RETTENS DOM (Fjerde Udvidede Afdeling)

11. juli 2007 *

I sag T-170/06,

Alrosa Company Ltd, Mirny (Rusland), ved avocats R. Subiotto, S. Mobley og K. Jones,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved F. Castillo de la Torre, A. Whelan og R. Sauer, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2006/520/EF af 22. februar 2006 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/B-2/38.381 — De Beers) (EUT L 205, s. 24), hvorved de af De Beers meddelte tilsagn om at bringe sine køb af rådiamanter hos Alrosa til ophør fra 2009, efter afslutningen af en fase med gradvis nedsættelse af de indkøbte mængder fra 2006 til 2008, blev gjort bindende, og proceduren i henhold til artikel 9 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1) blev afsluttet,

* Processprog: engelsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Fjerde Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, H. Legal, og dommerne I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas, E. Moavero Milanesi og N. Wahl,

justitssekretær: K. Pocheć, fuldmægtig

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. april 2007,

afsagt følgende

Dom

Den retlige og faktiske baggrund for tvisten

1. *Retsforskrifter*

Forordning nr. 1/2003

1 Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1) gælder fra den 1. maj 2004.

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

»Hvis Kommissionen på grundlag af en klage eller på eget initiativ konstaterer, at traktatens artikel 81 eller 82 er overtrådt, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. I denne forbindelse kan den pålægge dem enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, der står i passende forhold til overtrædelsen, og som er nødvendig for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør. Strukturelle foranstaltninger kan kun pålægges, såfremt der ikke forefindes ligeså effektive adfærdsregulerende foranstaltninger, eller såfremt en ligeså effektiv adfærdsregulerende foranstaltning ville være mere byrdefuld for den pågældende virksomhed end en strukturel foranstaltning. Når Kommissionen har en berettiget interesse deri, kan den endvidere fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til ophør.«

3 Artikel 9 i forordning nr. 1/2003 bestemmer:

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

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

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

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

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

4 Artikel 27 i forordning nr. 1/2003 bestemmer følgende:

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

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

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

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

Forordning nr. 773/2004

5 Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82 (EUT L 123, s. 18) blev vedtaget i henhold til artikel 33 i forordning nr. 1/2003. Den trådte i kraft den 1. maj 2004.

6 Artikel 10 i forordning nr. 773/2004 bestemmer bl.a.:

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

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

[…]«

7 Følgende bestemmes i artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 773/2004:

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

2. *Sagens baggrund*

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

9 De Beers SA er et selskab hjemmehørende i Luxembourg (Luxembourg). De Beers-koncernen, hvori det er det største holdingselskab, virker ligeledes på verdensmarkedet for produktion og levering af rådiamanter, hvor det er den største aktør. Selskabet arbejder hovedsageligt i Sydafrika, Botswana, Namibia og Tanzania samt i Det Forenede Kongerige. Her driver selskabet efterforsknings-, brydnings-, vurderings-, leverings-, forretnings- og forarbejdningsvirksomhed samt juvelerforretning, hvorved det dækker hele diamantsektoren.

10 Alrosa og De Beers informerede den 5. marts 2002 Kommissionen om en aftale indgået den 17. december 2001 mellem Alrosa og to datterselskaber til De Beers-koncernen, City and West East Ltd og De Beers Centenary AG (herefter »den anmeldte aftale«), med henblik på at få udstedt en negativattest eller en fritagelse i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81).

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

12 Aftalen blev indgået for en periode på fem år, ifølge aftalens artikel 12, at regne fra den dag, hvor Kommissionen over for de kontraherende parter bekræftede, at den »ikke var i strid med artikel 81, stk. 1, EF eller kunne opnå en fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, og ikke i øvrigt var i strid med artikel 82 EF«, hvilket fremgår af aftalens artikel 12.

13 Alrosa forpligtede sig til i denne periode at sælge naturlige rådiamanter fremstillet i Rusland til De Beers for ca. 800 mio. USD årligt, mens De Beers forpligtede sig til at købe disse, hvilket fremgår af den anmeldte aftales artikel 2.1.1. Alrosa kunne imidlertid for fjerde og femte år af gennemførelsen af den anmeldte aftale gives tilladelse til at nedsætte denne salgsværdi til 700 mio. USD, hvilket fremgår af den anmeldte aftales artikel 2.1.2. Værdien 800 mio. USD, som blev fastsat ud fra de ved indgåelsen af den anmeldte aftale gældende priser, svarede til omkring halvdelen af Alrosas årlige produktion og hele selskabets produktion, der blev eksporteret til andre lande end Fællesskabet af Uafhængige Stater (SNG).

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

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

16 Den 1. juli 2003 rettede Kommissionen en supplerende klagepunktsmeddelelse til sagsøgeren og De Beers, hvori den anførte, at den anmeldte aftale ligeledes kunne udgøre en konkurrencebegrænsende aftale i strid med artikel 53, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), og at den ikke kunne fritages i henhold til EØS-aftalens artikel 53, stk. 3. Kommissionen rettede samme dag en særskilt supplerende klagepunktsmeddelelse til De Beers, hvori den anførte, at den anmeldte aftale ligeledes kunne udgøre misbrug af dominerende stilling i strid med EØS-aftalens artikel 54.

17 Den 7. juli 2003 afgav sagsøgeren og De Beers mundtlige indlæg for Kommissionen.

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

19 Den 14. december 2004 meddelte sagsøgeren og De Beers i fællesskab tilsagn (herefter »fælles tilsagn«) for at imødegå de af Kommissionen udtrykte betænkeligheder. Disse fælles tilsagn fastsatte en gradvis nedsættelse af Alrosas salg af rådiamanter til De Beers, hvoraf værdien skulle nedbringes fra 700 mio. USD i 2005 til 275 mio. USD i 2010, hvorefter salget maksimalt skulle være på dette niveau.

20 Den 3. juni 2005 blev en »[m]eddelelse […] i sag COMP/E-2/38.381 — De Beers/ALROSA« offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT C 136, s. 32, herefter »den korte meddelelse«). Kommissionen angav heri, at den havde modtaget de af Alrosa og De Beers afgivne tilsagn i forbindelse med sin undersøgelse af aftalen i forhold til artikel 81 EF og 82 EF samt EØS-aftalens artikel 53 og 54 (punkt 1), den gav et resumé af sagen (punkt 3-10), og den beskrev de foreslåede tilsagn (punkt 11-15). Den opfordrede heri endvidere tredjemand til at fremsætte bemærkninger inden for en måned (punkt 2 og 17), og den oplyste om sin hensigt til, under forbehold af resultatet af denne markedstest, at vedtage en beslutning, hvorved de fælles tilsagn ville blive gjort bindende (punkt 2 og 16).

21 Efter denne offentliggørelse fremlagde 21 tredjemænd deres bemærkninger for Kommissionen, som oplyste Alrosa og De Beers herom den 27. oktober 2005. Ved dette møde opfordrede Kommissionen ligeledes parterne til inden udgangen af november 2005 at fremlægge nye fælles tilsagn, der skulle tilsigte et fuldstændigt ophør af deres forretningsforbindelser fra 2009.

22 Den 25. januar 2006 afgav De Beers uafhængigt sine tilsagn (herefter de »individuelle tilsagn fra De Beers«) for at imødegå de betænkeligheder, som Kommissionen havde givet udtryk for i betragtning af resultatet af markedstesten. Disse individuelle tilsagn fra De Beers fastsatte en gradvis nedsættelse af Alrosas salg af rådiamanter til De Beers, hvoraf værdien skulle nedbringes fra 600 mio. USD i 2006 til 400 mio. USD i 2008 og salget ophøre.

23 Kommissionen tilsendte den 26. januar 2006 sagsøgeren et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers og opfordrede Alrosa til at fremsætte sine bemærkninger hertil. Kommissionen tilsendte ligeledes Alrosa en kopi af de ikke fortrolige udgaver af tredjemands bemærkninger.

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

25 Den 22. februar 2006 vedtog Kommissionen beslutning 2006/520/EF om en procedure efter artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/B-2/38.381 — De Beers) (EUT L 205, s. 24, herefter »beslutningen«).

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

Retsforhandlingerne og parternes påstande

27 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 29. juni 2006 har Alrosa anlagt nærværende sag.

28 Ved særskilt processkrift indleveret til Justitskontoret samme dag har sagsøgeren anmodet Retten om, at der træffes afgørelse efter en hasteprocedure i henhold til procesreglementets artikel 76a, stk. 1.

29 Den 16. august 2006 har Kommissionen indleveret sit svarskrift.

30 Ved afgørelse af 14. september 2006 har Retten (Fjerde Afdeling) imødekommet sagsøgerens begæring om hastebehandling efter at have hørt Kommissionen samt i betragtning af sagens særligt hastende karakter og dens omstændigheder.

31 Retten (Fjerde Afdeling) har ved skrivelse af 28. september 2006 i henhold til procesreglementets artikel 49 og 64 anmodet Kommissionen om at fremlægge klagepunktsmeddelelserne af 14. januar og 1. juli 2003 til De Beers vedrørende artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54. Kommissionen har efterkommet denne foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse inden for den tildelte frist.

32 Retten har, efter at have hørt parterne, ved afgørelse af 9. oktober 2006 henvist sagen til behandling i Fjerde Udvidede Afdeling i henhold til procesreglementets artikel 14, stk. 1, og artikel 51, stk. 1.

33 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål under retsmødet den 19. april 2007.

34 Alrosa har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

35 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Alrosa tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

1. *Formaliteten*

36 Kommissionen har — idet den har bemærket, at artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54 kun kan omfatte virksomheder, der befinder sig i en dominerende stilling, at dette ikke er tilfældet med Alrosa, og at Alrosa således hverken kan være deltagende part i den procedure, der førte til beslutningens vedtagelse, eller modtager af denne — ikke anfægtet, at sagen, for så vidt som den er støttet på, at sagsøgeren er individuelt og umiddelbart berørt af beslutningen, kan antages til realitetsbehandling.

37 Da spørgsmålet om sagens formalitet imidlertid er en ufravigelig procesforudsætning, skal Retten i henhold til procesreglementets artikel 113 af egen drift efterprøve, om sagen bør afvises (Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 23).

38 Eftersom sagsøgeren ikke er adressat for beslutningen, skal det i den forbindelse afklares, om selskabet i henhold til artikel 230, stk. 4, EF er umiddelbart og individuelt berørt af denne beslutning.

39 De individuelle tilsagn fra De Beers om at begrænse sine indkøb fra Alrosa til en vis værdi af rådiamanter fra 2006-2008 og om fra 2009 ikke direkte eller indirekte at købe rådiamanter fra Alrosa er blevet bindende ved beslutningen i denne sag i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003. Beslutningen har, idet De Beers' mulighed for at købe rådiamanter fra Alrosa herved begrænses, direkte og øjeblikkelig indvirkning på sagsøgerens retsstilling situation. Sagsøgeren er således umiddelbart berørt af beslutningen.

40 Sagsøgeren er ligeledes individuelt berørt af beslutningen, idet denne er vedtaget ved afslutningen af en procedure, hvori Alrosa på afgørende vis deltog, hvori Alrosa er udtrykkeligt nævnt, samt idet der ved beslutningen sigtes til at afslutte Alrosas langvarige forretningsforhold med De Beers, og beslutningen kan påvirke Alrosas konkurrencestilling væsentligt på markedet for levering og forarbejdning af rådiamanter (jf. i denne retning Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375, præmis 54-56).

41 Sagsøgerens søgsmål vedrørende beslutningens lovlighed kan således i henhold til artikel 230, stk. 4, EF antages til realitetsbehandling.

2. *Realiteten*

42 Sagsøgeren har i sin argumentation til støtte for sit søgsmål fremsat tre anbringender. For det første er der sket en tilsidesættelse af høringsretten. For det andet er ordlyden af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 om forbud mod, at en berørt virksomhed

pålægges forpligtelser, der endvidere er tidsubegrænsede, og som virksomheden ikke frivilligt har underskrevet, ved beslutningen blevet fortolket urigtigt. For det tredje og sidste går de tilsagn, der er blevet gjort bindende, ud over, hvad der er nødvendigt, hvilket er i strid med artikel 9 i forordning nr. 1/2003, artikel 82 EF samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet.

