att De Beers inte endast är den största köparen på marknaden för rådiamanter, utan även den största tillverkaren på samma marknad. Förstainstansrätten har dessutom underlåtit att beakta att även auktioner till högstbjudande inte kan hindra ett företag från missbruk av en dominerande ställning vid budgivningen.

115. Jag håller inte med Alrosa om att dessa invändningar inte kan tas upp till sakprövning. Det rör sig inte endast om en förevändning för att begära att domstolen ska göra en ny prövning av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen. Inom ramen för förevarande argumentation uppkommer i stället rättsfrågan om förstainstansrätten vid tolkningen och tillämpningen av artikel 82 EG har tillämpat de korrekta kriterierna [73] och om den har underlåtit att beakta rättsligt relevanta uppgifter.

72 — Det rör sig om punkterna 132–154 i den överklagade domen.

73 — Se i detta avseende ovan punkt 45 i detta förslag till avgörande och ovan i punkt 25 nämnda rättspraxis.

— Underlåtenhet att beakta De Beers ställning som tillverkare

116. Den första anmärkningen på grundval av artikel 82 EG avser särskilt punkt 153 i den överklagade domen i vilken förstainstansrätten har betecknat De Beers som ”det ledande företaget på marknaden”, utan att emellertid beakta den omständigheten att De Beers även är den största tillverkaren på samma marknad.

117. Kommissionen har med rätta kritiserat detta.

118. Förstainstansrätten var fullt medveten om att såväl De Beers som Alrosa är tillverkare av rådiamanter. [74] Trots det har den underlåtit att beakta denna omständighet vid prövningen av möjliga alternativ till De Beers enskilda åtaganden som gjorts bindande. I de avgörande delarna av motiveringen till denna dom har De Beers endast betecknats som den huvudsakliga eller som den största köparen på markanden till vilken Alrosa enligt förstainstansrättens uppfattning fortfarande har tillgång. [75]

119. Förstainstansrätten har därvid underlåtit att beakta att den konkurrensrättsliga bedömningen av ett långvarigt leveransförhållande mellan två företag påverkas av om det finns ett aktuellt eller potentiellt konkurrensförhållande mellan de båda företagen.

120. Om båda företagen är verksamma som tillverkare på samma marknad kan det nämligen i princip inte vara fråga om ett normalt konkurrensförhållande om ett av dem regelbundet köper det andra företagets produktion eller i vart fall en betydande del av denna, särskilt när köparen har en dominerande ställning på marknaden. Alrosa har även medgett detta som svar på en fråga under den muntliga förhandlingen vid domstolen.

121. Det är naturligtvis sant att ett företag som har en dominerande ställning på marknaden har rätt att tillvarata sina egna affärsintressen. Artikel 82 EG utgör emellertid hinder mot det dominerande företagets agerande när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning. [76]

122. Ett sådant missbruk kan befaras när ett företag som har en dominerande ställning köper produktionen av en annan tillverkare

74 — Se i detta avseende fastställandet av de faktiska omständigheterna i punkterna 8 och 9 samt citat från det omtvistade beslutet i punkt 116 i den överklagade domen i vilken det talas om ett ”handelsavtal” mellan De Beers och dess främsta konkurrent Alrosa.

75 — Punkterna 138 och 153 i den överklagade domen.

76 — Dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands och United Brands Continentaal mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9), punkt 189, av den 16 september 2008 i de förenade målen C-468/06–C-478/06, Sot. Lélos kai Sia m.fl. (REG 2008, s. I-7139), punkt 50, och av den 11 december 2008 i mål C-52/07, Kanal 5 och TV 4 (REG 2009, s. I-9239), punkt 26.

som är verksam på samma marknad. Den andra tillverkaren kommer i det fallet nämligen inte att vara tvungen att bygga upp ett eget distributionssystem och konkurrera med det dominerande företaget. Detta kan få negativa konsekvenser för marknadens struktur och även för konsumenten, särskilt som konkurrensen på den berörda marknaden är försvagad på grund av det dominerande företagets existens. Det finns en risk för att det dominerande företaget genom att köpa den andra tillverkarens produktion till nackdel för konsumenterna påverkar försäljningen och även priset på den berörda marknaden. Ett sådant agerande har inget samband med skyddet för det dominerande företagets legitima intressen, vilket i princip är tillåtet.

123. Förstainstansrätten har i förevarande fall inte anfört särskilda omständigheter som undantagsvis skulle kunna utesluta missbruk. Förstainstansrätten har tvärtom underlåtit att beakta De Beers dubbla funktion som den största tillverkaren och den viktigaste köparen på marknaden för rådiamanter i hela världen, trots att kommissionen hänvisat till detta. [77] Det hade emellertid varit nödvändigt att beakta denna dubbla funktion för att på ett lämpligt sätt kunna bedöma om Alrosas årliga försäljning via auktion av en del av diamanterna till högstbjudande är lämpad att undanröja de konkurrensproblem med avseende på artikel 82 EG som identifierats av kommissionen.

77 — Se bland annat punkterna 58, 63 och 68 i kommissionens svaromål i förstainstansrätten och punkt 74 i den överklagade domen.

124. Genom att underlåta att beakta denna viktiga omständighet har förstainstansrätten vid sin proportionalitetsprövning gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning. Denna felaktiga rättstillämpning motiverar att den överklagade domen upphävs, eftersom förstainstansrättens antagande att det i förevarande fall förelåg lämpliga alternativa lösningar som var mindre betungande för de berörda företagen grundar sig på denna felaktiga rättstillämpning.

— Underlåtenhet att beakta möjligheten till missbruk för budgivare inom ramen för auktioner

125. Den andra anmärkningen avseende artikel 82 EG avser punkterna 152 och 153 i den överklagade domen i vilka förstainstansrätten har anfört att Alrosas försäljning ad hoc på auktion till högstbjudande i sig inte kunde strida mot konkurrensreglerna även om den hade inneburit att De Beers kan behålla eller förstärka sin roll som *market-maker*.

126. Kommissionen har med rätta kritiserat förstainstansrättens resonemang i detta avseende.

127. Förstainstansrätten har nämligen i detta sammanhang endast fastställt att det inte finns någon risk för att Alrosa skulle ha behandlat De Beers förmånligare vid försäljningar på auktion, eftersom det inte fanns något stöd för att Alrosa tillämpade subjektiva kriterier vid försäljningarna (”andra kriterier än kvalitén på köpeanbudet”). [78]

128. Förstainstansrätten har därmed underlåtit att beakta att auktioner inte endast kan leda till missbruk från säljarens sida utan även från köparens sida. Om ett företag, som självt tillverkar och säljer produkter som konkurrerar med de produkter som ska säljas på auktion, deltar i auktionen och dessutom har dominerande ställning på den berörda marknaden, kan nämligen konkurrens genom diskriminerande prissättning uppkomma. Den situationen kan uppkomma, att det företag som har dominerande ställning på ett konstlat sätt driver upp auktionspriset för att tränga undan andra intressenter och säkerställa kontrollen över de aktuella och potentiella konkurrenternas produktion. Detta kan leda till en minskning av utbudet på marknaden och till ett konstlat och orimligt högt pris till nackdel för konsumenterna. Ett sådant beteende utgör missbruk i den mening som avses i artikel 82 och har inte något samband med säkerställande av det dominerande företagets legitima intressen på marknaden. [79]

129. Det beror säkerligen på en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet om budgivarsidan verkligen måste befara ett sådant missbruk från ett företag som har dominerande ställning på marknaden. Den överklagade domen innehåller emellertid inte någon hänvisning till att förstainstansrätten befattat sig med denna fråga trots att kommissionens synpunkter föranleder det. Kommissionen har till exempel vid flera tillfällen framhållit De Beers roll som *marketmaker* och De Beers strävan att kontrollera produktionen på marknaden för diamanter. [80]

130. Förstainstansrätten har i förevarande fall fastställt att det räcker att det vid genomförandet av de auktioner som Alrosa föreslagit vid försäljningen inte fanns någon risk för missbruk *från säljarens sida*. Därigenom kan det emellertid inte uteslutas missbruk vid budgivningen av ett dominerande företag *i egenskap av köpare*.

131. Genom att underlåta att beakta denna viktiga aspekt har förstainstansrätten vid proportionalitetsprövningen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning. Denna felaktiga rättstillämpning motiverar att den överklagade domen upphävs, eftersom förstainstansrättens antagande att det i förevarande fall förelåg alternativa mindre betungande lösningar för de berörda företagen grundar sig på denna felaktiga rättstillämpning.

78 — Punkt 153 i den överklagade domen.

79 — Se i detta avseende punkt 121 i detta förslag till avgörande och ovan i fotnot 76 nämnda rättspraxis.

80 — Skälen 25, 26, 28 och 30 i det omtvistade beslutet samt punkterna 64 och 65 i kommissionens svarsinlaga i förfarandet i första instans. Se även punkt 83 i den överklagade domen.

B — *Den andra grunden: Rätten att yttra sig under det administrativa förfarandet*

132. Som andra grund har kommissionen i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning med avseende på rätten att yttra sig under det administrativa förfarandet. Den har dessutom anfört att förstainstansrätten dömde utöver vad som yrkats av parterna (*ultra petita*), och har återigen anmärkt att den överklagade domen är otillräckligt motiverad.

1. En inledande fråga: Saknar den andra grunden verkan?

133. Alrosa anser att kommissionens andra grund saknar verkan, eftersom den avser uttalanden i den överklagade domen som förstainstansrätten gjort i fullständighetens intresse.

