ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer — uitgebreid)

11 juli 2007 *

In zaak T-170/06,

Alrosa Company Ltd, gevestigd te Mirny (Rusland), vertegenwoordigd door R. Subiotto, S. Mobley en K. Jones, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre, A. Whelan en R. Sauer als gemachtigden,

verweerster,

betreffende nietigverklaring van beschikking 2006/520/EG van de Commissie van 22 februari 2006 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 [EG] en artikel 54 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/B-2/38.381 — De Beers) (PB L 205, blz. 24), waarbij, overeenkomstig artikel 9 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1), verbindend worden

* Procestaal: Engels.

verklaard de toezeggingen van De Beers om vanaf 2009 niet langer ruwe diamanten bij ALROSA te kopen na een periode tussen 2006 en 2008 waarin haar aankoophoeveelheid geleidelijk zal worden afgebouwd, en de procedure wordt beëindigd,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: H. Legal, kamerpresident, I. Wiszniewska-Białecka, V. Vadapalas, E. Moavero Milanesi en N. Wahl, rechters,

griffier: K. Pocheć, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 april 2007,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen en feiten van het geding

1. *Toepasselijke bepalingen*

Verordening nr. 1/2003

1 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, p. 1), is van toepassing met ingang van 1 mei 2004.

2 Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt:

„Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk op artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. Zij kan hun daartoe alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. Structurele maatregelen kunnen alleen worden opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel voor de betrokken onderneming belastender zou zijn dan de structurele maatregel. De Commissie kan ook een reeds beëindigde inbreuk vaststellen, indien zij hierbij een legitiem belang heeft."

3 Artikel 9 van verordening nr. 1/2003 luidt:

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

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

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

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

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

4 In artikel 27 van verordening nr. 1/2003 wordt bepaald:

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

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

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

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

Verordening nr. 773/2004

5 Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB L 123, blz. 18), is op grond van artikel 33 van verordening nr. 1/2003 vastgesteld en op 1 mei 2004 in werking getreden.

6 Artikel 10 van verordening nr. 773/2004 bepaalt met name:

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

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

[…]"

7 In artikel 15, lid 1, van verordening nr. 773/2004 wordt bepaald:

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

2. *Feiten van het geding*

8 Verzoekster, Alrosa Company Ltd (hierna: „Alrosa") is een te Mirny (Rusland) gevestigde vennootschap. Zij is met name actief op de wereldmarkt voor de productie en de levering van ruwe diamanten, waar zij de tweede plaats inneemt. Zij is met name in Rusland aanwezig. Zij houdt zich aldaar bezig met exploratie, delving, waardebepaling en levering, alsook met de vervaardiging van juwelen.

9 De Beers SA is een te Luxemburg (Luxemburg) gevestigde vennootschap. De groep De Beers, waarvan zij de voornaamste holdingmaatschappij is, is ook actief op de wereldmarkt voor de productie en de levering van ruwe diamanten, waar zij de eerste plaats inneemt. De groep is hoofdzakelijk aanwezig in Zuid-Afrika, Botswana, Namibië en Tanzania, alsmede in het Verenigd Koninkrijk. Zij houdt zich aldaar bezig met de exploratie, delving, waardebepaling, levering, verhandeling en vervaardiging, alsook met de vervaardiging van juwelen waarmee zij de gehele diamantsector bestrijkt.

10 Op 5 maart 2002 hebben Alrosa en De Beers bij de Commissie een overeenkomst aangemeld die op 17 december 2001 is gesloten tussen Alrosa en twee dochtermaatschappijen van de groep De Beers, City and West East Ltd en De Beers Centenary AG (hierna: „aangemelde overeenkomst"), met het oog op een negatieve verklaring of een vrijstelling op grond van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

11 Die overeenkomst, die was gesloten in het kader van de langdurige handelsbetrekkingen tussen Alrosa en De Beers, had voornamelijk de levering van ruwe diamanten tot doel.

12 De overeenkomst werd aangegaan voor een periode van vijf jaar die volgens artikel 12 ervan inging vanaf de datum waarop de Commissie de medecontractanten bevestigde dat deze „niet in strijd was met artikel 81, lid 1, EG of in aanmerking kwam voor een vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG en niet anderszins in strijd was met artikel 82 EG".