43 Under disse omstændigheder er der grundlag for først samlet at gennemgå det andet og tredje anbringende.

Anbringenderne vedrørende en tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, artikel 82 EF samt princippet om aftalefrihed og proportionalitetsprincippet

Parternes argumenter

44 For det første har sagsøgeren gjort gældende, at beslutningen udgør en tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, for så vidt som tilsagn, som blot en af de to berørte virksomheder, nemlig de individuelle tilsagn fra De Beers, blev gjort bindende, og for så vidt som de blev gjort tidsubegrænsede.

45 Kommissionen og den eller de virksomheder, der er omfattet af en procedure vedrørende anvendelsen af konkurrencereglerne, har i henhold til artikel 9, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003 mulighed for at nå til en løsning, der er fordelagtig for begge parter, af deres uoverensstemmelse. Efter denne tankegang kan Kommissionen, såfremt flere virksomheder er berørte og sammen giver tilsagn til denne, kun acceptere sådanne tilsagn og gøre disse bindende, og ikke tilsagn, der er fremsat

individuelt af en af virksomhederne. I denne sag må sagsøgeren anses for at være en berørt virksomhed. Kommissionen kunne derfor ikke gøre de individuelle tilsagn fra De Beers bindende.

46 Endvidere må forordningens artikel 9, stk. 1, andet punktum, forstås således, at Kommissionen, når den beslutter at gøre de foreslåede tilsagn bindende, kun kan vedtage beslutninger for en bestemt periode. Beslutningen er imidlertid vedtaget for en tidsubegrænset periode.

47 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at enhver levering af rådiamanter fra sagsøgeren til De Beers i henhold til beslutningen er blevet fuldstændigt umuliggjort og muligvis for bestandig. Beslutningen er herved i strid med artikel 9 i forordning nr. 1/2003, artikel 82 EF og aftalefriheden.

48 Sagsøgeren har i denne forbindelse for det første gjort gældende, at beslutningen i det væsentlige er behæftet med urigtig retsanvendelse, idet den svarer til et forbud mod en lovlig adfærd og oven i købet for en tidsubegrænset periode.

49 Princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence, som er fastsat i artikel 4, stk. 1, EF og princippet om aftalefrihed, som er fastsat i medlemsstaternes nationale ret og tidligere er anerkendt af fællesskabsretten (Rettens dom af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3383, præmis 180; jf. ligeledes i denne retning generaladvokat Rozès' forslag til afgørelse i Domstolens dom af 11.10.1983, sag 210/81, Schmidt mod Kommissionen, Sml. s. 3045, på s. 3072, og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Domstolens dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, på s. 7794, punkt 56), har nemlig grundlæggende betydning i Fællesskabets retsorden.

50 Følgelig bør der ved anvendelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler tages hensyn til disse principper. Navnlig kan artikel 82 EF, som omfatter særlige former for misbrug, ikke fortolkes således, at selve indgåelsen af en salgs- eller købsaftale er forbudt, blot fordi en af parterne indtager en dominerende stilling.

51 I denne sag er Alrosa og De Beers ved beslutningen frataget enhver frihed til at indgå en aftale, herunder ad hoc-aftaler, hvilket udelukkende skyldes, at De Beers indtager en dominerende stilling på markeder under markedet for levering af rådiamanter. Beslutningen ville lovliggøre De Beers' boykot af Alrosa fra 2009. Denne særlige situation er så meget desto mere bemærkelsesværdig, eftersom den anmeldte aftale i sin oprindelige udformning kun omfattede 50% af Alrosas årlige produktion af rådiamanter og 10% af den årlige produktion på verdensplan, mens den ved fremsættelsen af de fælles tilsagn omfattede 18% af Alrosas årlige produktion og 3,6% af produktionen på verdensplan.

52 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at beslutningen i det væsentlige er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som de betænkeligheder, der blev udtrykt vedrørende den anmeldte aftale, på ingen måde berettigede til at ophæve selskabets aftalefrihed.

53 Den hovedbetænkelighed, som Kommissionen har givet udtryk for i sin foreløbige vurdering af den anmeldte aftale i forhold til artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54, består nemlig i, at det af aftalen følgende tilsagn om eneleverancer forstærker De Beers' markedsposition ved at udelukke Alrosa fra at levere rådiamanter og ved dermed at hindre andre købere adgangen til den betydelige forsyningskilde, Alrosa udgjorde.

54 Det er i et sådant tilfælde i henhold til retspraksis (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 89, og Rettens dom af 23.10.2003, T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II,

s. 4653, præmis 80, 81 og 160) nødvendigt at foretage en vurdering af den afskærmende virkning af De Beers' adfærd. Dette krav er blevet endnu mere bydende, eftersom myndighederne og domstolene indtil dette tidspunkt aldrig havde skullet tage stilling til lovligheden af en eksklusiv leveringsforpligtelse, som omfattede en køber, der i henhold til artikel 82 EF befandt sig i en dominerende stilling.

55 I denne sag var det passende dels at foretage tilstrækkelige ændringer af den anmeldte aftale til, at den fastslåede afskærmende virkning nedsættes, og det var ubegrundet at ophæve enhver mulighed for Alrosa til at indgå en aftale med De Beers.

56 Endelig har sagsøgeren fundet, at beslutningen i sig selv har konkurrencebegrænsende virkning. På den ene side hindres Alrosa adgang til markedets største aftager, hvorved selskabet risikerer at måtte begrænse sin produktion, medmindre det er sikker på at finde andre aftagere til tilsvarende salgspriser. På den anden side hindres De Beers adgang til Alrosas produktion, hvorved andre købere kan opnå en mere betydelig markedsmagt i deres forhandlinger med Alrosa og pålægge kunstige priser.

57 Beslutningen er ligeledes i strid med artikel 9 i forordning nr. 1/2003, artikel 82 EF og proportionalitetsprincippet.

58 Sagsøgeren har i denne henseende først bemærket, at proportionalitetsprincippet, som er fastsat i artikel 5, stk. 3, EF, hvorved bestemmes, at Fællesskabet kun handler i det omfang, der er nødvendigt for at nå traktatens mål, efter Domstolens praksis medfører, at lovligheden af foranstaltninger, hvorved de erhvervsdrivende forbydes at udøve en økonomisk virksomhed, er betinget af, at foranstaltningerne er egnede til og nødvendige for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser; såfremt der er mulighed for at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst indgribende foranstaltning vælges, og byrderne må ikke være

uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (Domstolens dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 13, og af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 3).

59 Sagsøgeren har endvidere fundet, at dette princip gælder for de beslutninger, hvorved Kommissionen anvendte artikel 9 i forordning nr. 1/2003. De beføjelser, som Kommissionen er tildelt i henhold til forordning nr. 1/2003, skal nemlig henføres under de forpligtelser, der påhviler den, til at overvåge anvendelsen af de i artikel 81 EF og 82 EF fastsatte principper. Kommissionens anvendelse heraf må således for at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes på det indre marked, ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt.

60 Det er i denne henseende uden betydning, at de tilsagn, som Kommissionen har gjort bindende, oprindeligt er fremsat af de berørte virksomheder, og at disses tilsagn eventuelt går ud over, hvad der er nødvendigt i henhold til artikel 81 EF og 82 EF. De pågældende virksomheder tilbød reelt kun tilsagnene for at imødekomme de betænkeligheder, som Kommissionen havde oplyst dem om. Det var dermed fortsat nødvendigt, at tilsagnene, som Kommissionen endeligt havde gjort bindende, imødekom de betænkeligheder, som Kommissionen havde udtrykt i sin foreløbige vurdering, uden at de i øvrigt gik ud over, hvad der var passende og nødvendigt, og var mindst muligt indgribende for at sikre, at de fællesskabsretlige konkurrenceregler blev overholdt. Overholdelsen af disse regler er i hvert fald ufravigelig, såfremt det kan påvirke en person, der er berørt af sagen, negativt, at disse tilsagn gøres bindende.

61 Endelig har sagsøgeren fundet, at proportionalitetsprincippet i denne sag blev fortolket urigtigt ved beslutningen.

62 For det første er beslutningen ikke nødvendig for at opfylde det af artikel 82 EF følgende formål med forbud mod misbrug af dominerende stilling. De fælles tilsagn gav nemlig Kommissionen mulighed for at nedsætte den del af Alrosas årlige produktion, der blev leveret til De Beers, til 50% i 2005, til 18% i 2010 og fremefter som følge af de på tidspunktet for aftaleindgåelsen gældende priser og efterfølgende reelt til en endnu mindre mængde under hensyn til dels den forventede forøgelse af Alrosas produktion, dels den forventede prisstigning på rådiamanter. En mængde på 50% ville Kommissionen almindeligvis have fundet tilstrækkelig i sin tidligere beslutningspraksis vedrørende en leverandør i en dominerende stilling, og en mængde noget lavere end dette tal ville have været tilstrækkelig i denne sag.

63 For det andet har beslutningen skabt ulemper, der ikke står mål med denne bestemmelses formål med at opretholde en ikke-fordrejet konkurrence som omhandlet i artikel 82 EF. Beslutningen ophævede nemlig fuldstændigt den mulighed, som Alrosa tidligere havde haft for at indgå aftaler med De Beers. Under hensyn til de af Kommissionen udtrykte betænkeligheder, hvad angår risikoen for markedsafskærmning, er det i forhold til denne risikos konkrete betydning tilstrækkeligt at ændre den anmeldte aftale på den af de fælles tilsagn følgende måde og dermed ændre andelen af Alrosas årlige produktion og andelen af den verdensomspændende produktion, der leveres til De Beers, til henholdsvis 18% og 3,6%. Kommissionen har imidlertid i beslutningen på ingen måde fastslået, hvorfor man ikke kunne anvende denne mindst indgribende mulighed, som de pågældende virksomheder havde foreslået Kommissionen.

64 For det tredje medfører beslutningens uforholdsmæssige karakter en forskelsbehandling til skade for Alrosa, eftersom andre sælgere end dette selskab bevarede enhver frihed til at levere deres rådiamanter til De Beers, i øvrigt i tilsvarende eller større mængder end de 3,6% af den årlige produktion på verdensplan, som var omhandlet af den anmeldte aftale som ændret ved de fælles tilsagn.

65 Ifølge Kommissionen er sagsøgerens anbringender ugrundede.

66 Først og fremmest omfatter begrebet deltagende virksomheder, som fremgår af artikel 9, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003, i lighed med begrebet deltagende parter, som omtales i andre bestemmelser i nævnte forordning, den eller i givet fald de personer, over for hvem en procedure er indledt — dvs. de personer, der kan tilregnes et kartel eller en samordnet praksis efter betydningen i artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 og et misbrug af en dominerende stilling efter betydningen i artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54. I denne sag har udelukkende De Beers været en deltagende virksomhed i den procedure, der var indledt i henhold til bestemmelserne om misbrug af en dominerende stilling. Følgelig har kun De Beers inden for rammerne heraf kunnet afgive tilsagn, som Kommissionen kan gøre bindende.

67 Endvidere kan ordlyden af artikel 9, stk. 1, andet punktum, i forordning nr. 1/2003 kun fortolkes som en tildeling af beføjelser — og ikke en pligt — til at vedtage beslutninger for en bestemt periode.

68 Kommissionen har ligeledes for det første gjort gældende, at beslutningen ikke udgør en tilsidesættelse af aftalefriheden. Det er først og fremmest urigtigt at formode, at beslutningen svarer til at forbyde en lovlig adfærd.