134. Det är korrekt att klagandens anmärkning, som riktas mot överflödiga domskäl i den överklagade domen, inte kan leda till att domen upphävs och därför ska underkännas då den är verkningslös (franska: inopérant) eller saknar verkan. [81] Så är dock inte fallet i det aktuella målet.

135. Förstainstansrätten har visserligen angett att den gjort sina uttalanden avseende åsidosättande av rätten att yttra sig ”i fullständighetens intresse” vilket kan missförstås. [82] Detta innebär emellertid inte att det endast rör sig om ett *obiter dictum*. Dessa uttalanden utgör tvärtom en andra oberoende stöttepelare i domen, på vilken ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet grundar sig. Detta framgår särskilt tydligt av punkt 204 i den överklagade domen i vilken det uttryckligen anges att Alrosas anmärkning avseende åsidosättande av rätten att yttra sig ska bifallas. Redogörelserna avseende rätten att yttra sig utgör följaktligen nödvändiga domskäl som ligger till grund för domslutet i den överklagade domen.

136. Alrosas påstående att den andra grunden saknar verkan kan följaktligen inte godtas.

81 — Dom av den 18 mars 1993 i mål C-35/92 P, Parlamentet mot Frederiksen (REG 1993, s. I-991), punkt 31, av den 8 maj 2003 i mål C-122/01 P, T. Port mot kommissionen (REG 2003, s. I-4261), punkt 17, av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), punkt 148, och av den 13 september 2007 i mål C-443/05 P, Common Market Fertilizers mot kommissionen (REG 2007, s. I-7209), punkt 137.

82 — Se punkterna 158 och 204 i den överklagade domen. I det språk som var tillämpligt på förfarandet anges att dessa redogörelser gjorts ”for the sake of completeness”.

2. Prövning av den andra grunden

a) Otillräcklig motivering (den första delen av den andra grunden)

137. Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att den överklagade domen är otillräckligt motiverad vad gäller det åsidosättande av rätten att yttra sig som fastställts. Förstainstansrätten har ersatt sin motivering med rena misstankar. Den har i punkterna 201 och 203 i den överklagade domen underlåtit att förklara varför den fann att det var omöjligt för Alrosa att avge ett ”ändamålsenligt” svar på de handlingar [83] som lämnats ut till Alrosa och ”till fullo utöva” rätten att yttra sig. Det har inte heller visats att det föreligger ett orsakssamband mellan de oegentligheter som fastställts och utgången av förfarandet, det vill säga det beslut som fattats enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003.

138. Jag finner inte dessa argument övertygande.

139. Motiveringen till en dom som meddelats av förstainstansrätten kan på vissa punkter även ske implicit om det av motiveringen klart och tydligt framgår hur förstainstansrätten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för det fattade beslutet och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [84]

140. I förevarande fall framgår det tillräckligt klart av den överklagade domen att förstainstansrätten ansåg att Alrosas rätt att yttra sig åsidosatts på grund av att handlingarna lämnades ut för sent. Enligt förstainstansrättens konstateranden lämnade kommissionen inte ut den icke-konfidentiella versionen av yttrandena från tredje parter till Alrosa ”*förrän* den 26 januari 2006, det vill säga *mer än sex veckor* efter [Alrosas] formella begäran och *mer än tre månader* efter mötet den 27 oktober 2005”. Förstainstansrätten har också konstaterat att dessa handlingar lämnades ut till Alrosa ”*vid samma tillfälle* som utdraget från De Beers enskilda åtaganden”. [85] Förstainstansrätten har därav dragit slutsatsen att Alrosa inte gavs tillfälle att ”till fullo utöva” [86] sin rätt att yttra sig.

141. Kommissionen kan vara av en annan uppfattning än förstainstansrätten. Kommissionen kan vara av uppfattningen att ovannämnda handlingar inte lämnats ut för sent och under alla omständigheter lämnats ut i tillräckligt god tid för att göra det möjligt för Alrosa att avge ett ändamålsenligt yttrande. Till skillnad från förstainstansrätten kan

83 — De handlingar som lämnats ut innehåller yttranden från tredje parter inom ramen för marknadsundersökningen och ett utdrag ur De Beers enskilda åtaganden (se punkt 29 i detta förslag till avgörande).

84 — Domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 37), punkt 372, domen i målet Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen (ovan fotnot 37), punkt 42, och domen i målet kommissionen mot Schneider Electric (ovan fotnot 59), punkt 135.

85 — Punkt 201 i den överklagade domen (min kursivering).

86 — Punkt 203 i den överklagade domen.

kommissionen även vara övertygad om att Alrosas rätt att yttra sig inte åsidosatts eller att ett eventuellt åsidosättande inte påverkat innehållet i det omtvistade beslutet. Kommissionen har därmed i själva verket emellertid inte påstått att den överklagade domen är formellt ogiltig på grund av bristande motivering, utan har ifrågasatt huruvida förstainstansrättens motivering är hållbar och, därmed, domens materiella lagenlighet (i sak).

142. Att förstainstansrätten i själva sakfrågan kommit fram till en annan slutsats än klaganden innebär följaktligen inte i sig att den överklagade domen är bristfälligt motiverad. [87]

143. Följaktligen kan överklagandet inte vinna bifall på den grund som avser bristande motivering.

b) Principen att domstolen inte dömer utöver vad som har yrkats av parterna (*ultra petita*) och rätten till en rättvis rättegång (andra delen av den andra grunden)

144. Kommissionen har dessutom riktat kritik mot att ett åsidosättande av rätten att yttra sig har fastställts av helt andra skäl än dem som anförts av Alrosa i dess talan om ogiltigförklaring i förstainstansrätten. Alrosa har i första instans endast gjort gällande att kommissionen inte angett skälen för sin ändrade uppfattning till följd av marknadsundersökningen och inte gett Alrosa tillfälle att yttra sig avseende den ändring i bedömning som gjorts i förevarande fall. De frågor som förstainstansrätten ansett vara avgörande i samband med rätten att yttra sig ställdes aldrig av Alrosa. Den överklagade domen grundar sig inte på Alrosas invändning vid förstainstansrätten utan underkänner denna uttryckligen. [88]

145. Kommissionen anser att förstainstansrätten därmed har dömt utöver vad som har yrkats av parterna (*ultra petita*) och dessutom har åsidosatt rätten till en rättvis rättegång.

i) Principen *ne ultra petita*

146. Det kan inledningsvis konstateras att det är ostridigt att den gemenskapsdomstol som ska döma i ett mål inte kan döma utöver vad som har yrkats (*ultra petita*). [89] Denna princip är ett uttryck för dispositionsprincipen enligt

87 — Domen i målet Wunenburger mot kommissionen (ovan fotnot 66), punkt 80.

88 — Kommissionen hänför sig till punkt 130 i den överklagade domen.

89 — Dom av den 14 september 1999 i mål C-310/97 P, kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. (REG 1999, s. I-5363), punkt 52, av den 15 februari 2001 i mål C-239/99, Nachi Europe (REG 2001, s. I-1197), punkt 24, och av den 19 januari 2006 i mål C-240/03 P, Comunità montana della Valnerina mot kommissionen (REG 2006, s. I-731), punkt 43. Se även dom av den 14 december 1962 i de förenade målen 46/59 och 47/59, Meroni mot Höga myndigheten (REG 1962, sidorna 837och 854).

vilken parterna bestämmer föremålet för tvisten och domstolen inte får gå utöver föremålet för tvisten.

147. Kommissionen förefaller tolka principen *ne ultra petita* på så sätt att gemenskapsdomstolen endast kan fastställa att rätten att yttra sig har åsidosatts när den argumentation som klaganden framfört i förstainstansrätten är korrekt.

148. Denna uppfattning är emellertid överdrivet restriktiv. Enligt principen *ne ultra petita* kan ogiltigförklaringen visserligen inte vara mer omfattande än vad som yrkats av klaganden. [90] En domstol kan emellertid inte begränsa sig till de argument som parterna lagt fram till stöd för sina påståenden, då de annars kan tvingas grunda sitt avgörande på felaktiga rättsliga överväganden. [91] Såsom generaladvokaten Léger med rätta har påpekat är en domstols roll inte passiv och den kan inte uppfordras att endast vara ”parternas talesman”. [92]

149. Alrosa har i förevarande fall genom de grunder som åberopats i första instans gjort gällande att dess rätt att yttra sig åsidosatts. I motsats till vad kommissionen har påstått har förstainstansrätten inte ex officio utan på klagandens begäran fastställt att rätten att yttra sig har åsidosatts. Den omständigheten att förstainstansrätten vid bedömningen avseende ovannämnda invändning grundade sig på andra argument än dem som framförts av Alrosa innebär inte att den avvikit från föremålet för tvisten i förfarandet vid förstainstansrätten och således inte heller dömt utöver vad som yrkats av parterna (*ultra petita*). [93]

ii) Rätten till en rättvis rättegång

150. Kommissionen har vidare gjort gällande att det åsidosättande av rätten att yttra sig som förstainstansrätten fastställt inte var föremål för en diskussion mellan parterna. Den anser att detta utgör ett åsidosättande av rätten till en rättvis rättegång.

151. I syfte att säkerställa en rättvis rättegång måste förstainstansrätten särskilt beakta parternas rätt till försvar. Det ska erinras om att principen om rätt till försvar utgör en

90 — Domen i målet kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. (ovan fotnot 89), punkt 52, och domen i målet Comunità montana della Valnerina mot kommissionen (ovan fotnot 89), punkt 43.

91 — Beslut av den 27 september 2004 i mål C-470/02 P, UER mot M6 m.fl., punkt 69, och av den 13 juni 2006 i mål C-172/05 P, Mancini mot kommissionen, punkt 41.