13 Tijdens die periode verbond Alrosa zich ertoe in Rusland geproduceerde natuurlijke ruwe diamanten te verkopen aan De Beers voor een bedrag van 800 miljoen Amerikaanse dollars (USD) per jaar, terwijl De Beers zich ertoe verbond om ze van haar af te nemen, zoals werd bepaald in artikel 2.1.1 van de aangemelde overeenkomst. Met betrekking tot het vierde en het vijfde jaar van de uitvoering van de aangemelde overeenkomst mocht Alrosa echter volgens artikel 2.1.2 van de aangemelde overeenkomst dat bedrag verminderen tot 700 miljoen USD. Het bedrag van 800 miljoen USD, dat op basis van de geldende prijzen op de datum van sluiting van de aangemelde overeenkomst is vastgesteld, kwam overeen met ongeveer de helft van de jaarproductie van Alrosa en met haar gehele productie die uit het Gemenebest van onafhankelijke staten (GOS) werd uitgevoerd.

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

15 Op 31 maart 2003 hebben verzoekster en De Beers aan de Commissie gemeenschappelijke schriftelijke opmerkingen gezonden in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar in zaak COMP/E-3/38.381.

16 Op 1 juli 2003 heeft de Commissie verzoekster en De Beers een aanvullende mededeling van punten van bezwaar gezonden, waarin zij van mening was dat de aangemelde overeenkomst ook een bij artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) verboden mededingingsverstorende overeenkomst kon vormen en niet op grond van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst kon worden vrijgesteld. Op dezelfde dag heeft zij De Beers een afzonderlijke aanvullende mededeling van punten van bezwaar gezonden, volgens welke de aangemelde overeenkomst ook een bij artikel 54 van de EER-Overeenkomst verboden misbruik van machtspositie kon vormen.

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

18 Op 12 september 2003 heeft verzoekster toezeggingen gedaan om de hoeveelheid van aan De Beers verkochte ruwe diamanten vanaf het zesde jaar van de uitvoering van de aangemelde overeenkomst eerst af te bouwen en vanaf 2013 niet langer ruwe diamanten aan De Beers te verkopen. Verzoekster is naderhand op die toezeggingen teruggekomen.

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

20 Op 3 juni 2005 is een „bekendmaking […] in zaak COMP/E-2/38.381 — De Beers-Alrosa" gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB C 136, blz. 32; hierna: „beknopte bekendmaking"). De Commissie verklaarde daarin dat zij verbintenissen van Alrosa en De Beers had ontvangen in de loop van haar onderzoek van de overeenkomst in het licht van de artikelen 81 EG en 82 EG, en de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst (punt 1), gaf daarin een samenvatting van de zaak (punten 3-10) en beschreef de aangeboden verbintenissen (punten 11-15). Zij verzocht daarin ook belanghebbende derden haar binnen één maand hun opmerkingen kenbaar te maken (punten 2 en 17) en gaf daarin blijk van haar voornemen een beschikking te geven die de gezamenlijke toezeggingen verbindend verklaarde, afhankelijk van de resultaten van de markttoets (punten 2 en 16).

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

22 Op 25 januari 2006 heeft De Beers individueel toezeggingen gedaan (hierna: „individuele toezeggingen van De Beers"), die ertoe strekten tegemoet te komen aan de bezorgdheden die de Commissie had geuit in het licht van de resultaten van de markttoets. Volgens de individuele toezeggingen van De Beers zou de verkoop van ruwe diamanten van Alrosa aan De Beers, waarvan de waarde van 600 miljoen USD in 2006 tot 400 miljoen USD in 2008 zou dalen, eerst worden afgebouwd en daarna worden stopgezet.

23 Op 26 januari 2006 heeft de Commissie verzoekster een kopie van de individuele toezeggingen van De Beers gezonden en heeft zij haar verzocht haar opmerkingen daarover kenbaar te maken. Zij heeft haar ook een kopie van de niet-vertrouwelijke versies van de commentaren van derden doen toekomen.

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

25 Op 22 februari 2006 heeft de Commissie beschikking 2006/520/EG vastgesteld, betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 [EG] en artikel 54 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/B-2/38.381 — De Beers) (PB L 205, blz. 24; hierna: „beschikking").

26 Artikel 1 van de beschikking bepaalt dat „de in bijlage opgesomde toezeggingen verbindend zijn voor De Beers", en artikel 2 bepaalt dat „de in casu ingeleide procedure wordt afgesloten".

Procesverloop en conclusies van partijen

27 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 juni 2006, heeft Alrosa het onderhavige beroep ingesteld.