69 Aftalefriheden er nemlig begrænset af forbuddet mod konkurrencebegrænsende praksis, der fremgår af artikel 81 EF og 82 EF. I denne sag ses aftalen, der er indgået som led i langvarige forretningsforbindelser mellem Alrosa og De Beers, ud fra en foreløbig vurdering at være i strid med disse bestemmelser, ganske som andre former for forretningsforbindelser, som parterne har opretholdt i løbet af Kommissionens undersøgelse — såsom ad hoc-salg af typen »willing buyer/willing seller«-princippet. Endvidere er Kommissionen ikke nået til en sådan foreløbig vurdering alene på grund af De Beers' dominerende stilling på de underliggende markeder, sådan som sagsøgeren har gjort gældende, men i betragtning af De Beers' dominerende stilling på markedet for produktion og levering af rådiamanter, hvilket fremgår af betragtning 23 og 24 til beslutningen.

70 Endvidere svarer beslutningen ikke til en ophævelse af Alrosas aftalefrihed. Tværtimod er beslutningen begrænset til at gøre de individuelle tilsagn fra De Beers bindende, hvorved dette selskab i medfør af sin egen aftalefrihed har bragt sin aftale med Alrosa til ophør. Det er muligt, at Alrosa har en interesse i at erstatte konkurrencerisici med en aftale med sin væsentligste konkurrent. Hverken den interesse, som en medkontrahent til en virksomhed i en dominerende stilling eventuelt kunne have i at binde sig til denne ved en aftale, eller de øvrige særlige forhold ved denne medkontrahent skal dog i henhold til fast retspraksis tages i betragtning ved anvendelsen af artikel 82 EF (Domstolens dom i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89 og 91, dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 71, og af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo, Sml. I, s. 1477, præmis 44, samt Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 68).

71 Kommissionen har endvidere fundet, at det er urigtigt at antage, at disse betænkeligheder ikke begrundede vedtagelsen af de individuelle tilsagn fra De Beers.

72 Kommissionen har, idet den har vedkendt, at det almindeligvis er nødvendigt at foretage en specifik undersøgelse af de virkninger, som en afskærmende praksis kan have på konkurrencen, bemærket, at det i denne sag ville have været meget vanskeligt at foretage en analyse for at fastslå, om De Beers kunne købe en given mængde rådiamanter af Alrosa — og i givet fald hvilken mængde — uden at fremkalde de virkninger, som er forudset i den foreløbige undersøgelse. En sådan analyse var under alle omstændigheder unødvendig, idet Kommissionen i betragtning af det med artikel 9 i forordning nr. 1/2003 forfulgte formål med rette kunne tiltræde de individuelle tilsagn fra De Beers. I øvrigt havde Kommissionen allerede under den administrative procedure underrettet parterne om, at der forudsås et fuldstændigt ophør af forretningsforbindelserne mellem Alrosa og De Beers.

73 Endvidere var Kommissionens betænkeligheder, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, ikke begrænset til et problem om udelukkelse af konkurrenter eller markedsafskærmning. Betænkelighederne udstrakte sig derimod til Alrosas og

De Beers' samlede forretningsforbindelser med henblik på ved metoder i modstrid med almindelig konkurrence sammen at regulere mængden, prisen og udvalget af rådiamanter på verdensmarkedet, hvorved en selvstændig leverandør på markedet blev fjernet, De Beers' rolle som »market-maker« blev styrket, og opretholdelsen af udviklingen af konkurrence blev skadet, således som det fremgår af betragtning 28, 30 og 32 til beslutningen.

74 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at der ikke kan gives sagsøgeren medhold i, at iværksættelsen af beslutningen har konkurrencebegrænsende virkninger. Den har fundet, at de argumenter, der er fremsat i denne forbindelse, er uvedkommende, idet Alrosa urigtigt fremstilles som en af De Beers' leverandører, skønt selskabet i virkeligheden er en konkurrent. Anbringenderne er hverken overbevisende ud fra et økonomisk synspunkt eller i øvrigt underbyggede.

75 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at beslutningen ikke udgør en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

76 Kommissionen har i denne forbindelse først og fremmest bemærket, at proportionalitetsprincippet gælder for de beslutninger, Kommissionen har vedtaget i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003.

77 Der skal dog tages hensyn til særegenhederne ved denne beslutning. I modsætning til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, hvorved Kommissionen kan fastslå, at der foreligger en overtrædelse, og kan pålægge parterne at bringe den til ophør og pålægge dem enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, herunder ophør af forretningsforbindelser, der er i strid med de fællesskabsretlige konkurrenceregler, medfører nævnte forordnings artikel 9, at Kommissionen uden at tage stilling til, om der foreligger en overtrædelse, kan fastslå, at den ikke længere har grundlag for

at gribe ind, eftersom de pågældende virksomheder har afgivet tilsagn, der imødekommer dens betænkeligheder vedrørende konkurrencen.

78 Ud fra disse betragtninger skal en beslutning i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003 ikke støttes på en fremstilling af de bevæggrunde, som kræves for en beslutning i henhold til nævnte forordnings artikel 7, særligt såfremt det viser sig vanskeligt at fastslå karakteren og rækkevidden af de tilsagn, der er nødvendige for at imødekomme Kommissionens betænkeligheder, f.eks. fordi den adfærd, der gør institutionen betænkelig, som i denne sag er hidtil ukendt eller speciel. Endvidere skades gennemførelsen af formålet med artikel 9 i forordning nr. 1/2003, såfremt resultatet af undersøgelsen i en beslutning truffet i henhold til artikel 9 var afhængigt af vurderingen af en anden, tænkt beslutning truffet i henhold til samme forordnings artikel 7. Dette ville betyde, at Kommissionen alligevel skulle foretage en vurdering som ved en beslutning i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, og at den således ville give afkald på en del af de effektivitetsforøgelser, som lovgiveren har tilstræbt ved denne forordnings artikel 9.

79 Kommissionen skal endvidere, før den tiltræder de afgivne tilsagn, efterprøve, om de på tilstrækkelig vis imødekommer de betænkeligheder, som er klarlagt vedrørende konkurrencen. Artikel 9 er et værktøj, der finder anvendelse i denne sammenhæng.

80 Kommissionen har anerkendt, at anvendelsen af proportionalitetsprincippet pålægger den at afvise tilsagn, som er åbenbart ud over det nødvendige, men den har tilføjet, at en sådan tankegang, for så vidt som tilsagnene er afgivet frivilligt af de pågældende virksomheder, sandsynligvis er en undtagelse. Kommissionen kan under alle omstændigheder ikke være forpligtet til at foretage en vurdering med henblik på en tænkt beslutning truffet i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003, idet en sådan parallel vurdering ville skade selve formålet med samme forordnings artikel 9 hvad angår procedurernes effektivitet.

81 Kommissionen har i forhold til formålet med og opbygningen af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 fastholdt, at den retlige kontrol af de beslutninger, der er vedtaget i henhold hertil, uden at fratage denne bestemmelse sin virkning skal afgrænses til at efterprøve, om der foreligger en åbenbar tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, og, mere generelt, om der er foretaget et åbenbart urigtigt, kompliceret økonomisk skøn for at fastslå, om de pågældende virksomheders tilsagn imødekom de betænkeligheder, der var udtrykt i den foreløbige vurdering.

82 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at beslutningen i denne sag ikke er uforholdsmæssig, og at den særligt ikke skader Alrosas legitime forretningsinteresser uretmæssigt.

83 For det første er det Kommissionens opfattelse, at sagsøgeren ikke med føje kan gøre gældende, at beslutningen, som ved individuelle tilsagn fra De Beers blev gjort bindende, gik ud over, hvad der var nødvendigt. Det ville nemlig være urigtigt at antage, at kun halvdelen af Alrosas produktion i henhold til den anmeldte aftale var forbeholdt De Beers, eftersom den anden halvdel fuldstændigt var forbeholdt det russiske marked, og den anmeldte aftale således oprindeligt omfattede hele den årlige produktion, der skulle bringes i omsætning på verdensmarkedet, og siden 36%, såfremt de fælles tilsagn var blevet gjort bindende. Endvidere skal disse procentsatser ikke forstås isoleret set, men i sammenhæng med de forretningsforbindelser, der havde været gældende i ca. 50 år med henblik på sammen at regulere produktion og priser. Kommissionen gav i betragtning af disse forhold for det første udtryk for betænkeligheder over, at De Beers kontrollerede markedet, og at Alrosa ikke havde mulighed for at konkurrere fuldt ud med dette selskab, idet tredjemand for det andet havde bekræftet, at det var nødvendigt at ophæve de eksisterende forretningsforbindelser mellem disse selskaber, og idet De Beers for det tredje ensidigt havde afgivet sådanne tilsagn og således fjernet enhver mulig betænkelighed. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at forbuddet mod transaktioner gennem åbne udbud var berettiget i betragtning af Alrosas og De Beers' tidligere praksis i forbindelse med ad hoc-salg af »willing buyer/willing seller«-typen. Under alle omstændigheder har sagsøgeren ikke godtgjort, hvorledes mindre indgribende tilsagn, såsom de fælles tilsagn, der tidligere var afgivet til Kommissionen, kunne være tilstrækkelige.

84 For det andet kan sagsøgeren ikke med føje gøre gældende, at beslutningen har påført selskabet uforholdsmæssige ulemper i forhold til det forfulgte mål. Kommissionen har nemlig på passende vis taget hensyn til selskabets interesser ved at give det mulighed for at fremsætte bemærkninger til De Beers' individuelle tilsagn og ved at fastsætte en overgangsperiode for at give selskabet mulighed for at oprette en anden distributionsordning. Alrosa har endvidere i september 2003 selv afgivet tilsagn over for Kommissionen om fuldstændigt og endeligt ophør af sine forretningsforbindelser med De Beers. Endelig er Alrosas manglende mulighed for at indgå en aftale med De Beers ved udløbet af denne overgangsperiode ikke endegyldig, eftersom proceduren til enhver tid kan genåbnes i henhold til artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

85 For det tredje kan sagsøgeren ikke med føje gøre gældende, at beslutningen udgør forskelsbehandling over for selskabet, idet dets situation i forhold til De Beers er forskellig fra andre leverandørers, dels fordi Alrosa er den væsentligste konkurrent til De Beers, der befinder sig i en dominerende stilling, dels har langvarige forretningsforbindelser med denne.

Rettens bemærkninger

— Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003

86 Det følger af selve affattelsen af artikel 9 i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen ved beslutning kan gøre de afgivne tilsagn bindende for de pågældende virksomheder, såfremt de imødekommer de betænkeligheder, som Kommissionen har givet udtryk for i sin foreløbige vurdering. Eftersom de af virksomhederne fremsatte tilbud i sig selv er uden bindende retsvirkning, er det udelukkende Kommissionens beslutning i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, som har retlige følger for virksomhederne.

87 Beslutningen kan, eftersom den medfører en afslutning af proceduren med at fastslå og straffe en overtrædelse af konkurrencereglerne, ikke blot anses for Kommissionens accept af et forslag, som er fremsat frivilligt af en af forhandlingspartnerne, men den udgør en bindende foranstaltning, som bringer en overtrædelse eller potentiel overtrædelse til ophør, hvorved Kommissionen — med det eneste forbehold af særlig karakter, at den ved de pågældende virksomheders fremlæggelse af tilsagn er fritaget for at følge de procedurer, der er pålagt den i henhold til artikel 85 EF, og særligt at bevise overtrædelsen — udøver de beføjelser, som den er tildelt i henhold til artikel 81 EF og 82 EF.

88 En beslutning efter artikel 9 i forordning nr. 1/2003 kan, idet en erhvervsdrivendes givne adfærd i forhold til tredjemænd gøres bindende, indirekte medføre retsvirkninger *erga omnes*, som den pågældende virksomhed ikke selv kunne skabe. Kommissionen er fra det øjeblik, hvor den gjorde virksomhedens tilsagn bindende, således den eneste årsag til disse retsvirkninger og er derfor eneansvarlig herfor. Kommissionen er reelt på ingen måde forpligtet til at tage hensyn til, endsige uden forbehold, de tilbud om tilsagn, som virksomhederne fremsætter for den.

89 Selv om begrebet deltagende virksomhed ikke er defineret i forordning nr. 1/2003, følger det af forordningens bestemmelser, at denne betegnelse omfatter de virksomheder, hvis adfærd kan kritiseres, og som kan straffes som følge af deres adfærd.