92 — Generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 2 april 1998 i mål C-252/96 P, parlamentet mot Gutiérrez de Quijano y Lloréns (REG 1998, s. I-7421), punkt 36.

93 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet parlamentet mot Gutiérrez de Quijano y Lloréns (ovan fotnot 92), punkt 34, och beslutet UER mot M6 m.fl. (ovan fotnot 91), punkt 74.

grundläggande princip i gemenskapsrätten. [94] Det skulle strida mot denna princip om ett rättsligt beslut grundade sig på omständigheter och handlingar som parterna, eller någon av parterna, inte har tagit del och beträffande vilka parterna eller parten inte har kunnat tillkännage sin ståndpunkt. [95] Med andra ord säkerställer iakttagandet av rätten till försvar att parterna inte utsätts för överraskande beslut från förstainstansrättens sida. [96]

152. Det är inte endast fråga om ett överraskande beslut när förstainstansrätten grundar sig på omständigheter och bevisning som parterna eller en av parterna inte hade kännedom om. Förstainstansrättens bedömning av sakförhållandena kan också vara överraskande för parterna, om förstainstansrätten därvid grundar sig på omständigheter som parterna visserligen hade kännedom om, men vilka omständigheter aldrig som sådana var föremål för diskussion under domstolsförfarandet. [97]

153. Så förhöll det sig i det här aktuella fallet med utlämnandet av vissa handlingar till Alrosa. Det är ostridigt vid vilken tidpunkt dessa handlingar lämnades ut. Av handlingarna i målet framgår emellertid att det sena utlämnandet av handlingarna [98], som förstainstansrätten kritiserat, i förevarande fall inte diskuterats av någon av parterna under det skriftliga förfarandet i första instans. Enligt kommissionen diskuterades denna fråga inte heller vid det muntliga förfarandet, vilket inte har bestritts av Alrosa,. Förstainstansrättens ställde inga skriftliga frågor angående detta och ansåg det inte vara nödvändigt att återuppta det muntliga förfarandet för att diskutera frågan. [99]

154. Det fanns för övrigt ingen anledning för kommissionen att i egenskap av motpart själv för fullständighetens skull ta ställning i denna fråga. Detta gäller desto mer som det förfarande för skyndsam handläggning som genomfördes i första instans var förenat med särskilda begränsningar för parterna med avseende på såväl längden på deras yttranden som förfarandefristerna. [100]

155. Under dessa omständigheter var det ett överraskande beslut att förstainstansrätten särskilt motiverade det åsidosättande av

94 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen (REG 1986, s. 2263; svensk specialutgåva, volym 8, s. 691), punkt 27, av den 24 oktober 1996 i mål C-32/95 P, kommissionen mot Lisrestal m.fl. (REG 1996, s. I-5373), punkt 21, av den 8 mars 2007 i mål C-44/06, Gerlach (REG 2007, s. I-2071), punkt 38, och av den 13 september 2007 i de förenade målen C-439/05 P och C-454/05 P, Land Oberösterreich och Österreich mot kommissionen (REG 2007, s. I-7141), punkt 36. Särskilt vad gäller iakttagandet av rätten till försvar under domstolsförfarandet, se dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen (REG 2003, s. I-11177), punkt 19.

95 — Dom av den 22 mars 1961 i de förenade målen 42/59 och 49/59, SNUPAT mot Höga myndigheten (REG 1961, sidorna 111 och 169; svensk specialutgåva, volym 1, s. 95), av den 10 januari 2002 i mål C-480/99 P, Plant m.fl. mot kommissionen och South Wales Small Mines (REG 2002, s. I-265), punkt 24, och domen i målet Corus UK mot kommissionen (ovan fotnot 94), punkt 19.

96 — Se, för ett liknande resonemang, även mitt förslag till avgörande av den 27 september 2006 i mål PKK och KNK mot rådet (ovan fotnot 59), punkt 67.

97 — Av beslutet UER mot M6 m.fl. (ovan fotnot 91), punkt 74, kan slutsatsen dras att förstainstansrättens dom inte får grunda sig på ”nouvelle thèse inspirée par le Tribunal”.

98 — Se i detta avseende punkt 201 i den överklagade domen och punkt 140 i detta förslag till avgörande.

99 — Artikel 62 i förstainstansrättens rättegångsregler.

100 — Se i detta avseende artikel 76a i förstainstansrättens rättegångsregler samt domen i målet Royal Philips Electronics mot kommissionen (ovan fotnot 41), punkt 205.

rätten att yttra sig som den fastställt med att kommissionen lämnade ut handlingarna för sent. Den omständigheten att förstainstansrätten inte gav kommissionen tillfälle att yttra sig i denna fråga innan dom meddelades utgör ett åsidosättande av rätten till försvar och därmed ett rättegångsfel.

156. Kommissionens invändning i detta avseende kan följaktligen godtas. Eftersom det inte kan uteslutas att kommissionen, om ovannämnda problematik hade diskuterats under förfarandet i första instans, hade framfört argumentation som hade föranlett förstainstansrätten att dra en annorlunda slutsats, motiverar dess felaktiga rättstillämpning att den överklagade domen upphävs.

c) Verkningarna på kommissionens beslut av att rätten att yttra sig eventuellt åsidosatts (fjärde delen av den andra grunden)

157. Kommissionen har dessutom gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att inte visa vilka verkningar ett eventuellt åsidosättande av Alrosas rätt att yttra sig hade på det omtvistade beslutet.

158. Enligt fast rättspraxis kan ett förfarandefel inte motivera att ett kommissionsbeslut ogiltigförklaras annat än om det administrativa förfarandet hade kunnat mynna ut i ett annat resultat, den påstådda oriktigheten förutan. [101] Med andra ord, det får inte vara uteslutet att förfarandefelet påverkat kommissionsbeslutets innehåll, det vill säga att beslutet hade kunnat ha ett annat innehåll. [102]

159. Förstainstansrätten har i förevarande fall slagit fast att rätten att yttra sig åsidosatts, den har samtidigt emellertid anfört att det ”inte klart kan fastställas i vilken utsträckning denna felaktighet kan ha påverkat kommissionens beslut”. [103]

160. Denna oklara formulering ger, i varje fall vid en ytlig betraktelse, upphov till misstanken att förstainstansrätten upphävt det omtvistade beslutet på grund av ett förfarandefel utan att i tillräcklig omfattning bedöma om förfarandefelet över huvud taget kunnat påverka beslutets innehåll.

101 — Dom av den 10 juli 1980 i mål 30/78, Distillers mot kommissionen (REG 1980, s. 2229), punkt 26 och av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-307; svensk specialutgåva, volym 10, s. 303), punkt 31. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 37), punkt 73, och dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2006, s. I-5977), punkterna 97 och 98.

102 — Dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, van Landewyck m.fl. mot kommissionen (REG 1980, s. 3125; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345), punkt 47, och av den 23 april 1986 i mål 150/84, Bernardi mot parlamentet (REG 1986, s. 1375), punkt 28.

103 — Punkt 203 i den överklagade domen.

161. Vid en närmare betraktelse ger denna formulering emellertid uttryck för förstainstansrättens övertygelse *att* åsidosättandet av den rätt att yttra sig som den fastställt kunnat påverka resultatet av det administrativa förfarandet. Enligt förstainstansrätten gick det inte att exakt fastställa vilken *omfattning* denna inverkan hade.

162. Förstainstansrätten har trots den oklara formulering som valts tillämpat de rättsliga krav som uppställs för att ogiltigförklara ett beslut på grund av förfarandefel. Exakt hur mycket beslutets innehåll har påverkats av förfarandefelet är nämligen inte avgörande för en sådan ogiltigförklaring.

163. Om det förfarandefel som förstainstansrätten fastställt utgörs av ett åsidosättande av rätten att yttra sig kan det endast med svårighet fastställas i vilken omfattning detta påverkat kommissionsbeslutets innehåll. Det kan aldrig helt uteslutas att ett identiskt beslut hade antagits om parterna hade hörts i laga ordning.

164. Genom att höra parterna ska de ges möjlighet att lämna synpunkter och därmed möjlighet att påverka kommissionens beslutsprocess. Av det skälet motiverar den omständigheten att ett åsidosättande av rätten att yttra sig kunnat påverka beslutets innehåll att det ogiltigförklaras.

165. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den fjärde delen av den andra grunden.

d) Räckvidden av Alrosas rätt att yttra sig (tredje delen av den andra grunden)

166. Kommissionen har slutligen gjort gällande att förstainstansrätten i förevarande fall har gjort en felaktig bedömning av räckvidden av Alrosas rätt att yttra sig.

i) Inledande anmärkning

167. Enligt artikel 41.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [104] har var och en rätt att bli hörd innan

104 — Stadgan om de grundläggande rättigheterna tillkännagavs till att börja med högtidligt den 7 december 2000 i Nice (EGT C 364, 2000, s. 1) och därefter ännu en gång den 12 december 2007 i Strasbourg (EUT C 303, 2007, s. 1).

en enskild åtgärd som skulle beröra honom eller henne negativt vidtas mot honom eller henne. Denna grundläggande rättighet ska beaktas vid tolkningen och tillämpningen av förordning nr 1/2003. [105]

168. Rätten att yttra sig är samtidigt en del av rätten till försvar. Iakttagandet av denna rättighet i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip. [106]

169. När det gäller kartellrättsliga förfaranden konkretiseras rätten att yttra sig bland annat i artikel 27 i förordning nr 1/2003 samt i artiklarna 10 och 15 i tillämpningsförordning nr 773/2004.

105 — Skäl 37 i förordning nr 1/2003. Stadgan om de grundläggande rättigheterna har som sådan visserligen inte någon bindande rättsverkan som kan jämföras med primärrätten, men som rättskunskapskälla ger den upplysning om de gemenskapsrättsligt garanterade grundläggande rättigheterna, särskilt som en gemenskapsrättsakt uttryckligen hänvisar till denna. Se dom av den 27 juni 2006 i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (”familjåterföreningen”, REG 2006, s. I-5769), punkt 38, och punkt 108 i mitt förslag till avgörande av den 8 september 2005 i detta mål.

106 — Se i detta avseende ovan i fotnot 94 angiven rättspraxis. Med avseende särskilt på rätten till försvar i konkurrensrättsliga förfaranden se bland annat dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen (REG 1989, 3283, punkt 32; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217), och av den 3 september 2009 i mål C-534/07 P, Prym und Prym Consumer mot kommissionen (REG 2009, s.I-7415), punkt 26.

ii) Kommissionens invändning

170. Kommissionen har i huvudsak kritiserat förstainstansrätten för att den felaktigt jämställt Alrosa med ett ”berört företag”.

171. Förstainstansrätten har i själva verket anfört att endast De Beers kan vara ”berört företag” i förfarandet med avseende på artikel 82 EG, men att Alrosa inte bara var en ”berörd tredje man”. [107] Förstainstansrätten har till stöd för denna slutsats hänvisat till det sätt på vilket kommissionen handlade de två förfarandena rörande avtalet mellan De Beers och Alrosa. [108] Den har dessutom anfört exempel och betonat att de två parallella förfaranden som inletts med avseende på artiklarna 81 EG och 82 EG ”hela tiden de facto behandlades som ett enda förfarande, vilket inte endast gällde för kommissionen utan även för Alrosa och De Beers”. [109] Förstainstansrätten har mot den bakgrunden dragit slutsatsen att Alrosa, ”i förhållande till förfarandet som helhet, beviljades de rättigheter som gäller för ett ’berört företag’ i den mening som avses i förordning nr 1/2003”, trots att Alrosa i strikt mening inte utgjorde ett sådant företag i förfarandet enligt artikel 82 EG. [110]

172. Denna argumentation övertygar inte.

107 — Punkterna 176 och 177 i den överklagade domen.

108 — Punkt 178 i den överklagade domen.

109 — Punkt 186 i den överklagade domen.

110 — Punkt 187 i den överklagade domen.

173. Enligt lydelsen av den lagstadgade rätten att yttra sig gjorde gemenskapslagstiftaren i artikel 27 i förordning nr 1/2003 och i artiklarna 10 och 15 i tillämpningsförordning nr 773/2004 medvetet en indelning av personer som i en eller annan form kunde vara delaktiga i ett kartellrättsligt förfarande i olika kategorier. De rättigheter som parterna i det administrativa förfarandet (även kallade ”berörda företag”) har sträcker sig längre än de rättigheter som tredje parter har som visserligen har ett intresse av tvistens utgång men till vilka det beslut som kommissionen ska anta inte riktar sig.

174. Det är ostridigt att kommissionen i förevarande fall genomförde två parallella administrativa förfaranden, det ena med stöd av artikel 81 EG och det andra med stöd av artikel 82 EG. I det första förfarandet hade Alrosa i egenskap av part till det anmälda avtalet, i likhet med De Beers, ställning som berört företag. I det sistnämnda förfarandet hade emellertid endast De Beers denna ställning i egenskap av dominerande företag, men inte Alrosa.

175. I det förfarande som inleddes i enlighet med artikel 82 EG, som avslutades med det omtvistade beslutet, hade Alrosa följaktligen endast de mindre omfattande rättigheter som berörda tredje parter har.

176. Det är endast om det skulle visa sig att kommissionen i förevarande fall godtyckligt, det vill säga utan sakliga skäl, inlett två separata förfaranden avseende samma omständigheter som Alrosa, för att återge förstainstansrätten, ”i förhållande till förfarandet som helhet” ska beviljas de rättigheter som gäller för ett ”berört företag”. [111]

177. Förstainstansrätten har i förevarande fall emellertid inte fastställt att kommissionen har gjort sig skyldig till ett sådant maktmissbruk. Det fanns inte heller något stöd för att det förhöll sig på det sättet. Det var tvärtom objektivt motiverat att genomföra två separata administrativa förfaranden, eftersom det rörde sig om olika materiellt rättsliga grunder, artikel 81 EG (artikel 53 i EES-avtalet), å ena sidan, och artikel 82 EG (artikel 54 i EES-avtalet), å andra sidan. Vad gäller artikel 82 EG (artikel 54 i EES-avtalet) kunde kommissionens meddelande om invändningar och beslut genom vilket förfarandet avslutades endast vara riktat till De Beers i egenskap av dominerande företag.

178. Förstainstansrätten har därför gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att fastslå att Alrosa med avseende på förfarandet enligt artikel 82 EG ska jämställas med ett berört företag.

179. Alrosa har invänt att det omtvistade beslutet vad gäller de praktiska konsekvenserna

111 — Punkt 187 i den överklagade domen.

kan jämställas med ett förbudsbeslut enligt artikel 7 i förordning nr 1/2003 som är riktat till Alrosa. Det är omöjligt för Alrosa att ingå avtal med De Beers i framtiden.

180. I detta hänseende ska det påpekas att det omtvistade beslutet endast är riktat till De Beers och De Beers frivilliga åtagande att avstå från att bedriva handel med Alrosa har gjorts bindande. Det omtvistade beslutet påverkar, såsom Alrosa anfört, på sin höjd *indirekt* framtida handelsförbindelser. Sådana *återverkningar* av beslut om åtaganden är emellertid inte typiska för de berörda företagen (parterna), utan för berörda tredje parter.

181. I motsats till Alrosa anser jag att detta företag inte heller kan anses som berört företag med avseende på artikel 82 EG, av det skälet att kommissionen tidigare beslutat att inte godta De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden. Beslutet att avvisa de gemensamma åtagandena antogs nämligen inte i det här aktuella förfarandet, som inleddes i enlighet med artikel 82 EG, utan i det parallella förfarande som inleddes i enlighet med artikel 81 EG. Beslutet att avvisa de gemensamma åtagandena var följaktligen inte föremål för det omtvistade beslut som antogs i det förfarande som inleddes i enlighet med artikel 82 EG. De gemensamma åtagandena var endast en av flera aspekter som kommissionen beaktade vid proportionalitetsprövningen med avseende på de intressen som Alrosa hade i egenskap av berörd tredje part.

182. Förstainstansrätten har följaktligen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att slå fast att Alrosa ska jämställas med ett berört företag. Denna felaktiga rättstillämpning framgår även av förstainstansrättens övriga resonemang i den överklagade domen och ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet. [112] Framför allt utgör den stöd för förstainstansrättens slutsats att kommissionen borde ha beviljat Alrosa tillgång till handlingar i ärendet. [113] Det är endast parterna i det administrativa förfarandet som har rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet (artikel 27.2 andra meningen i förordning nr 1/2003), och rätten ska utövas efter delgivningen av meddelandet om invändningar (artikel 15.1 andra meningen i förordning nr 773/2004). Eftersom Alrosa inte var part i det här aktuella administrativa förfarande som inletts i enlighet med artikel 82 EG, utan endast part i det parallella administrativa förfarandet, som inletts i enlighet med artikel 81 EG, hade företaget inte någon rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet innan det omtvistade beslutet antogs.

183. Mot denna bakgrund kan överklagandet vinna bifall på den tredje delen av den andra grunden, vilket motiverar att den överklagade domen upphävs.

112 — Punkterna 197–203 i den överklagade domen.

113 — Punkt 197 i den överklagade domen .

C — *Slutsats i denna del*

184. Även om vissa av kommissionens invändningar saknar grund kan det sammanfattningsvis konstateras att överklagandet ska bifallas och att den överklagade domen således ska upphävas i sin helhet.

VI — Prövning av Alrosas talan vid förstainstansrätten

185. Det följer av artikel 61 första stycket i domstolens stadga att domstolen själv slutligt kan avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande.

186. Det förhåller sig också på det sättet i förevarande fall. De sak- och rättsfrågor som är avgörande för bedömningen av Alrosas talan har redan behandlats i förstainstansrätten och parterna har haft tillfälle att utbyta argument i detta avseende. Därmed är det inte nödvändigt att återförvisa målet till förstainstansrätten. Domstolen kan själv pröva Alrosas talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

A — *Huruvida det omtvistade beslutet är lagenligt i formellt hänseende (första grunden)*

187. Alrosa har genom sin första grund i förstainstansrätten gjort gällande att dess rätt att yttra sig åsidosatts.

1. Alrosas rätt att yttra sig

188. I sin svarsinlaga i första instans förefaller kommissionen ifrågasätta om Alrosa i förevarande fall över huvud taget hade rätt att yttra sig.

189. En sådan uppfattning saknar rättslig grund.

190. Alrosa var såsom nämnts [114] visserligen inte part (”berört företag”) i det aktuella förfarandet, som inletts i enlighet med artikel 82 EG. Det råder dock inga tvivel om att Alrosa hade ett berättigat intresse av utgången i målet. Detta intresse följer av den omständigheten att Alrosa är avsett som avtalspart till det dominerande företaget. Kommissionen måste inhämta yttranden från en sådan avtalspart om denna begär det innan ett beslut om åtaganden kan antas genom vilket ett upphörande av alla leveransförhållanden mellan det dominerande företaget och dess avtalspart görs bindande.