90 En procedure, der er indledt i henhold til artikel 82 EF, vedrører således principielt den virksomhed, der befinder sig i en dominerende stilling, og hvis adfærd kan udgøre et misbrug. Såfremt der valgtes en fortolkning, hvorefter enhver virksomhed,

som kan påvirkes af adfærdsregulerende tilsagn, der tilsigter at bringe et fastslået eller planlagt misbrug til ophør, skal knyttes til tilbuddet om tilsagn i sin egenskab af deltagende virksomhed, er en konsekvens heraf, at det i de fleste af de i artikel 82 EF omhandlede situationer vil være praktisk umuligt at anvende artikel 9 i forordning nr. 1/2003.

91 Hvad angår anvendelsesperioden for beslutningen om at gøre tilsagnene bindende skal det bemærkes, at det, selv om det i artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 bestemmes, at en sådan beslutning kan vedtages for en bestemt periode, imidlertid ikke er et krav. Den endelige affattelse af artikel 9 i forordning nr. 1/2003 er således, som Kommissionen med rette har gjort gældende i den henseende, forskellig fra affattelsen af artikel 9 i Kommissionens forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (KOM(2002) 582 endelig), hvori fastsattes, at en sådan beslutning »vedtages for en bestemt periode«. Følgelig er der principielt intet, der forbyder Kommissionen at gøre tilsagnene bindende for en ubegrænset periode.

92 Endvidere påhviler det Kommissionen at overholde proportionalitetsprincippet, når den vedtager beslutninger i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, selv om det i modsætning til af artikel 7, stk. 1, ikke fremgår af denne artikel. Proportionalitetsprincippet er reelt anerkendt i fast retspraksis som et almindeligt fællesskabsretligt princip (dommen i sagen Fedesa m.fl., præmis 13).

93 Betragtning 34 til forordning nr. 1/2003 udtaler, at »[…] nærværende forordning [i overensstemmelse med subsidiaritets- og proportionalitetsprincippet, som omhandlet i traktatens artikel 5 EF, ikke går] ud over det, der er nødvendigt for at nå dens mål, nemlig en effektiv anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler«.

94 Kommissionen har i sine bemærkninger anerkendt, at proportionalitetsprincippet finder anvendelse på de beslutninger, der vedtages i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003. Den finder ikke derfor mindre, at dette princip ikke finder samme anvendelse inden for rammerne af forordningens artikel 7, stk. 1, og artikel 9, stk. 1.

95 I denne forbindelse fastslår Retten for det første, at formålet med artikel 7, stk. 1, og artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 er det samme, og at det falder sammen med hovedformålet med forordning nr. 1/2003, som er at sikre en effektiv anvendelse af traktatens konkurrenceregler.

96 Kommissionen har for at forfølge dette mål et bredt skøn angående det valg, den er givet ved forordning nr. 1/2003 om i henhold til artikel 9 at gøre de deltagende virksomheders foreslåede tilsagn bindende og vedtage en beslutning, eller ved at følge proceduren i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, hvorefter det kræves, at der fastslås en overtrædelse.

97 Dette skøn, hvad angår hjemmelsvalget, fritager imidlertid ikke Kommissionen fra forpligtelsen til at overholde proportionalitetsprincippet, når den beslutter at gøre de afgivne tilsagn bindende i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003.

98 For det andet kræver proportionalitetsprincippet ifølge fast retspraksis inden for området, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke går ud over, hvad der er egnet til og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål (Rettens dom af 19.6.1997, sag T-260/94, Air Inter mod Kommissionen, Sml. II, s. 997, præmis 144, og dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 201), hvorved der, hvis

det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst indgribende, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (jf. dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schräder, Sml. s. 2237, præmis 21, og af 9.3.2006, sag C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie og Natuur en Milieu, Sml. I, s. 2443, præmis 28).

99 Kontrollen af proportionaliteten ved en foranstaltning er således en objektiv kontrol, eftersom den anfægtede beslutnings egnethed og nødvendighed skal vurderes i forhold til det af institutionen forfulgte formål. Hvad angår beslutninger vedtaget i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003 er formålet at bringe den fastslåede overtrædelse til ophør. Hvad angår beslutninger vedtaget i henhold til forordningens artikel 9, er formålet at imødekomme de betænkeligheder, som Kommissionen har udtrykt i sin foreløbige vurdering, og som begrundede, at den vil vedtage en beslutning med krav om at bringe overtrædelsen til ophør.

100 Kommissionen skal, hvis den anvender artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, fastslå, at der foreligger en overtrædelse, hvilket kræver en præcis definition af det relevante marked og i givet fald af det misbrug, der er tilregnet den pågældende virksomhed. Kommissionen er inden for rammerne af samme forordnings artikel 9, stk. 1, ganske vist ikke forpligtet til formelt at bevise, at der foreligger en overtrædelse, således som det endvidere fremgår af betragtning 13 til forordning nr. 1/2003, men den skal ikke desto mindre godtgøre de konkurrencemæssige betænkeligheder, som begrundede, at den vil vedtage en beslutning i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, og som giver den grundlag for at pålægge den deltagende virksomhed at overholde visse tilsagn. Dette forudsætter en analyse af markedet og en identificering af den planlagte overtrædelse, som er mindre faste end ved anvendelsen af artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, selv om den skal være tilstrækkelig til at kontrollere, om tilsagnet er egnet.

101 Det ville nemlig være i strid med opbygningen af forordning nr. 1/2003, hvis en beslutning, som i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, skulle anses for ikke at være proportionel med den fastslåede overtrædelse, kunne vedtages i form af et tilsagn, som er blevet gjort bindende, under anvendelse af proceduren i artikel 9, stk. 1, fordi overtrædelsen inden for rammerne af denne ikke behøver at blive formelt bevist.

102 Det er allerede på grundlag af artikel 3 i forordning nr. 17 blevet antaget, at de byrder, som pålægges virksomhederne med henblik på at bringe en overtrædelse af konkurrenceretten til ophør, ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes (dommen i sagen RTE og ITP mod Kommissionen, præmis 93). Samme fortolkning gør sig gældende i forhold til artikel 7, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003, hvis ordlyd er meget tæt på ordlyden af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17.

103 Følgelig kan Kommissionen uden at overskride sine beføjelser i henhold såvel til konkurrencereglerne i EF-traktaten som til forordning nr. 1/2003 kun vedtage en beslutning om absolut forbud mod enhver form for fremtidige forretningsforbindelser mellem to virksomheder i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, såfremt en sådan beslutning er nødvendig for at genskabe den situation, der forelå før overtrædelsen (jf. i denne retning Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 51 og 52).

104 Man kan ikke for at nå til en anden konklusion hvad angår de grænser, der findes for Kommissionens beføjelse til at fastsætte bindende foranstaltninger i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 udlede andre relevante hensyn af forskellen mellem forordningens artikel 7 og 9.

105 For det tredje er Kommissionen heller ikke fritaget fra at overholde proportionalitetsprincippet, selv om tilsagnene er frivillige, eftersom de gøres bindende ved Kommissionens beslutning. At en virksomhed af særlige, selvstændige årsager finder, at det på et givent tidspunkt er belejligt at fremlægge visse tilsagn, betyder ikke, at disse tilsagn af denne grund er nødvendige.

106 Domstolen har under ordningen i henhold til den tidligere forordning nr. 17 under visse omstændigheder fundet, at de forpligtelser, som et tilsagn pålægger parterne, kan sidestilles med et påbud om at bringe en overtrædelse til ophør (Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1307, præmis 181). Domstolen antog nemlig, at de deltagende virksomheder ved at give et sådant tilsagn af grunde, som er deres egne, blot accepterer en beslutning, som Kommissionen havde kompetence til at vedtage ensidigt (dommen i sagen Ahlström Osakeyhtiö m.fl., præmis 181).

107 Den omstændighed, at en virksomhed foreslår tilsagnene, udgør således ikke en begrænsning af Rettens prøvelsesret angående begrundelsen for Kommissionens beslutning om at gøre dem bindende.

108 Endelig afhænger graden af Rettens prøvelse af de analyser, som Kommissionen har udført i henhold til traktatens konkurrenceregler, af, at Kommissionen til grund for hver beslutning har lagt et vist skøn, som er begrundet i mangfoldigheden i de økonomiske aspekter, der skal inddrages. Under hensyn til indvirkningen af beslutninger vedtaget i henhold til artikel 81 EF og 82 EF på de traktatsikrede grundlæggende økonomiske friheder må teorien om en begrænset prøvelse forbeholdes tilfælde, hvor den anfægtede beslutning er støttet på en kompleks økonomisk vurdering, undtaget på områder som fusionsområdet, hvor tilstedeværelsen af skønsbeføjelser er grundlæggende for den regulerende institutions udøvelse af sine beføjelser (Domstolens dom af 15.2.2005, sag C-12/03 P, Kommissionen mod Tetra Laval, Sml. I, s. 987, præmis 38-40).

109 På området for kontrol af fusioner følger det ganske vist af fast retspraksis, at Kommissionen råder over et vidt skøn ved vurderingen af, om tilsagn er nødvendige for at fjerne den alvorlige tvivl, en fusion rejser (Rettens dom af 30.9.2003, sag T-158/00, ARD mod Kommissionen, Sml. II, s. 3825, præmis 328 og 329). Rettens prøvelse inden for dette område er begrænset til, om der er sket åbenbare fejl, og er begrundet i, at Kommissionens analyse for at kunne fastslå, om den pågældende transaktion ikke skaber eller ikke styrker en dominerende stilling, er en økonomisk analyse af den forventede situation (Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 163).

110 Derimod vedrører den analyse, som Kommissionen skal udføre som led i en procedure efter forordning nr. 1/2003, eksisterende praksis i tilfælde af en beslutning efter artikel 7, stk. 1, og efter artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003. Det er herved naturligvis ikke udelukket, at der skal foretages komplekse økonomiske vurderinger, men det giver ikke mulighed for, at den prøvelse, som Retten udøver over kommissionsbeslutninger, når disse vurderinger ikke foreligger, i alle tilfælde er begrænset til et åbenbart urigtigt skøn.

111 Det følger af det ovenstående, at det tilkommer Retten i sagen at efterprøve, om de tilsagn, der blev gjort bindende ved beslutningen, var egnede til og nødvendige for at bringe det misbrug, som Kommissionen havde identificeret i sin foreløbige vurdering, til ophør.

— Beslutningens overensstemmelse med proportionalitetsprincippet

112 I henhold til fast retspraksis indebærer proportionalitetsprincippet, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må overskride grænserne for, hvad der er egnet til og nødvendigt for at nå det forfulgte mål, således at der, når der kan vælges mellem

flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst indgribende foranstaltning, og de forvoldte ulemper må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (dommen i sagen Fedesa m.fl., præmis 13, og Domstolens dom af 14.7.2005, sag C-180/00, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 6603, præmis 103).

113 Kommissionens formål med vedtagelsen af beslutningen skal søges i den foreløbige vurdering, som er indeholdt i klagepunktsmeddelelsen rettet til De Beers i henhold til artikel 82 EF. Ifølge affattelsen af denne er den anmeldte aftale til hinder for, at Alrosa kan trænge ind på markedet for rådiamanter som uafhængig leverandør, og den udelukker således en forsyningskilde for de potentielle kunder. Kommissionen har dermed fundet, at den anmeldte aftale udgør et misbrug af en distributionseneret til fordel for De Beers, hvilket potentielt udgør misbrug af en dominerende stilling.

114 Følgelig udgøres det misbrug, der identificeres i Kommissionens foreløbige vurdering, af den anmeldte aftale, hvor De Beers' indgåelse heraf fremlægges som misbrug af dominerende stilling. Det kan under disse omstændigheder gøres gældende, at det for at bringe et eventuelt misbrug til ophør ville have været tilstrækkeligt inden for rammerne af proceduren indledt i henhold til artikel 81 EF at give parterne forbud mod at iværksætte denne aftale.