192. Det är dock även klart att Alrosa i egenskap av berörd tredje man har mindre omfattande rättigheter än ett ”berört företag” eller en part i den mening som avses i artikel 9.1 och artikel 27.1 och 27.2 i förordning nr 1/2003. Alrosa hade framför allt inte någon rätt att erhålla ett meddelande om invändningar eller en motsvarande skrivelse och inte heller rätt till tillgång till handlingar i ärendet (artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 samt artikel 10.1 och 10.2 och artikel 15.1 i förordning nr 773/2004).

2. Föremålet för Alrosas rätt att yttra sig

191. Frågan huruvida yttrande skulle inhämtas från Alrosa i egenskap av berörd tredje part i den mening som avses i artikel 27.3 andra meningen i förordning nr 1/2003 behöver inte besvaras med avseende på förevarande mål. [115] Det har i rättspraxis nämligen klargjorts att rätten att yttra sig, som är grundlagsskyddad, ska säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet i fråga. [116] Eftersom beslutet avseende åtaganden utgjorde en enskild åtgärd som skulle beröra Alrosa negativt, måste yttranden inhämtas från Alrosa. För detta talar även gemenskapslagstiftarens bedömning som kommer till uttryck i artikel 27.4 i förordning nr 1/2003.

193. Parterna är framför allt oeniga om vad Alrosas rätt att yttra sig avser.

194. Alrosa har begärt att få erhålla upplysningar om skälen till att Alrosas och De Beers gemensamma åtaganden inte godkändes och vill yttra sig i frågan.

195. De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden gjordes emellertid inte i det förfarande som inleddes enligt artikel 82 EG, utan

114 — Se ovan punkterna 174 och 175 i detta förslag till avgörande.

115 — Placeringen av punkt 3 i artikel 27 i förordning nr 1/2003 bakom punkt 1 tyder på att den endast ska tillämpas med avseende på antagande av beslut enligt artiklarna 7, 8, 23 och 24.2 i nämnda förordning.

116 — Se i detta avseende de domar som anförts i fotnot 106.

i det förfarande som inleddes parallellt enligt artikel 81 EG. Dessa åtaganden är således inte föremål för prövning i det omtvistade beslutet, de har inte heller avvisats där utan endast diskuterats av kommissionen för den konkurrensrättsliga bedömningen. Det är dock endast De Beers enskilda åtaganden som kommissionen har gjort bindande som är föremål för prövning i det omtvistade beslutet.

196. Följaktligen skulle yttrande inhämtas från Alrosa endast avseende De Beers enskilda åtaganden samt avseende kommissionens avsikt att göra dessa bindande. Även dessa enskilda åtaganden medförde den nackdelen för Alrosa, att handelsförbindelserna till De Beers med avseende på rådiamanter upphörde.

197. Detta innebär emellertid inte att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden inte har någon betydelse vid inhämtandet av ett yttrande från Alrosa före antagandet av det omtvistade beslutet.

198. För att göra det möjligt för berörda tredje parter som Alrosa att yttra sig på ett meningsfullt sätt måste kommissionen, i vart fall i stora drag, informera Alrosa om innehållet i det beslut som den är i färd med att anta. Den ska inte endast återge det huvudsakliga innehållet i de åtaganden som ska göras bindande, utan även ange de viktigaste skälen till att kommissionen godtagit dessa åtaganden.

199. Kommissionen var i förevarande fall följaktligen skyldig att upplysa Alrosa om det huvudsakliga innehållet i De Beers enskilda åtaganden, genom vilka det skulle ske en gradvis minskning av inköp av rådiamanter hos Alrosa och inköpen fullständigt skulle upphöra från år 2009. Dessutom skulle Alrosa ha upplysts om de viktigaste skälen för kommissionen att göra dessa enskilda åtaganden bindande.

200. Det är uppenbart att kommissionen därvid även var tvungen att förklara att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden som kommissionen tidigare mottagit inte räckte för att undanröja de konkurrensproblem som den fastställt. Det är nämligen endast på så sätt som Alrosa kunde ges möjlighet att på ett meningsfullt sätt yttra sig om huruvida det beslut som skulle antas var proportionerligt i förhållande till dess egna affärsintressen. Alrosa har följaktligen rätt i att det omtvistade beslutet har ett nära samband med kommissionens tidigare beslut att inte godta de gemensamma åtagandena.

201. Det ska mot denna bakgrund i det följande prövas om kommissionen vederbörligen har beaktat Alrosas rätt att yttra sig.

3. Alrosas rätt att yttra sig har inte vederbörligen beaktats

202. Alrosa har anfört att kommissionen inte har underrättat Alrosa om sin förändrade bedömning av de faktiska omständigheter som i det omtvistade beslutet låg till grund för att inte godta de gemensamma åtagandena men att godta De Beers enskilda åtaganden. Alrosa gavs inte heller tillfälle att på ett meningsfullt sätt yttra sig över kommissionens förändrade bedömning av de faktiska omständigheterna.

203. Såsom emellertid även framgår av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna [117] informerade kommissionen Alrosa och De Beers redan den 27 oktober 2005, vid ett sammanträde, om resultatet av dess marknadsundersökning. Samtidigt anmodade kommissionen de båda företagen att, mot bakgrund av resultatet av marknadsundersökningen, före november 2005 göra nya åtaganden som skulle vara avsedda att leda till ett fullständigt avbrytande av deras handelsförbindelser från år 2009.

204. På så sätt hade Alrosa underrättats om att kommissionen ansåg att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden inte längre räckte för att undanröja de konkurrensproblem som den fastställt. Alrosa hade dessutom sedan detta sammanträde kännedom om att kommissionen inte (längre) godtog att Alrosa och De Beers fortsatte handelsförbindelserna, såsom avsågs med det anmälda avtalet och med de gemensamma åtagandena, och endast var beredd att godta åtaganden som innebar ett fullständigt avbrytande av de båda företagens handelsförbindelser.

205. Om man har i åtanke att Alrosa i egenskap av part i det förfarande som inleddes med avseende på artikel 81 EG hade kännedom om marknadsförhållandena och förfarandets bakgrund, kan sådana muntliga förklaringar som kommissionen lämnat anses tillräckliga för att göra det möjligt för Alrosa att yttra sig på ett meningsfullt sätt angående, å ena sidan, sina egna affärsintressen och, å andra sidan, om huruvida ett fullständigt avbrytande av handelsförbindelserna med De Beers är proportionerligt, vilket inte är fallet enligt dess uppfattning. Alrosa hade emellertid i egenskap av berörd tredje part inte rätt till skriftlig information, särskilt inte en handling som vad gäller omfattning kan jämföras med ett meddelande om invändningar.

206. Alrosa har alltså sedan sammanträdet den 27 oktober 2005 haft tillfälle att effektivt framföra sina synpunkter avseende det

117 — Punkt 21 i den överklagade domen. Se även punkt 27 i detta förslag till avgörande.

fullständiga avbrytandet av handelsförbindelserna med De Beers.

207. Alrosa har också utnyttjat detta tillfälle. Av handlingarna i målet framgår att företaget i en skrivelse av den 6 februari 2005 klargjort sin ståndpunkt för kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor. [118] I skrivelse av den 6 februari 2006 yttrade sig Alrosa dessutom om De Beers enskilda åtaganden och om tredje parters yttranden från marknadsundersökningen. [119]

208. Alrosa kunde i egenskap av berörd tredje part inte göra anspråk på mer än ett sådant tillfälle att yttra sig.

209. Alrosas invändning att dess rätt att yttra sig har åsidosatts ska följaktligen underkännas.

210. Det ska för fullständighetens skull endast nämnas att den rätt som berörda tredje parter har att yttra sig inte innehåller någon som helst rättighet att inkomma med nya åtaganden till kommissionen innan ett beslut antas. Det är endast berörda företag i den mening som avses i artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 som effektivt kan erbjuda åtaganden. [120] Den omständigheten att Alrosa, till exempel av tidsmässiga skäl, inte hade möjlighet att ”föreslå nya gemensamma åtaganden tillsammans med De Beers”, [121] innebär därför inte att rätten att yttra sig åsidosatts. Förstainstansrätten har underlåtit att beakta detta i punkt 201 i den överklagade domen, liksom Alrosa, när den ansluter sig till förstainstansrättens uppfattning på denna punkt.

B — *Huruvida det omtvistade beslutet är lagenligt i sak (andra och tredje grunden)*

211. Det omtvistade beslutets lagenlighet i sak är föremål för två andra grunder genom vilka Alrosa i första instans gjorde gällande att artikel 82 EG, artikel 9 i förordning nr 1/2003 samt avtalsfriheten och proportionalitetsprincipen åsidosatts.

118 — Alrosa har självt lämnat denna skrivelse till förstainstansrätten som bilaga 14 till dess ansökan i förstainstansrätten.

119 — Punkt 24 i den överklagade domen. Se även punkt 30 i detta förslag till avgörande.

120 — Se nedan punkterna 214–216 i detta förslag till avgörande.

121 — Punkt 201 i den överklagade domen.

1. Frågan huruvida artikel 9 i förordning nr 1/2003 har åsidosatts (andra grunden)

212. Alrosa har genom den andra grunden som åberopades i första instans gjort gällande att artikel 9 i förordning nr 1/2003 inte utgör en tillräcklig rättslig grund för det omtvistade beslutet. I detta avseende grundar Alrosa sin bedömning på en restriktiv tolkning av denna bestämmelse. Kommissionen borde enligt Alrosas uppfattning endast ha godtagit De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden. Dessutom borde beslutet om åtaganden ha varit begränsat i tiden.

213. Varken det ena eller det andra argumentet är hållbart.

a) Rätten enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 att erbjuda åtaganden

214. Åtaganden i den mening som avses i artikel 9 i förordning nr 1/2003 kan endast erbjudas av ”berörda företag”. Såsom jag har påpekat ovan [122] är endast dessa parter i det kartellrättsliga förfarandet. I ett förfarande som inletts med avseende på artikel 82 EG, som det förevarande, kan följaktligen endast det dominerande företaget [123] betraktas som berört företag. Det är endast detta företag som med rättslig verkan kan göra åtaganden.

215. Kommissionen borde följaktligen inom ramen för det förfarande som inletts i enlighet med artikel 82 EG ha godtagit de enskilda åtaganden som De Beers, som var det dominerande företaget, erbjudit och gjort dem bindande enligt artikel 9.1 i förordning nr 1/2003. [124] Den var inte begränsad till att godta De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden. Gemensamma åtaganden kunde tvärtom över huvud taget endast göras inom ramen för det parallella förfarande som inletts enligt artikel 81 EG.

216. Det hade säkerligen varit tänkbart för kommissionen att inom ramen för det parallella förfarande som inleddes med avseende på artikel 81 EG fortsätta sina ansträngningar att tillsammans med de båda företagen De Beers och Alrosa hitta en lösning på de konkurrensproblem som identifierats. Huruvida denna lösning eller lösningen med enskilda åtaganden var att föredra inom ramen för det förfarande som inletts med avseende på artikel 82 EG är emellertid ingen rättsfråga, utan en fråga avseende lämpligheten

122 — Se ovan punkterna 174 och 175 i detta förslag till avgörande.

123 — Även flera företag tillsammans kan ha dominerande ställning (så kallad kollektiv dominerande ställning).

124 — Se, för ett liknande resonemang, även punkterna 89 och 90 i den överklagade domen.

som gemenskapsdomstolen inte har rätt att bedöma.

b) Begränsning av giltighetstiden för ett beslut om åtagande

217. När det gäller giltighetstiden av beslutet om åtagande har kommissionen enligt artikel 9.1 i förordning nr 1/2003 ingen skyldighet att begränsa denna. Till skillnad från vad som angavs i kommissionens förslag [125] till förordning nr 1/2003 föreskrivs i artikel 9.1 nämligen inte att beslutet ska fattas för en bestämd period. [126]

218. Om det inte kan förutses att ett företag som De Beers på kort eller medellång sikt kommer att förlora sin dominerande ställning på marknaden, skulle en begränsning i tiden av beslutet om åtagande inte heller vara meningsfull.

219. Även när ett beslut om åtagande inte har fattats för en bestämd period berövas de berörda företagen och tredje parter emellertid inte allt skydd. Enligt artikel 9.2 a i förordning nr 1/2003 kan nämligen en väsentlig förändring av sakförhållandena leda till att förfarandet återupptas. En sådan väsentlig förändring kan till exempel antas föreligga när marknadsförhållandena har ändrat sig med tiden och ett företag som en gång hade dominerande ställning på marknaden förlorar sitt betydande inflytande på marknaden.

220. Enlig principen om god förvaltning [127] är kommissionen tvungen att utan dröjsmål undersöka varje underbyggt påstående om en väsentlig förändring av sakförhållandena samt besluta om huruvida förfarandet ska återupptas.

c) Slutsats i denna del

221. Eftersom den restriktiva tolkningen av artikel 9 i förordning nr 1/2003 som Alrosa förespråkar således inte kan godtas, kan överklagandet inte bifallas på den andra grunden som åberopades i första instans.

125 — Förslag till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3975/87 ("Förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget"), presenterat av kommissionen den 27 september 2000 (KOM[2000] 582 slutlig, offentliggjord i EGT C 365E, 2000, s. 284). Se framför allt artikel 9.1 andra meningen i detta förslag.

126 — Se även punkt 91 i den överklagade domen.

127 — Rätten till god förvaltning har kodifierats i artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, till vilken skäl 37 i förordning nr 1/2003 hänvisar.

2. Åsidosättande av artikel 82 EG, artikel 9 i förordning nr 1/2003 och avtalsfriheten och proportionalitetsprincipen (tredje grunden)

222. Alrosa har genom den tredje grunden som åberopades i första instans gjort gällande att det ”i tiden obegränsade absoluta och potentiella förbudet för De Beers att direkt eller indirekt köpa rådiamanter av Alrosa”, som ligger till grund för det omtvistade beslutet, utgör ett åsidosättande av artikel 82 EG och artikel 9 i förordning nr 1/2003 jämförda med den grundläggande avtalsfriheten och proportionalitetsprincipen

223. Denna grund bör bedömas dels mot bakgrund av avtalsfriheten, dels ur proportionalitetssynpunkt.

a) Avtalsfrihet (första delen av den tredje grunden)

224. Alrosa har anfört att det omtvistade beslutet inte kan grunda sig på artikel 82 EG eller artikel 9 i förordning nr 1/2003, eftersom det utgör ett åsidosättande av avtalsfriheten. Kommissionen har de facto förordnat bojkott mot Alrosa.

225. Avtalsfriheten hör till gemenskapens allmänna principer. Den har sitt ursprung i den individuella handlingsfriheten. Den är också oupplösligt förbunden [128] med näringsidkares näringsfrihet, vilken skyddas av de grundläggande rättigheterna. [129] I en gemenskap i vilken principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens är tillämplig [130] är det nödvändigt att säkerställa avtalsfrihet. Det har även i domstolens rättspraxis erkänts att ekonomiska aktörer åtnjuter frihet att ingå avtal. [131]

226. När kommissionen antar beslut på konkurrensområdet ska den beakta avtalsfriheten och näringsidkares näringsfrihet. [132]

128 — Generaladvokaten Jacobs har uttryck detta på följande sätt i sitt förslag till avgörande av den 28 maj 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), punkt 56: ”[R]ätten att välja sina handelspartners och att fritt förfoga över sin egendom är allmänt erkända principer i medlemsstaternas lagstiftningar, och som i vissa fall har grundlagsstatus. Det krävs noggrann motivering för att inkräkta på dessa rättigheter.”

129 — Artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

130 — Artikel 4.1 EG och artikel 98 EG. Se i detta avseende även dom av 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF (REG 2003, s. I-8055), punkt 47.

131 — Dom av den 28 april 2009 i mål C-518/06, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-3491), punkt 66. Se dessutom dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen C-215/96 och C-216/96, Bagnasco m.fl. (REG 1999, s. I-135), punkterna 45 och 46, och av den 18 juli 2007 i mål C-277/05, Société thermale d'Eugénie-les-Bains (REG 2007, s. I-6415), punkt 21.

132 — Se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen (REG 1992, s. II-2223), punkterna 51–53, och, avseende näringsidkares näringsfrihet, förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen (REG 2000, s. II-3383), punkt 180.

227. Avtalsfriheten omfattar emellertid inte endast friheten att ingå avtal (positiv avtalsfrihet), utan även friheten att inte ingå avtal (negativ avtalsfrihet).

228. De Beers har genom sina enskilda åtaganden gentemot kommissionen använt sig av sin negativa avtalsfrihet. Företaget har även *frivilligt* avstått från att ingå avtal med Alrosa i framtiden.

229. Den omständigheten att De Beers gjort sina åtaganden under ett pågående förfarande i syfte att förhindra antagandet av ett förbudsbeslut, samt fastställandet av dess dominerande ställning på marknaden, påverkar inte den karaktär av frivillighet som präglar avståendet. Endast den omständigheten att kommissionen tillkännager ett kartellförfarande eller fullföljer förfarandet fram till det att ett förbudsbeslut antas eller eventuellt böter döms ut är ingen olaglig utan en helt laglig åtgärd, genom vilken kommissionen eftersträvar det legitima syftet att effektivt skydda konkurrensen mot snedvridningar. [133]

230. Alrosa har på så sätt visserligen förlorat den part som den önskat ingå avtal med i framtiden. Men detta hör till de risker som Alrosa och varje annan ekonomisk aktör måste bära i en öppen marknadsekonomi. Detta innebär inte ett åsidosättande av Alrosas avtalsfrihet. [134]

231. Kommissionen har inte heller åsidosatt principen om avtalsfrihet genom att göra De Beers enskilda åtaganden och därmed De Beers beslut att inte ingå avtal med Alrosa i framtiden bindande. Den har i det omtvistade beslutet endast konkretiserat gränserna för avtalsfriheten som följer av de direkt tillämpliga konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget och EES-avtalet och som gäller för alla ekonomiska aktörer. Företagens positiva avtalsfrihet upphör nämligen när ett avtal med konkurrensbegränsande syfte eller med konkurrensbegränsande effekt i den mening som avses i artikel 81 EG (artikel 53 i EES-avtalet) ingås eller när ett företag med hjälp av ett avtal missbrukar sin dominerande

133 — Se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i målet Cementbouw (ovan fotnot 23), punkt 71.