115 Det kan imidlertid, og selv om de betænkeligheder, der er givet udtryk for i klagepunktsmeddelelsen i henhold til artikel 82 EF, kun vedrører den anmeldte aftale, bemærkes, at de betænkeligheder, som Kommissionen har udtrykt i beslutningen, ligeledes vedrører den situation, der fremgår af den anmeldte aftale, nærmere bestemt de historiske forbindelser mellem parterne, som den anmeldte aftale sikrer fortsættelsen af.

116 Det fremgår således af beslutningens punkt 28, at »den undersøgte praksis, som giver problemer i forhold til De Beers' dominerende stilling og rolle som market-maker, skyldes dette selskabs forretningsforbindelser med sin vigtigste konkurrent, Alrosa, historisk set. Det følger af Kommissionens undersøgelse, at De Beers og Alrosa har haft langvarige forretningsforbindelser, hvorved de sammen regulerede mængden, udbuddet og priserne på rådiamanter, der blev solgt på verdensmarkedet. Nutidens grundlag for salg er tilsyneladende stadig det samme og udgør et af hovedforholdene i De Beers' rolle som market-maker«.

117 Den anmeldte aftale vil således kunne anses for at være omfattet af den foreløbige vurdering som årsag til Kommissionens konkurrenceretlige betænkeligheder — ikke kun i sig selv, hvilket ville gøre enhver anvendelse af artikel 82 EF uegnet, men for så vidt som den styrker og viderefører de allerede eksisterende forretningsforbindelser, som i sig selv blev anset for at udgøre misbrug.

118 I henhold til beslutningens punkt 46 vedrører den første årsag til Kommissionens betænkeligheder i forhold til den, i forbindelse med proceduren i henhold til artikel 82 EF, undersøgte praksis »den omstændighed, at De Beers kunne styrke eller opretholde sin dominerende stilling ved at begrænse potentielle kunders adgang til en bæredygtig forsyningskilde af rådiamanter og ved at hindre sin næststørste konkurrent [Alrosa] i at konkurrere fuldt ud«.

119 Følgelig har Kommissionen ved at gøre de individuelle tilsagn fra De Beers bindende haft til formål at bringe den praksis, som forhindrede Alrosa i at placere sig som effektiv konkurrent på det pågældende marked, til ophør og at give tredjemand adgang til en alternativ forsyningskilde.

120 Nødvendigheden af beslutningen skal derfor analyseres i betragtning af disse to formål.

121 Det fremgår af beslutningens punkt 47, at de individuelle tilsagn fra De Beers var tilstrækkelige til at imødekomme de betænkeligheder, der var udtrykt i den foreløbige vurdering, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt. Det skal dog også undersøges, om de individuelle tilsagn fra De Beers, som blev gjort bindende ved beslutningen, ligeledes opfyldte nødvendighedskriteriet, uanset at beslutningens konklusion ikke omtaler dette led af foranstaltningens proportionalitet.

122 Som det er anført ovenfor, begrænses retsinstansernes prøvelse af Kommissionens retsakter, som medfører komplekse økonomiske vurderinger, i denne forbindelse til en efterprøvelse af, om de processuelle regler er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, samt om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 279).

123 For at Retten i denne sag kan nøjes med at foretage en begrænset prøvelse af beslutningens proportionalitet, bør den kunne fastslå, at Kommissionen har udøvet sit skøn på grundlag af en kompleks økonomisk analyse, som gav den mulighed for at slutte, at de tilsagn, der blev gjort bindende, var nødvendige for at imødekomme de betænkeligheder, den havde udtrykt i sin foreløbige vurdering.

124 Kommissionen har såvel i svarskriftet som under retsmødet anført, at der ville kunne være en gråzone mellem de fælles tilsagn og de individuelle tilsagn fra De Beers, men at opstillingen af andre løsninger end de tilsagn, der blev gjort bindende, ville

have forudsat en kompleks økonomiske vurdering, som efter artikel 9 i forordning nr. 1/2003 bør undgås. Kommissionen har ligeledes klargjort, at den under hensyn til vanskelighederne ved at fastsætte andre løsninger konkluderede, at et fuldstændigt forbud var den eneste passende løsning for at imødekomme de oprindelige betænkeligheder.

125 Følgelig har Kommissionen i denne sag ikke foretaget en kompleks økonomisk analyse, som berettiger til en begrænsning af Rettens prøvelsesret i forhold til beslutningen. Kommissionen har udelukkende støttet sin påberåbelse af en begrænset prøvelsesret på særegenhederne ved artikel 9 i forordning nr. 1/2003. Som anført i denne doms præmis 100, skal Kommissionen, selv om den ikke i henhold til artikel 9 er forpligtet til at bevise, at der foreligger en overtrædelse omfattet af proceduren, imidlertid fremlægge tilstrækkelige analyseforhold til, at der kan foretages en effektiv domstolskontrol af den vedtagne foranstaltnings proportionalitet.

126 I alle tilfælde finder Retten, at beslutningen er behæftet med et urigtigt skøn, som i øvrigt fremstår åbenbart. Det følger nemlig åbenbart af sagens omstændigheder, at det for at opfylde det formål, der tilsigtes ved beslutningen, var muligt at pålægge andre, mindre bebyrdende løsninger end det varige forbud mod transaktioner mellem De Beers og Alrosa, at fastsættelsen heraf ikke frembød særlige tekniske vanskeligheder, og at Kommissionen ikke kunne frigøre sig for at undersøge dette.

127 Herved skal Retten påpege for det første, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som — også efter anmodning fra disse — binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, ifølge fast retspraksis herved misbruger sin dominerende stilling som nævnt i artikel 82 EF (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89). Anvendt på en køber i en dominerende stilling betyder denne retspraksis, at den omstændighed, at De Beers selv efter aftale med Alrosa lægger beslag på dette selskabs samlede produktion eksporteret til områder uden for SNG, kan udgøre misbrug inden for rammerne af deres forbindelser.

128 Den umiddelbart bedst egnede løsning til at bringe det heri bestående misbrug til ophør ville derfor have været at forbyde parterne at indgå aftale om, at De Beers kan forbeholde sig hele, eller blot en betragtelig del, af Alrosas produktion eksporteret til områder uden for SNG, hvorved Alrosa ville genfinde sin uafhængighed på markedet og tredjemand sikres adgang til en alternativ forsyningskilde, uden at det er nødvendigt at forbyde De Beers ethvert køb af rådiamanter produceret af Alrosa.

129 For det andet havde De Beers og Alrosa i december 2004 foreslået fælles tilsagn, og Kommissionen har fortsat ikke klargjort, hvorledes tilsagnene ikke var egnede til at imødekomme de betænkeligheder, som den havde givet udtryk for i sin foreløbige vurdering.

130 Kommissionen er i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 ganske vist aldrig forpligtet til at gøre tilsagn bindende frem for at handle i henhold til samme forordnings artikel 7. Følgelig påhviler det ikke Kommissionen at begrunde, hvorfor tilsagn ikke forekommer den egnede til at blive gjort bindende for at afslutte proceduren.

131 Overholdelsen af proportionalitetsprincippet medfører imidlertid, at institutionen, såfremt der findes mindre indgribende foranstaltninger end dem, som den vil gøre bindende, og den har kendskab til disse, skal undersøge, om de er egnede til at imødekomme de betænkeligheder, der begrunder dens handling, inden den, såfremt de andre foranstaltninger findes uegnede, vælger den mest indgribende løsning.

132 De fælles tilsagn, som De Beers og Alrosa afgav i december 2004, og som Kommissionen ganske vist hverken i sin beslutning eller i sin begrundelse havde en processuel forpligtelse til at tage hensyn til, udgjorde under alle omstændigheder en mindre indgribende foranstaltning end den, som Kommissionen besluttede at gøre bindende, og undersøgelsen heraf er således relevant for at efterprøve proportionaliteten.

133 De fælles tilsagn kunne, for så vidt som de dels gradvist ville give tredjemænd adgang til Alrosas produktion, dels ville give Alrosa den nødvendige tid til at udvikle sin egen distributionsordning for rådiamanter og dermed blive en reel konkurrent til De Beers, umiddelbart synes egnede til at imødekomme Kommissionens betænkeligheder.

134 Retten finder nemlig, at der ved de fælles tilsagn for perioden 2005-2009 blev fastsat en væsentlig nedsættelse af den mængde rådiamanter, som Alrosa forbeholdt De Beers, fra en værdi af 700 mio. USD i 2005 til 275 mio. USD i 2009. Alrosa ville således fra 2009 blot sælge De Beers 35% af den mængde rådiamanter, som det havde solgt til dette selskab i 2004. De Beers ville følgelig vanskeligt kunne påvirke Alrosas priser, idet mere end to tredjedele af de diamanter, som Alrosa eksporterede til områder uden for SNG, ville blive solgt til en pris fastsat ved forhandlinger med tredjemand. Såfremt det således forudsættes, at De Beers og Alrosa ønskede at samordne deres prispolitikker, ville en sådan samordning vanskeligt kunne gennemføres, idet Alrosa, hvis tredjemænd afviste at købe til en pris fastsat mellem Alrosa og De Beers, ikke ville kunne afsætte det ikke-solgte lager til De Beers. De fælles tilsagn gav således tredjemand mulighed for en effektiv adgang til en alternativ og uafhængig forsyningskilde.

135 Alrosa ville ved en gradvis nedsættelse over fem år af sin salgsmængde til De Beers, med en begrænsning af salget til en maksimal værdi af 275 mio. USD fra 2009, ligeledes have mulighed for at opbygge sin distributionsordning uden for SNG, uden hvilken selskabet ikke ville kunne blive en effektiv konkurrent til De Beers. Retten bemærker dog, at Kommissionen i punkt 47 i beslutningen har angivet, at overgangsperioden fra 2006-2008, dvs. tre år, var nødvendig for, at Alrosa kunne opbygge

»en konkurrerende distributionsordning for de mængder diamanter, der tidligere blev solgt af De Beers«. Kommissionen har imidlertid ikke forklaret, hvorfor en sådan periode herved er tilstrækkelig, selv om Alrosa i september 2003 havde oplyst Kommissionen om, at selskabet havde brug for otte år til at oprette en effektiv distributionsordning, og at det først mente at kunne bringe ethvert salg af rådiamanter til De Beers til ophør i 2012, hvilket følger af akterne bilagt stævningen.

136 Det bemærkes i øvrigt, at Kommissionen, under forbehold af resultatet af markedstesten, den 3. juni 2005, datoen for offentliggørelsen af de fælles tilsagn i *Den Europæiske Unions Tidende*, planlagde at gøre de nævnte tilsagn bindende. Kommissionen fandt således, at disse tilsagn umiddelbart imødekom de betænkeligheder, som den havde givet udtryk for i sin foreløbige vurdering.

137 For det tredje kunne tilpasningen af de fælles tilsagn, såfremt det forudsættes, at de ikke imødekom Kommissionens oprindelige betænkeligheder, ligeledes løse de konkurrenceretlige problemer affødt af den anmeldte aftale, uden at det ville være nødvendigt at pålægge parterne endeligt at ophøre med enhver forretningsforbindelse fra 2009.

138 Man kunne bl.a. have fulgt den tilrettelæggelse, som sagsøgeren foreslog i sin skrivelse af 6. februar 2006 til Kommissionen, hvorefter selskabet gennem en auktion fik mulighed for at afsætte diamanter til De Beers for en årlig værdi af maksimalt 275 mio. USD. En sådan tilrettelæggelse ville dels give tredjemænd fuldstændig adgang til Alrosas produktion, dels give Alrosa mulighed for på ad hoc-basis fortsat at sælge en begrænset mængde til markedets største køber.

139 Kommissionen skal ganske vist ikke træde i parternes sted for at ændre de tilsagn, som de afgiver i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, med henblik på at disse tilsagn imødekommer de betænkeligheder, den har fremsat i sin foreløbige vurdering. Der er imidlertid intet, der forbyder Kommissionen kun at gøre de afgivne tilsagn

delvist bindende eller i begrænset omfang. Det står endvidere klart, at Kommissionen i denne sag under mødet den 27. oktober 2005 foreslog parterne ændringer i de fælles tilsagn. Kommissionen meddelte dem nemlig under dette møde, at den havde til hensigt at træffe sin beslutning i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003 og forbyde dem enhver forretningsforbindelse fra 2009, såfremt de ikke afgav tilsagn i denne retning inden udgangen af november 2005.

140 Kommissionen kan dog ikke lovligt opfordre parterne til over for den at afgive tilsagn, som går videre end en beslutning, som den ville kunne vedtage i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003. I denne sag ville en beslutning vedtaget i henhold til sidstnævnte bestemmelse om, at De Beers fra 2009 vedvarende skulle bringe enhver direkte eller indirekte forretningsforbindelse med Alrosa til ophør, under hensyn til det forfulgte formål åbenbart gå ud over, hvad Kommissionen under overholdelse af proportionalitetsprincippet kunne pålægge.

141 Det kan nemlig kun i undtagelsestilfælde, som ikke er identificeret i beslutningen, og som ikke fremgår af sagsakterne, begrundes, at virksomheder ved en beslutning vedtaget i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 absolut og endegyldigt forbydes at knytte forretningsforbindelser. Det kan ganske vist i tilfælde af, at de deltagende virksomheder kollektivt indtager en dominerende stilling, ikke udelukkes, at et rent forbud mod enhver transaktion mellem virksomhederne kan være den eneste måde at forebygge misbrug på. Men såfremt Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen, der blev meddelt parterne i henhold til artikel 81 EF, har ladet forstå, at der mellem Alrosa og De Beers kunne findes et oligopol, er analysen i beslutningen derimod udelukkende støttet på De Beers' dominerende stilling og ikke på en eventuel kollektiv dominerende stilling for de to virksomheder. Kommissionen har såvel i svarskriftet som under retsmødet bekræftet, at beslutningen ganske rigtigt skulle forstås således.

142 Endvidere er den sammenligning, som Kommissionen har foretaget mellem de af sagsøgeren afgivne tilsagn i september 2003, de fælles tilsagn og de tilsagn, som blev gjort bindende, ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at de sidstnævnte var nødvendige, eftersom nødvendigheden af det forbud, der i denne sag blev fremsat i form af tilsagn, der blev gjort bindende, skal vurderes objektivt i forhold til det af Kommissionen forfulgte formål.

143 Hvad angår de af sagsøgeren afgivne tilsagn i september 2003, som Kommissionen har lagt vægt på for at begrunde foranstaltningens proportionalitet, forudså de ganske vist et totalt ophør af ubegrænset varighed af forretningsforbindelserne med De Beers. Retten finder imidlertid, at disse tilsagn fastsatte et sådant ophør af forretningsforbindelserne fra 2013 og ikke 2009, hvilket gav Alrosa yderligere fire år til at oprette en distributionsordning uden for SNG for at kunne afsætte den mængde rådiamanter, der tidligere blev solgt til De Beers. Iværksættelsen af en sådan ordning var åbenlyst nødvendig for at give tredjemænd adgang til Alrosas produktion, og for at Alrosa kunne konkurrere fuldt ud med De Beers. Endvidere tilbagekaldte Alrosa disse tilsagn, eftersom de ikke var økonomisk bæredygtige. Endelig kan man af den omstændighed, at en virksomhed på et givent tidspunkt af egne årsager har afgivet tilsagn, ikke formode, at tilsagnene er forholdsmæssige, og Kommissionen fritages ikke fra forpligtelsen til at efterprøve, om de er egnede og nødvendige i forhold til det forfulgte formål. Dermed er den omstændighed, at Alrosa i september 2003 afgav visse tilsagn, uden betydning for beslutningens lovlighed.

144 Hvad angår de fælles tilsagn, som parterne afgav i december 2004, har Kommissionen fundet dem utilstrækkelige, eftersom De Beers, såfremt selskabet fortsat kunne købe rådiamanter fra Alrosa til en årlig værdi af 275 mio. USD, kunne hindre sidstnævnte i at konkurrere med sig, idet de resterende to tredjedele af Alrosas eksporterede produktion ville betyde, at selskabet vanskeligere ville kunne foretage jævnlige leveringer af et bredt udvalg af diamanter. Endvidere har Kommissionen fundet, at De Beers fortsat ville kunne anvende Alrosas diamanter til at spille sin rolle som market-maker.

145 Retten finder dog, at Kommissionen til støtte for, at Alrosas evne til at levere et bredt udvalg af diamanter ville nedsættes, såfremt en maksimal årlig mængde svarende til en værdi af 275 mio. USD fortsat blev solgt til De Beers, udelukkende har foretaget en henvisning til klagepunktsmeddelelsens punkt 70 fremsat i henhold til artikel 81 EF. Det fremgår af dette punkt, at »De Beers […] har en betragtelig fordel i forhold til sine konkurrenter ikke blot på grund af sin størrelse, men ligeledes fordi selskabet kan sikre den bedste ensartethed i leveringerne [af rådiamanter] til sine kunder. Dette skyldes, at selskabet har adgang til produktionen fra et større antal miner, der bryder flere forskellige slags rådiamanter, og selskabet er den eneste producent, der har store lagre«. Denne betragtning godtgør dog ikke, hvorledes Alrosa ikke kunne sikre en jævnlig levering af betydelige mængder rådiamanter, hvis selskabet fortsat leverede en begrænset mængde til De Beers.

146 Endvidere er det ikke nødvendigvis godtgjort, at der er sket en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, selv i tilfælde af, at salget af en begrænset mængde rådiamanter til De Beers ville give denne mulighed for at opretholde eller styrke sin rolle som market-maker og således sin dominerende stilling. Eftersom formålet med artikel 82 EF ikke er at forbyde dominerende stilling, men at bringe misbrug til ophør, kan Kommissionen ikke kræve, at en dominerende virksomhed afholder sig fra at foretage indkøb, der giver virksomheden mulighed for at opretholde eller styrke sin dominerende stilling på markedet, hvis virksomheden ikke i forbindelse hermed anvender metoder, der er uforenelige med konkurrencereglerne. Selv om der påhviler en virksomhed i en sådan stilling særlige forpligtelser (dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 57), kan disse ikke medføre, at selve tilstedeværelsen af en dominerende stilling skal svækkes.

147 I denne sag har Kommissionen med den klare hensigt at svække De Beers' rolle som market-maker pålagt parterne at bringe enhver forretningsforbindelse til ophør.

148 Alrosa, som ikke er omfattet af proceduren efter artikel 82 EF, er ved beslutningen de facto blevet pålagt inden for tre år at foretage betydelige ændringer i sin opbygning og virksomhed for at konkurrere med De Beers uden for SNG.

149 Kommissionen har således pålagt en erhvervsdrivende, som ikke er umiddelbart berørt af en procedure efter artikel 82 EF, at medvirke til en ændring af opbygningen af markedet for produktion og levering af rådiamanter. Denne foranstaltning går ud over de beføjelser, som Kommissionen er tildelt i henhold til denne bestemmelse.

150 Kommissionen har endelig gjort gældende, at forbuddet mod transaktioner gennem åbne udbud var berettiget i betragtning af Alrosas og De Beers' tidligere praksis i forbindelse med ad hoc-salg af (»willing buyer — willing seller«-typen). Kommissionen gør gældende, at der var en begrundet frygt for, at disse salg tillod parterne fortsat at gennemføre den anmeldte aftale, eftersom de ved disse tilfælde solgte mængder kunne svare til de i aftalen fastsatte mængder.

151 Såfremt det i denne forbindelse forudsættes, at De Beers og Alrosa ad omveje ville opretholde den i den anmeldte aftale fastsatte værdi af transaktionerne, havde Kommissionen beføjelser til at træffe de nødvendige foranstaltninger herimod for at sikre overholdelsen af konkurrencereglerne. Det bestemmes nemlig i artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionen kan genåbne proceduren, hvis de deltagende virksomheder handler i strid med deres tilsagn. Endvidere har Kommissionen i henhold til forordningens artikel 23, stk. 2, mulighed for at straffe virksomheder, som undlader at efterkomme tilsagn, der er gjort bindende i henhold til forordningens artikel 9.

152 Såfremt ad hoc-salgene mellem De Beers og Alrosa gav De Beers mulighed for at opretholde eller styrke sin rolle som market-maker, er en sådan virkning endvidere ikke i sig selv i strid med konkurrencereglerne, for så vidt som disse salg ville blive udført i henhold til princippet om det bedste bud.

153 Dermed følger Retten ikke formodningen om, at den mulighed, som Alrosa gives for at sælge en vis mængde diamanter til De Beers ved auktioner, nødvendigvis bringer virkeliggørelsen af de af Kommissionen tilsigtede formål i fare. Disse salg gav

dels tredjemand mulighed for at få adgang til Alrosas produktion på samme betingelser som De Beers, dels fik Alrosa mulighed for at sælge til den største køber på markedet. Eftersom Kommissionen ikke har godtgjort, at Alrosa ved de auktioner, der reelt er gennemført, har taget hensyn til andre kriterier end købstilbuddets kvalitet, kan argumentet om, at De Beers var begunstiget af en fordelagtig behandling ved disse salg, ikke tages til følge. Endvidere foreslog Alrosa i sin skrivelse af 6. februar 2006, som ganske vist blev sendt til Kommissionen efter udløbet af fristen for at afgive nye tilsagn, at begrænse værdien af diamantsalget til De Beers ved auktioner til 275 mio. USD. En sådan begrænsning nedsatte i hvert fald de risici, som Kommissionen fremhævede, for en fordrejning af konkurrencen.

154 Følgelig forelå der i denne sag alternative og mindre indgribende løsninger for virksomhederne end det fuldstændige forbud mod transaktioner, og Kommissionen kunne ikke afholde sig fra at tage hensyn til disse ved at påberåbe sig de påståede vanskeligheder ved fastsættelsen heraf.

155 Endelig skal Retten hvad angår Kommissionens argument om, at beslutningen ikke var endelig, eftersom det var muligt i henhold til artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 at genåbne proceduren, bemærke, at denne mulighed foreligger i tre tilfælde: Hvis de faktiske forhold ændrer sig med hensyn til et punkt, der var væsentligt for beslutningen, hvis de deltagende virksomheder handler i strid med deres tilsagn, eller hvis beslutningen bygger på ufuldstændige, urigtige eller forvanskede oplysninger. Da de situationer, der berettiger genåbning, således er opregnet udtømmende, ville Alrosa af grunde som de i stævningen fremsatte, navnlig om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, ikke kunne anmode om en genåbning af proceduren. Endvidere ville Kommissionen diskretionært kunne afslå en genåbning. Kommissionens argument vedrørende forordningens artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 kan således ikke tages til følge.

156 Under disse omstændigheder har sagsøgeren med rette gjort gældende, dels at det tidsubegrænsede forbud mod enhver forretningsforbindelse mellem De Beers og Alrosa åbenbart går ud over, hvad der var nødvendigt for at nå det fulgte mål, og

dels at der forelå andre løsninger, der var afpasset efter dette formål. Kommissionen var ved anvendelsen fra en berørt virksomhed af proceduren med tilsagn, der gøres bindende, ikke fritaget for at anvende proportionalitetsprincippet, hvilket indebar en konkret efterprøvelse af disse foreløbige løsningers bæredygtighed.

157 Det følger af ovenstående bemærkninger, at anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og af proportionalitetsprincippet må tages til følge, og at beslutningen alene som følge heraf skal annulleres.

158 Der skal imidlertid under hensyn til Kommissionens beføjelser til at opfylde domme om annullation af beslutninger vedtaget i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, ligeledes for fuldstændighedens skyld i denne sag tages stilling til sagsøgerens første anbringende om en tilsidesættelse af retten til at blive hørt.

Anbringendet om en tilsidesættelse af høringsretten

Parternes argumenter

159 Sagsøgeren har gjort gældende, at beslutningen er vedtaget i strid med selskabets ret til at blive hørt, for så vidt som Kommissionen dels ikke oplyste det om, hvorfor den i betragtning af de af tredjemand indgivne bemærkninger fandt, at de fælles tilsagn ikke imødekom dens betænkeligheder, dels ikke gav Alrosa mulighed for at fremsætte sit synspunkt i denne forbindelse.