134 — Det finns i förevarande fall inte något stöd för att det föreligger en skyldighet att ingå avtal och att De Beers således även i fortsättningen skulle vara skyldigt att köpa en viss mängd rådiamanter av Alrosa. Det ska endast för fullständighetens skull nämnas att den så kallade teorin om ”essential facilities” diskuterades med parterna under förhandlingen vid domstolen, med avseende på De Beers distributionsnät. Såsom Alrosa emellertid självt anfört kan ett sådant distributionsnät inte anses vara så livsviktigt att det skulle utgöra en oumbärlig anordning (*essential facility*) som De Beers måste ge andra aktörer tillgång till. Även om det inte skulle löna sig för Alrosa att utveckla sitt eget distributionssystem har De Beers enligt domstolens rättspraxis ingen skyldighet att ingå avtal (dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), punkterna 41–46, särskilt punkt 45, avseende teorin om ”essential facilities”. Se dessutom domen i målet ”Magill”, ovan fotnot 23, punkterna 49–57, och dom av den 29 april 2004 i mål C-418/01, IMS Health (REG 2004, s. I-5039).

ställning på marknaden i den mening som avses i artikel 82 EG (artikel 54 i EES-avtalet).

232. Alrosa har gjort gällande att kommissionen genom sitt omtvistade beslut inte har ifrågasatt ett agerande som utgör missbruk utan ett handlande som uppenbarligen är lagenligt. Endast den omständigheten att en produkt köps eller säljs, även av ett företag som har dominerande ställning på marknaden, kan inte utgöra missbruk, om inte orättvisa villkor ligger till grund för transaktionen. Alrosa har till stöd för sin uppfattning hänvisat till rättspraxis, bland annat till domen i målet Langnese-Iglo mot kommissionen, [135] enligt vilken det inte får vara förbjudet att generellt ingå exklusiva avtal på obestämd tid.

233. Denna argumentation är dock otillräcklig. Alrosa bortser från att De Beers inte enbart är en köpare på marknaden för rådiamanter utan att De Beers även är den största tillverkaren i världen på samma marknad. Det leveransförhållande mellan Alrosa och De Beers som avses med det anmälda avtalet är således inte av vertikal utan av horisontell natur, det vill säga ett avtal mellan konkurrenter. Detta är en avgörande skillnad i förhållande till målet Langnese-Iglo, i vilket det var fråga om vertikala exklusiva avtal. [136]

234. Såsom nämnts ovan utgör ett beteende där ett företag regelbundet köper den största konkurrentens produktion, eller i vart fall en betydande del av denna, särskilt när köparen har en dominerande ställning på marknaden, i princip inte ett normalt konkurrensbeteende. [137] Detta har även Alrosa medgett på fråga under den muntliga förhandlingen vid förstainstansrätten.

235. I förevarande fall ska dessutom De Beers tidigare roll som *market-maker* och dess strävan att kontrollera produktionen på marknaden för diamanter beaktas. [138] När det gäller dessa omständigheter var det långt ifrån orimligt av kommissionen att anta att ett fortgående leveransförhållande mellan Alrosa och De Beers kunde leda till ett missbruk av De Beers dominerande ställning. För att avvärja detta hot mot konkurrensen kunde

135 — Alrosa har bland annat åberopat förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen (REG 1995, s. II-1533), punkterna 206 och 207, vilken fastställdes genom domstolens dom av den 1 oktober 1998 i mål C-279/95 P, Langnese-Iglo mot kommissionen (REG 1998, s. I-5609), punkt 74.

136 — Domen i målet T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen (ovan fotnot 135), punkterna 4 och 5.

137 — Se ovan, punkterna 119–122 i detta förslag till avgörande.

138 — Skälen 25, 26, 28 och 30 i det omtvistade beslutet, samt punkterna 64 och 65 i kommissionens svaromål i målet i första instans, se även punkt 83 i den överklagade domen.

kommissionen göra De Beers enskilda åtaganden, vilka innebar ett fullständigt upphörande av detta leveransförhållande, bindande.

236. Alrosa beklagar också att det hindras tillträde till den största köparen på marknaden. Alrosa anser att kommissionen åtminstone borde ha tillåtit försäljningar ad hoc till De Beers, till exempel via auktion till högstbjudande. Jag har redan ovan anfört att inget av dessa argument är hållbart. [139]

237. Alrosa befarar dessutom att det utan De Beers som köpare inte är säkert att Alrosa kan sälja sina rådiamanter till ekonomiskt intressanta priser. De återstående köparnas förhandlingsposition kommer att stiga och endast lägre priser kommer att uppnås vilket leder till en snedvridning av konkurrensen till nackdel för Alrosa.

238. Varje ekonomisk aktör måste i en öppen marknadsekonomi emellertid själv bära avsättningsrisken med avseende på sina egna varor. Om man skulle låta ett leveransförhållande som är betänkligt med avseende på artikel 82 EG fortbestå för ett visst företags skull, skulle detta i slutändan skydda aktörerna mot konkurrens och gynna de medverkande företagens intressen till nackdel för det allmänna intresset av att ha en fungerande konkurrens (artikel 3.1 g EG). Syftet med den europeiska konkurrensrätten måste emellertid vara att skydda konkurrensen och inte aktörerna, eftersom därigenom även konsumenterna och allmänheten gynnas indirekt. [140]

239. Den omständigheten att Alrosa numera till skillnad från vad som gällde tidigare måste föra mer intensiva prisförhandlingar med de återstående köparna på marknaden för rådiamanter är inte ett uttryck för mindre utan, tvärtom, för större konkurrens. Såsom kommissionen dessutom har anfört, och vilket inte har bestritts, kännetecknas marknaden av ett stort antal förhållandevis små köpare, vars förhandlingsposition inte får överskattas.

240. Alrosa har slutligen anfört att det omtvistade beslutet kommer att skada konkurrensen, eftersom det finns en stor risk för att produktionen minskar när Alrosa inte längre finner köpare till sina rådiamanter. Såsom kommissionen emellertid med rätta har genmält är ett sådant scenario osannolikt om man utgår från att efterfrågan på diamanter är oförändrad på marknaderna i efterföljande led. Alrosa har själv inte anfört någon omständighet till stöd för att det skett en minskning av efterfrågan på dessa marknader i efterföljande led.

139 — Se punkterna 119–123 och 128–130 i detta förslag till avgörande.

140 — Se i detta avseende punkt 71 i mitt förslag till avgörande av den 19 februari 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl. (REG 2009, s. I-4529).

241. Det kan följaktligen konstateras att det omtvistade beslutet inte utgör ett åsidosättande av avtalsfriheten. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den första delen av den tredje grund som åberopades i första instans.

245. Jag vill först påminna om att en prövning av huruvida åtaganden är lämpade och nödvändiga med avseende på ett beslut enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003 kräver att kommissionen gör komplexa ekonomiska bedömningar. Kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende. [141]

b) Proportionaliteten (den andra delen av den tredje grunden)

246. Kommissionen var inom ramen för detta utrymme för skönsmässig bedömning i förevarande fall skyldig att avgöra dels om det anmälda avtalet gav upphov till betänkligheter i konkurrenshänseende, dels om De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden kunde beaktas som en mildare åtgärd i förhållande till De Beers enskilda åtaganden.

242. Alrosa har anfört att det omtvistade beslutet inte kan grunda sig på artikel 82 EG eller artikel 9 i förordning nr 1/2003, eftersom det utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

243. Alrosa har i huvudsak gjort gällande att ett absolut förbud för De Beers att köpa rådiamanter från Alrosa inte är nödvändigt av två skäl. För det första reserverade De Beers anmälda avtal inte mer än 50 procent av Alrosas produktion av diamanter och för det andra har kommissionen erbjudit en mindre restriktiv alternativ lösning till ett totalt försäljningsförbud i form av De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden.

247. Gemenskapslagstiftaren har, såsom jag har påpekat ovan, [142] rätt att kontrollera om kommissionens beslut är materiellt lagenligt och uppgifterna om de faktiska omständigheterna är riktiga och att det inte skett en uppenbart oriktig bedömning. Den ska inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits.

244. Dessa argument kan inte motivera att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.

141 — Se ovan punkterna 70–75 i detta förslag till avgörande.
142 — Se ovan punk 77 i detta förslag till avgörande.

248. Den enda fråga i förevarande fall som det råder oenighet om är frågan huruvida de faktiska omständigheter som kommissionen fastställts kan ligga till grund för de slutsatser som den dragit. Det rör sig, å ena sidan, om slutsatsen att det anmälda avtalet gav upphov till betänkligheter i konkurrenshänseende med avseende på artikel 82 EG, och, å andra sidan, om slutsatsen att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden inte är något lämpligt alternativ till de enskilda åtaganden som gjorts bindande.

i) Huruvida det föreligger ett konkurrensproblem

249. Vad gäller frågan om huruvida det föreligger ett konkurrensproblem har Alrosa endast kortfattat anfört att exklusiva leveransförhållanden med företag som har en dominerande ställning på marknaden av jämförbar storleksordning som det anmälda avtalet (cirka 50 procent av Alrosas totala produktion) inte ansetts ge upphov till betänkligheter i konkurrenshänseende.

250. Huruvida Alrosas påstående, som inte har kunnat styrkas, är korrekt behöver inte prövas i förevarande fall. Förevarande fall kännetecknas i vart fall av en rad särskilda omständigheter.

251. För det första utgör cirka 50 procent av Alrosas årsproduktion av diamanter som skulle vara föremål för det anmälda avtalet med De Beers hela den produktion som var avsedd för export.[143] För det andra var De Beers inte en godtycklig köpare av Alrosas varor utan den största tillverkaren i världen av rådiamanter, det vill säga Alrosas konkurrent som enligt kommissionens preliminära bedömning dessutom hade en dominerande ställning på marknaden.[144] För det tredje fanns enligt vad kommissionen fastställt indicier som visade att det anmälda avtalet skulle göra det möjligt för De Beers att i egenskap av *market-maker* kontrollera produktionen på marknaden för diamanter.[145]

252. Kommissionen kan under sådana omständigheter inte kritiseras för att ha dragit slutsatsen att det anmälda avtalet gav upphov till betänkligheter i konkurrenshänseende med avseende på förenligheten med artikel 82 EG. Kommissionen hade rimligt fog för att anse att detta avtal skulle leda till ett missbruk av De Beers dominerande ställning på marknaden.

143 — Punkt 13 i den överklagade domen.

144 — Punkterna 9 och 14 i den överklagade domen, skälen 23–27 i det omtvistade beslutet.

145 — Skälen 28 och 30 i det omtvistade beslutet.

ii) Frågan huruvida De Beers enskilda åtaganden är lämpliga och nödvändiga

253. Vad gäller frågan huruvida De Beers enskilda åtaganden, som gjorts bindande och som innebar ett fullständigt upphörande av De Beers kommersiella förbindelser med Alrosa, är lämpliga och nödvändiga kan följande anföras.

254. Det stämmer att De Beers och Alrosa hade föreslagit kommissionen gemensamma åtaganden som påstods vara en mildare åtgärd. Kommissionen var alltså skyldig att undersöka om dessa gemensamma åtaganden också, såsom De Beers enskilda åtaganden som gick betydligt längre, var ägnade att undanröja de konkurrensproblem som fastställts. Kommissionen har vid den ifrågavarande prövningen grundat sig på en marknadsundersökning och dokumenterat dess resultat i det omtvistade beslutet, om än på ett kortfattat sätt. [146]

255. Alrosa har under det administrativa förfarandet visserligen kritiserat de resultat som kommissionen fastställt i marknadsundersökningen, [147] men har inte ifrågasatt dessa i sin talan vid förstainstansrätten. Alrosa har vid gemenskapsdomstolen för första gången i målet om överklagande anfört att de yttranden som inkommit från 21 berörda tredje parter inte är upplysande. [148] Ett sådant tillvägagångssätt kan inte godtas, eftersom det inte är tillåtet att utvidga föremålet för talan i ett överklagande utöver föremålet för förfarandet i förstainstansrätten genom att anföra nya grunder (artikel 42.2 jämförd med artikel 118 i domstolens rättegångsregler). [149] Jag kommer därför i det följande att grunda mig på kommissionens konstateranden avseende resultatet av marknadsundersökningen, vilka Alrosa inte i rätt tid har bestritt vid förstainstansrätten.

256. I de yttranden som berörda tredje parter inkommit med inom ramen för marknadsundersökningen uttrycktes bland annat oron över att De Beers skulle kunna hindra Alrosa från att bli en oberoende konkurrent om de långvariga handelsförbindelserna upprätthölls. [150] Den stora merparten av de berörda tredje parterna ansåg dessutom att det inte borde finnas några handelsförbindelser mellan De Beers och Alrosa. [151]

146 — Skälen 41 och 42 i det omtvistade beslutet.

147 — Se skäl 41 i det omtvistade beslutet.

148 — Punkterna 67 och 77 i svarsskrivelsen och punkt 17 i Alrosas duplik. Alrosa har framför allt gjort gällande att de flesta av de yttranden som inkommit från berörda tredje parter grundar sig på ett enhetligt mönstersvar och inte ger upphov till relevanta konkurrensproblem för förevarande förfarande.

149 — Dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 59, domen i målet Storck mot HABM (ovan fotnot 36), punkt 45, domen i målet PKK och KNK mot rådet (ovan fotnot 59), punkt 61, och domen i målet France Télécom mot kommissionen (ovan fotnot 64), punkt 60.

150 — Skäl 41 andra strecksatsen i det omtvistade beslutet.

151 — Skäl 41 tredje strecksatsen i det omtvistade beslutet.

257. Under dessa omständigheter kan kommissionens slutsats, enligt vilken De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden, vilka innebar att försäljning mellan Alrosa och De Beers kunde ske i begränsad omfattning även i fortsättningen, inte var ägnade att undanröja de konkurrensproblem som kommissionen fastställt, inte kritiseras. Det var i vart fall inte orimligt att anta att De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden inte på samma sätt som De Beers enskilda åtaganden var ägnade att undanröja konkurrensproblemen med avseende på artikel 82 EG.

258. Till skillnad från domen i målet Automec, [152] till vilken Alrosa har hänvisat vid flera tillfällen fanns det i förevarande fall inte flera likvärdiga lösningar för det konkurrensproblem som kommissionen fastställt. Den rättspraxis som utvecklats genom domen i målet Automec mot kommissionen kan följaktligen inte användas i förevarande mål.

259. Sammanfattningsvis kan det således konstateras att kännedom om De Beers och Alrosas gemensamma åtaganden inte heller kunde hindra kommissionen från att göra De Beers enskilda åtaganden som gick längre bindande.

iii) Proportionaliteten i dess mer begränsade betydelse

260. Alrosa har även gjort gällande att ett förbud mot all försäljning till De Beers har en orimlig inverkan på dess intressen. Alrosas frihet att ingå avtal med dess viktigaste kunder upphävs fullständigt och på potentiellt obestämd tid.

261. Detta argument sammanfaller med den första delen i den andra grunden som avser avtalsfrihet. Det kan därför inte godtas av de skäl som anges i det sammanhanget. [153]

iv) Alrosas påstådda diskriminering

262. Alrosa har slutligen anfört att det omtvistade beslutet är godtyckligt och diskriminerar företaget i förhållande till andra leverantörer som fick fortsätta att sälja rådiamanter till De Beers, utan att behöva konkurrera med Alrosa.

152 — Domen i målet Automec mot kommissionen (ovan fotnot 132), särskilt punkt 52.

153 — Se ovan punkterna 224–241 i detta förslag till avgörande.

263. Alrosa har inte visat om andra tillverkare över huvud taget säljer rådiamanter till De Beers i någon nämnvärd omfattning. Detta hade emellertid varit nödvändigt, eftersom försäljningar mellan konkurrenter inte utan vidare kan anses vara normalt marknadsmässigt agerande. [154]

264. Även om man antar att sådan försäljning äger rum innebär inte det omtvistade beslutet att Alrosa diskrimineras i förhållande till andra tillverkare.

265. Enligt fast rättspraxis förutsätter nämligen principen om likabehandling eller principen om icke-diskriminering att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [155]

266. I förevarande fall befinner sig Alrosa och övriga tillverkare av rådiamanter som är verksamma på världsmarknaden för rådiamanter inte nödvändigtvis i samma situation. Alrosa innehar enligt förstainstansrättens konstateranden [156] en andraplacering på världsmarknaden för tillverkning av diamanter och vill ingå ett långvarigt leveransavtal med De Beers som är störst på marknaden. Ett leveransavtal mellan De Beers och Alrosa kan redan på grund av de båda företagens framträdande ställning på marknaden bedömas annorlunda än ett eventuellt leveransavtal mellan De Beers och en annan betydligt mindre tillverkare av rådiamanter.

267. Genom det anmälda avtalet ska dessutom ett exklusivt leveransförhållande som föreligger mellan Alrosa och De Beers sedan flera årtionden upprätthållas. Detta leveransförhållande användes av De Beers för att säkerställa dess roll som *market-maker* och kontrollera tillverkningen på världsmarknaden. [157] Denna historiska bakgrund skiljer också Alrosas situation från den situation som andra tillverkare på marknaden befinner sig i.

268. Den allmänna principen om likabehandling och principen om icke-diskriminering har följaktligen inte åsidosatts. Det omtvistade beslutet var, i motsats till vad Alrosa har gjort gällande, inte heller godtyckligt utan grundade sig på sakliga överväganden. Till

154 — Se ovan punkterna 119–122 och 234 i detta förslag till avgörande.

155 — Dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA och ELFAA (REG 2006, s. I-403), punkt 95, av den 3 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633), punkt 56, och av den 7 juli 2009 i mål C-558/07, S.P.C.M. m.fl., punkt 74.

156 — Punkterna 8 och 9 i den överklagade domen. Se även punkterna 14 och 15 i detta förslag till avgörande.

157 — Skälen 25, 26, 28 och 30 i det omtvistade beslutet, samt punkterna 64 och 65 i kommissionens svaromål i förstainstansrätten. Se även punkt 83 i den överklagade domen.

grund för dessa överväganden låg framför allt resultaten av en marknadsundersökning som kommissionen genomfört.

269. Jag vill endast för fullständighetens skull påpeka att det omtvistade beslutet inte får uppfattas som att De Beers har getts fria händer att köpa rådiamanter av andra tillverkare än Alrosa. Tvärtom ska även leveransförhållanden mellan De Beers och andra tillverkare självständigt bedömas mot bakgrund av artiklarna 81 EG och 82 EG samt artiklarna 53 och 54 i EES-avtalet, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet

v) Slutsats i denna del

270. Överklagandet kan således inte vinna bifall på den andra delen av den tredje grund som åberopades i förstainstansrätten.

C — *Slutsats i denna del*

271. Då talan inte kan vinna bifall på någon av de grunder som Alrosa anförde i förstainstansrätten, ska dess talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet ogillas.

VII — Rättegångskostnader

272. Enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna ska domstolen, när ett överklagande är välgrundat och den själv avgör tvisten i sak, besluta om rättegångskostnaderna.

273. Enligt artikel 69.2 jämförd med artikel 118 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Alrosa ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Alrosa har tappat målet i båda instanserna, ska företaget förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

VIII — Förslag till avgörande

274. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen

1) upphäver den dom som förstainstansrätten meddelade den 11 juli 2007 i mål T-170/06, Alrosa mot kommissionen,

2) ogillar Alrosas talan vid förstainstansrätten om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2006/520/EG av den 22 februari 2006 , och

3) förpliktar Alrosa att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.