160 Alrosa har til støtte for dette anbringende først gjort gældende, at retten til at blive hørt, som den er sikret inden for rammerne af en procedure i henhold til konkurrencereglerne, pålægger Kommissionen to forpligtelser. Denne ret, som enhver kan drage fordel af, inden der træffes en individuel foranstaltning over for ham/hende, som måtte berøre ham/hende negativt, således som det fremgår af artikel 41, stk. 2, første led, af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder udfærdiget i Nice den 7. december 2000 (EFT 2000 C 364, s. 1), medfører nemlig, at de interesserede skal gives lejlighed til at udtale sig om de klagepunkter mod den pågældende aftale, som Kommissionen mener at burde gøre gældende mod dem, og de skal med henblik herpå gøres bekendt med de omstændigheder, der danner grundlag for klagepunkterne (Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429) og de konklusioner, Kommissionen udleder heraf (Rettens dom af 10.3.1992, sag T-9/89, Hüls mod Kommissionen, Sml. II, s. 499, præmis 38).

161 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at de betænkeligheder, som Kommissionen har givet udtryk for i beslutningen, er forskellige fra de betænkeligheder, som denne institution tidligere havde udtrykt i sin foreløbige vurdering, således som Alrosa er blevet gjort bekendt med denne.

162 Kommissionen har nemlig indledningsvis udtrykt betænkeligheder på to områder. Kommissionen har, som det fremgår af klagepunktsmeddelelserne i henhold til artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 samt den korte meddelelse, anført, at aftalen forekom at begrænse konkurrencen, fordi den forbeholdt De Beers halvdelen af Alrosas produktion og dermed begrænsede Alrosas mulighed for at optræde som en uafhængig konkurrent på markedet. Kommissionen har anført, at aftalen endvidere forekom at udgøre misbrug af dominerende stilling, eftersom den hindrede De Beers' kunder adgang til en alternativ forsyningskilde og styrkede De Beers' markedsposition på bekostning af dets væsentligste konkurrent. Sagsøgeren og De Beers har i betragtning af denne foreløbige vurdering afgivet deres fælles tilsagn, som Kommissionen oprindeligt havde til hensigt at gøre bindende.

163 Kommissionen har endvidere ændret sin analyse. Den har efter at være blevet bekendt med tredjemandsbemærkningerne vedrørende den korte meddelelse, som omfattede seks andre grunde til bekymring under hensyn til konkurrencereglerne, nemlig i betragtning 41 og 42 til beslutningen, lagt til grund, at disse bemærkninger, selv om de ganske som Kommissionens egen analyse ikke afslørede nye relevante betænkeligheder, førte den til endeligt at fastslå, at de fælles tilsagn ikke imødekom dens betænkeligheder.

164 Endelig har sagsøgeren fundet, at det under disse omstændigheder tilkom Kommissionen at gøre det muligt for selskabet at blive hørt ikke kun i forhold til tredjemandsbemærkningerne, men ligeledes vedrørende analysen, hvorefter den nu fandt, at de fælles tilsagn var utilstrækkelige, og at de individuelle tilsagn fra De Beers nødvendigvis skulle gøres bindende. Dette skete imidlertid ikke.

165 Kommissionens indvendinger i denne forbindelse er ugrundede. Kommissionen kan ikke med rimelighed gøre gældende, som den har gjort i betragtning 41 til beslutningen, at de individuelle tilsagn blot styrker de fælles tilsagn. Det absolutte og potentielt endelige forbud mod at have nogen forretningsforbindelse med De Beers er nemlig ud fra et økonomisk synspunkt af en helt anden karakter end muligheden for under betingelser, der ganske vist er restriktive, at forfølge en sådan forbindelse. Endvidere kan Kommissionen ikke med føje gøre gældende, at sagsøgeren ikke er en berørt part af proceduren indledt i henhold til artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54. Kommissionen havde nemlig, eftersom den har erkendt, at det efter sagens omstændigheder var berettiget at høre sagsøgeren i forbindelse med tredjemandsbemærkningerne, ikke grundlag for at afvise at høre Alrosa vedrørende sin ændrede analyse.

166 Kommissionen anser dette anbringende for ugrundet.

167 Den har først gjort gældende, at der skal sondres mellem sagsøgerens stilling som led i proceduren indledt i henhold til artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 på den ene side og selskabets stilling som led i proceduren i henhold til artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54 på den anden side. Den første af disse procedurer blev indledt mod De Beers og Alrosa, som var adressater for en klagepunktsmeddelelse, afgav fælles tilsagn over for Kommissionen og blev hørt af denne navnlig vedrørende tredjemands bemærkninger. Fortsættelsen af proceduren har dog mistet enhver interesse som følge af de individuelle tilsagn fra De Beers, og den blev således afsluttet, uden at der var grund til at vedtage en beslutning. Den anden procedure blev indledt mod De Beers, men ikke sagsøgeren og blev afsluttet ved vedtagelsen af en beslutning.

168 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at retsstillingen for en part i en procedure om anvendelse af konkurrencereglerne — dvs. den person, mod hvilken denne procedure er indledt, og som kan pålægges en straf — skal adskilles fra retsstillingen for de interesserede parter i den nævnte procedure — dvs. de personer, som kan have en interesse i procedurens resultat, men mod hvilke denne procedure ikke er indledt, og som ikke kan pålægges en straf. Rækkevidden af høringsretten, som den følger af de almindelige retsgrundsætninger og af bestemmelser i afledt ret, er ikke den samme for disse to persongrupper.

169 Endelig har Kommissionen gjort gældende, at retsstillingen for de parter, der på den ene eller anden måde er indblandet i en procedure vedrørende anvendelsen af konkurrencereglerne, er særlig, når det planlægges at anvende artikel 9 i forordning nr. 1/2003. Denne bestemmelse, som er skabt for at give Kommissionen mulighed for hurtigt og effektivt at afslutte proceduren, når der afgives tilsagn, der kan imødekomme dens betænkeligheder, medfører ikke, at institutionen skal høre parterne på samme måde, som når dette ikke er tilfældet. Særligt skal Kommissionen ikke indled-

ningsvis tilsende de deltagende parter en klagepunktsmeddelelse, men gennem en foreløbig vurdering oplyse de pågældende virksomheder om sine betænkeligheder. Såfremt disse virksomheder afgiver tilsagn, disse synes at imødekomme betænkelighederne, og Kommissionen påtænker at gøre dem bindende, tilkommer det den herefter ved at offentliggøre en kort meddelelse i *Den Europæiske Unions Tidende* at gøre det muligt for tredjemand at fremsætte bemærkninger hertil.

170 Denne offentliggørelse foregriber ikke Kommissionens skøn og forpligter den ikke til at anvende artikel 9 i forordning nr. 1/2003. Institutionen kan således fortsætte gennemgangen af de deltagende virksomheders afgivne tilsagn, og den kan ud fra gennemgangen, de bemærkninger, der i givet fald er indgivet af tredjemand, og sagens omstændigheder gøre disse tilsagn bindende, finde, at de er uegnede til at imødekomme dens betænkeligheder, og undersøge et nyt tilsagn afgivet af de deltagende virksomheder eller endog genoptage proceduren i henhold til artikel 7 i forordning nr. 1/2003. Kommissionen er således på ingen måde forpligtet til at vedtage en beslutning i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003.

171 Eftersom sagsøgeren i denne sag ikke er en deltagende part i den procedure, der førte Kommissionen til at vedtage beslutningen, er der ikke grundlag for at indrømme selskabet de rettigheder, som de deltagende parter tildeles i henhold til artikel 27 i forordning nr. 1/2003 eller artikel 10-12 i forordning nr. 773/2004.

172 Sagsøgeren har dog rent faktisk været begunstiget af den høringsret, som selskabet inden for rammerne af denne procedure kunne gøre retligt krav på. Omfanget af denne ret blev fastsat på baggrund af sagsøgerens særlige stilling i dette tilfælde. Denne afhænger hovedsageligt af to samtidigt udførte procedurer vedrørende karteller og misbrug af dominerende stilling i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 17 samt bestemmelserne i forordning nr. 1/2003. Den forklares endvidere i den efterfølgende fremsættelse af fælles tilsagn fra sagsøgeren og De Beers og senere, efter markedstesten, af de individuelle tilsagn fra De Beers.

173 Sagsøgeren var således ved den korte meddelelse for det første blevet oplyst om de betænkeligheder, som Kommissionen udtrykte i sin foreløbige vurdering af den anmeldte aftale i henhold til artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54. For det andet var selskabet blevet oplyst om de bemærkninger, som tredjemand havde fremsat i denne anledning, og for det tredje om De Beers' individuelle tilsagn. Endvidere havde Alrosa mulighed for at fremsætte sine synspunkter vedrørende tredjemands bemærkninger og De Beers' individuelle tilsagn, og selskabet udtrykte sig rent faktisk desangående.

174 Det er endvidere urigtigt at antage, at Kommissionen har taget hensyn til nye betænkeligheder efter offentliggørelsen af den korte meddelelse og modtagelsen af tredjemandsbemærkningerne. Institutionen ville nemlig herved blot have analyseret, om Alrosas og De Beers' fælles tilsagn imødekom Kommissionens betænkeligheder vedrørende aftalen. Der er i tredjemandsbemærkningerne i denne forbindelse ikke taget hensyn til nye punkter, og de bekræftede, at de fælles tilsagn var utilstrækkelige.

Rettens bemærkninger

175 I forordning nr. 1/2003 sondres mellem flere forskellige kategorier, der deltager i proceduren for Kommissionen: »deltagende« virksomheder (artikel 7), »klagerne« (artikel 27), de »pågældende« virksomheder eller parter (artikel 9, 17 og 18, artikel 21, stk. 1, og artikel 27, stk. 2), »virksomheder, der er omfattet af proceduren« (artikel 27, stk. 1), og »tredjemand« (artikel 27, stk. 4).

176 Det er straks udelukket, at sagsøgeren er »klager«. Endvidere er De Beers af de ovenfor angivne årsager den eneste »pågældende« virksomhed, »der er omfattet af den procedure«, som Kommissionen har iværksat i henhold til artikel 82 EF.

177 Sagsøgeren er dog ikke blot en »tredjemand« i proceduren i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. Alrosa er nemlig De Beers' medkontrahent inden for rammerne af en langvarig bilateral forretningsforbindelse, som bringes til ophør ved beslutningen. Endvidere har sagsøgeren været impliceret i de to procedurer, som Kommissionen indledte efter meddelelsen af selskabets aftale med De Beers.

178 Denne konklusion styrkes af den måde, hvorpå Kommissionen har iværksat de to procedurer vedrørende aftalen mellem Alrosa og De Beers.

179 Kommissionen indledte således den 14. januar 2003, efter at den havde modtaget anmeldelsen af den anmeldte aftale, to procedurer, den ene i henhold til artikel 81 EF og den anden i henhold til artikel 82 EF. Procedurerne blev registreret under samme referencenr. (38.381), hvilket Kommissionen har præciseret under retsmødet.

180 Kommissionen tilsendte sagsøgeren klagepunktsmeddelelsen vedrørende proceduren i henhold til artikel 81 EF, mens den tilsendte De Beers klagepunktsmeddelelserne vedrørende begge procedurer. De to meddelelser vedrørte den aftale, som De Beers og Alrosa ville indgå, i den historiske sammenhæng, der var kendetegnende for forbindelserne mellem de to parter.

181 Efter klagepunktsmeddelelserne indledte sagsøgeren og Kommissionen med henblik på at nå frem til en forhandlet løsning af sagen de diskussioner, som De Beers siden tilsluttede sig. Den 31. marts 2003 fremsendte sagsøgeren og De Beers fælles, skriftlige bemærkninger til Kommissionen som svar på klagepunktsmeddelelsen udstedt i henhold til artikel 81 EF. Disse bemærkninger vedrørte ligeledes aftalens forenelighed med artikel 82 EF, selv om sagsøgeren ikke modtog kopi af den i henhold til denne artikel udarbejdede klagepunktsmeddelelse, som var blevet sendt til De Beers.

182 Endvidere afgav sagsøgeren og De Beers den 7. juli 2003 mundtlige indlæg for Kommissionen. Den 14. december 2004 fremsatte sagsøgeren og De Beers sammen tilsagn med henblik på at imødekomme de betænkeligheder, som Kommissionen havde delagtiggjort dem i.

183 I meddelelsen af 3. juni 2005 i sag COMP/E-2/38.381 — De Beers — Alrosa, hvorved Kommissionen tog hensyn til de af sagsøgeren og De Beers afgivne fælles tilsagn og opfordrede tredjemand til at fremsætte sine bemærkninger for Kommissionen, sondres således heller ikke mellem de to procedurer.

184 Hertil kommer, at sagsøgeren og De Beers den 27. oktober 2005 deltog i et fælles møde med Kommissionen, hvorunder sidstnævnte oplyste dem om bemærkningerne fra 21 tredjemænd fremsat efter meddelelsen af 3. juni 2005.

185 Endelig har Kommissionen i en skrivelse af 22. februar 2006 underrettet sagsøgeren om, at den procedure, der vedrørte Alrosa, var blevet afsluttet som følge af de individuelle tilsagn fra De Beers i den procedure, der var iværksat i henhold til artikel 82 EF.

186 Det følger af denne gennemgang af forholdene, at de procedurer, som Kommissionen iværksatte i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, hele tiden de facto er blevet behandlet som én samlet procedure af såvel Kommissionen som af sagsøgeren og De Beers.

187 Efter omstændighederne i denne sag, sammenhængen mellem de to procedurer, som Kommissionen indledte, samt den omstændighed, at Alrosa nævnes udtrykkeligt i beslutningen, burde sagsøgeren under hele proceduren være indrømmet de rettigheder, der tildeles en »pågældende virksomhed« i henhold til forordning nr. 1/2003, selv om den i snæver forstand ikke er en sådan virksomhed i en procedure vedrørende artikel 82 EF.

188 I betragtning 37 til forordning nr. 1/2003 bestemmes, at der i forordningen »overholdes de grundlæggende rettigheder og principper, som bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder anerkender«, og at den bør »fortolkes og anvendes i overensstemmelse med disse rettigheder og principper«. I henhold til artikel 41, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har enhver ret til at blive hørt, »inden der træffes en individuel foranstaltning over for ham/hende, som måtte berøre ham/hende negativt«.

189 Endvidere bestemmes det i artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, at »[d]e deltagende parters ret til forsvar skal sikres fuldt ud i procedureforløbet«, og at de deltagende parter har »ret til indsigt i Kommissionens sagsakter«.

190 Endelig bestemmes det i tiende betragtning til forordning nr. 773/2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, at »[Kommissionen for] at sikre virksomhedernes ret til kontradiktion bør […] give de berørte parter mulighed for at udtale sig, før den træffer en beslutning«.

191 Det skal ligeledes påpeges, at retten til at blive hørt i forbindelse med enhver procedure, som kan resultere i en for en bestemt person bebyrdende afgørelse, er et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som skal overholdes, selv om der ikke er fastsat nogen bestemmelser vedrørende den pågældende procedure (Domstolens dom af 24.10.1996, sag C-32/95 P, Kommissionen mod Lisrestal m.fl., Sml. I, s. 5373, præmis 1).

192 Retten fastslår, at Kommissionen den 3. juni 2005 ved offentliggørelsen af den meddelelse, hvorved den tog hensyn til de fælles tilsagn afgivet af De Beers og sagsøgeren, under forbehold af resultatet af høringen af tredjemand havde til hensigt at gøre disse tilsagn bindende. Kommissionen fandt således, at disse tilsagn umiddelbart imødekom de betænkeligheder, som den havde givet udtryk for i sin foreløbige vurdering.

193 Kommissionen fandt imidlertid, efter at have modtaget bemærkninger fra tredjemand, at de fælles tilsagn ikke imødekom de oprindelige betænkeligheder, og at den eneste mulige løsning var at bringe enhver forbindelse mellem Alrosa og De Beers til ophør fra 2009. Kommissionen har ikke desto mindre i punkt 41 i sin beslutning præciseret, at »langt hovedparten af disse bemærkninger har bekræftet de konkurrencemæssige betænkeligheder, som Kommissionen gav udtryk for i sin foreløbige vurdering, eftersom de har understreget, at disse betænkeligheder ikke ville fjernes fuldstændigt gennem de fælles tilsagn«, og at disse tredjemandsbemærkninger »ikke har givet udtryk for nye relevante betænkeligheder«. Det betyder, at Kommissionen ikke har lagt vægt på eventuelle nye klagepunkter fremlagt af tredjemand.

194 Retten er imidlertid ikke overbevist af Kommissionens erklæring om, at tredjemandsbemærkningerne blot har bekræftet dens oprindelige betænkeligheder. Såfremt tredjemandsbemærkningerne ikke har tilføjet noget nyt i forhold til Kommissionens foreløbige vurdering, kunne den nemlig uændret have gjort de fælles tilsagn bindende. Såfremt tredjemand derimod anså de fælles tilsagn for at være utilstrækkelige, og deres bemærkninger førte Kommissionen til at konkludere, at dens oprindelige betænkeligheder udelukkende kunne imødekommes ved et endeligt ophør af forbindelserne mellem parterne fra 2009, skulle Kommissionen høre parterne om disse bemærkninger samt om de andre faktiske forhold, der lå til grund for dens nye konklusion. Det må nemlig antages, at Kommissionen kun kan se bort fra vurderingen af de fælles tilsagn, såfremt de faktiske omstændigheder har ændret sig, eller denne vurdering er blevet foretaget på grundlag af urigtige oplysninger.

195 Kommissionen kunne efter modtagelsen af bemærkninger fra tredjemand ganske vist med rette vurdere, at parternes afgivne tilsagn ikke imødekom de betænkeligheder, der fremgik af Kommissionens foreløbige vurdering, eftersom formålet med høringen af tredjemand i henhold til artikel 27, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 netop er at give den mulighed for at vedtage en beslutning, som kan imødekomme de konkurrenceproblemer, som den har fastsat i sin foreløbige vurdering.

196 Imidlertid kræver overholdelsen af høringsretten i en sag som denne dels, at de virksomheder, som har afgivet disse tilsagn, gøres bekendt med de væsentligste faktiske forhold, som Kommissionen for at kræve nye tilsagn lægger vægt på, dels at virksomhederne kan fremsætte bemærkninger hertil. I denne sag har sagsøgeren udelukkende fået oplysninger i sammendrag af de konklusioner, som Kommissionen har draget af bemærkningerne fra tredjemand. Kommissionen har nemlig under mødet den 27. oktober 2005 blot oplyst Alrosa om, at tredjemandsbemærkningerne hovedsageligt vedrørte risikoen for markedsafskærmning og for et kartel mellem De Beers og Alrosa, og at kommissæren for konkurrence havde givet den ansvarlige tjeneste ordrer om ikke at acceptere de fælles tilsagn i denne sag. Alrosa modtog ved samme lejlighed et sammendrag af tredjemandsbemærkningerne, og Kommissionen oplyste selskabet om indholdet af de tilsagn, den forventede fra parterne efter det negative resultat af høringen af tredjemand. Det drejede sig om ophør af en enhver forbindelse fra 2009 og et nyt forslag om tilsagn på grundlag heraf inden udgangen af november 2005.

197 De deltagende virksomheder har ligeledes i henhold til artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 ret til indsigt i Kommissionens sagsakter. Denne rettighed hører i henhold til fast retspraksis under de proceduregarantier, der tilsigter at beskytte retten til kontradiktion og særligt at sikre en effektiv udnyttelse af retten til at blive hørt (Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 334, og af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407). Udøvelsen heraf forudsætter i henhold til artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 773/2004, at den pågældende virksomhed anmoder Kommissionen herom.

198 Retten fastslår i den forbindelse for det første, at der mellem parterne er enighed om, at sagsøgeren anmodede om en ikke fortrolig udgave af tredjemands bemærkninger. Sagsøgeren har imidlertid oplyst, at denne anmodning blev fremsat mundtligt under mødet den 27. oktober 2005 og atter ved skrivelse af 6. december 2005, hvorimod sagsøgeren ifølge Kommissionen først anmodede om en ikke fortrolig udgave af tredjemandsbemærkningerne den 6. december 2005, dvs. efter udløbet af fristen for at afgive nye tilsagn.

199 Det følger af sagsakterne, at Kommissionen under mødet den 27. oktober 2005 ved at besvare et spørgsmål fra sagsøgerens advokater vedrørende indsigt i den ikke fortrolige udgave af tredjemandsbemærkningerne anførte, at den i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 ikke var forpligtet til at tilsende selskabet en sådan udgave. Kommissionen har i øvrigt ikke bestridt den omstændighed, at muligheden for indsigt i disse dokumenter er blevet drøftet mellem parterne ved dette møde.

200 Det skal ligeledes bemærkes, at de individuelle tilsagn, som blev gjort bindende ved beslutningen, blev fremsat af De Beers den 25. januar 2006, dvs. efter udløbet af fristen for at afgive nye tilsagn den 30. november 2005, som Kommissionen havde fastsat under mødet den 27. oktober 2005. Under disse omstændigheder kan det hverken gøres gældende, at nye forslag til fælles tilsagn ikke længere kunne afgives af Alrosa og De Beers efter den 30. november 2005, eller at en anmodning om indsigt i tredjemandsbemærkninger efter denne dato ville være uden relevans for sagsøgeren.

201 Kommissionen fremsendte efter sagsøgerens formelle, skriftlige anmodning om aktindsigt af 6. december 2005 først en ikke fortrolig kopi af disse tredjemandsbemærkninger den 26. januar 2006, dvs. mere end seks uger efter sagsøgerens formelle anmodning herom og mere end tre måneder efter mødet den 27. oktober 2005, hvorunder parterne havde drøftet spørgsmålet om indsigt i en ikke fortrolig udgave af tredjemandsbemærkningerne. Retten fastslår ligeledes, at disse dokumenter blev oversendt til sagsøgeren på samme tidspunkt som et uddrag af de individuelle tilsagn fra De Beers, hvilket gjorde sagsøgeren ude af stand til nyttigt at besvare disse og fremsætte nye fælles tilsagn sammen med De Beers.

202 Tredjemandsbemærkningerne har imidlertid haft en særlig betydning i proceduren, idet Kommissionen har taget hensyn hertil for at fastslå, at markedstesten var negativ, og at udelukkende et ophør af enhver forretningsforbindelse fra 2009 udgjorde en acceptabel løsning. Det fremgår nemlig af beslutningens punkt 42, at »disse bemærkninger samt Kommissionens egen analyse førte den til at anmode parterne om at ændre de tilsagn, som de havde afgivet«.

203 Det følger heraf, at sagsøgeren under sagens omstændigheder havde ret til blive hørt om de individuelle tilsagn fra De Beers, som Kommissionen ville gøre bindende som led i den procedure, der var åbnet i henhold til artikel 82 EF, og at sagsøgeren ikke fik mulighed for at udnytte denne rettighed fuldstændigt, selv om det i denne sag ikke er godtgjort klart, i hvilket omfang denne uregelmæssighed har kunnet påvirke Kommissionens beslutning.

204 Følgelig må sagsøgerens første anbringende, der er gennemgået for fuldstændighedens skyld, tages til følge.

205 Herefter skal beslutningen annulleres.

Sagens omkostninger

206 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har tabt sagen og bør derfor, ud over at bære sine egne omkostninger, pålægges at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med selskabets påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Udvidede Afdeling)

1) Kommissionens beslutning 2006/520/EF af 22. februar 2006 om en procedure efter EF-traktatens artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/B-2/38.381 — De Beers) (meddelt under nr. K(2006) 521) annulleres.

2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer sine egne omkostninger og betaler Alrosa Company Ltd's omkostninger.

Legal Wiszniewska-Białecka Vadapalas

Moavero Milanesi Wahl

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. juli 2007.

E. Coulon H. Legal

Justitssekretær Afdelingsformand