28 Bij op dezelfde dag ter griffie neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster het Gerecht verzocht om uitspraak te doen volgens de versnelde procedure van artikel 76 bis, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering.

29 Op 16 augustus 2006 heeft de Commissie haar verweerschrift neergelegd.

30 Bij beschikking van 14 september 2006 heeft het Gerecht (Vierde kamer) het verzoek van verzoekster om versnelde behandeling, de Commissie gehoord en wegens de bijzondere spoedeisendheid en de omstandigheden van de zaak, ingewilligd.

31 Bij brief van 28 september 2006 heeft het Gerecht (Vierde kamer) de Commissie verzocht de op 14 januari en 1 juli 2003 op grond van artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst aan De Beers gezonden mededelingen van punten van bezwaar over te leggen overeenkomstig de artikelen 49 en 64 van het Reglement voor de procesvoering. De Commissie heeft binnen de daartoe gestelde termijn aan die maatregel tot organisatie van de procesgang gevolg gegeven.

32 Bij beschikking van 9 oktober 2006 heeft het Gerecht, partijen gehoord, de zaak overeenkomstig de artikelen 14, lid 1, en 51, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering toegewezen aan de Vierde kamer (uitgebreid).

33 Partijen zijn ter terechtzitting van 19 april 2007 in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

34 Alrosa concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

35 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— Alrosa te verwijzen in de kosten.

In rechte

1. *Ontvankelijkheid*

36 Hoewel de Commissie opmerkt dat artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst enkel betrekking kunnen hebben op ondernemingen met een machtspositie, dat dit niet opgaat voor Alrosa en dat Alrosa dus niet kan worden beschouwd als een partij bij de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van de beschikking, en ook niet als adressaat daarvan, betwist zij niet de ontvankelijkheid van het beroep voor zover dit gebaseerd is op het feit dat verzoekster door de beschikking individueel en rechtstreeks wordt geraakt.

37 Daar de ontvankelijkheid van het beroep echter een vraag van openbare orde is, moet deze ingevolge artikel 113 van het Reglement voor de procesvoering ambtshalve worden onderzocht (arrest Hof van 24 maart 1993, CIRFS e.a./Commissie, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punt 23).

38 Daar verzoekster geen adressaat van de bestreden beschikking is, moet worden uitgemaakt of zij daardoor rechtstreeks en individueel wordt geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG.

39 In casu verleent de bestreden beschikking overeenkomstig artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 een verbindend karakter aan de individuele toezeggingen van De Beers om haar aankopen bij Alrosa tussen 2006 en 2008 tot een bepaald bedrag aan ruwe diamanten te beperken en vanaf 2009 direct of indirect geen ruwe diamanten van Alrosa te kopen. Voor zover de beschikking de mogelijkheid voor De Beers om ruwe diamanten bij Alrosa te betrekken beperkt, heeft deze rechtstreekse en onmiddellijke gevolgen voor de rechtspositie van laatstgenoemde. Verzoekster wordt bijgevolg door de beschikking rechtstreeks geraakt.

40 Verzoekster wordt door de beschikking ook individueel geraakt, aangezien deze is vastgesteld na een procedure waaraan Alrosa op beslissende wijze heeft deelgenomen, Alrosa uitdrukkelijk noemt, beoogt een einde te maken aan de langdurige handelsrelatie van Alrosa met De Beers en de concurrentiepositie van Alrosa op de markt voor levering en productie van ruwe diamanten ernstig kan aantasten (zie in die zin arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 54-56).

41 Bijgevolg is verzoekster bevoegd de wettigheid van de beschikking op grond van artikel 230, vierde alinea, EG te betwisten.

2. *Ten gronde*

42 Verzoeksters betoog ter ondersteuning van haar beroep kan worden verdeeld in drie middelen: 1) schending van het recht te worden gehoord; 2) schending door de

beschikking van de bewoordingen van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 waarbij wordt verboden aan een betrokken onderneming, bovendien voor onbepaalde duur, toezeggingen op te leggen die zij niet vrijwillig is aangegaan, en ten slotte 3) het buitensporige karakter van de verbindend verklaarde toezeggingen in strijd met artikel 9 van verordening nr. 1/2003, artikel 82 EG, de contractvrijheid en het evenredigheidsbeginsel.

43 In de onderhavige omstandigheden moeten om te beginnen het tweede en het derde middel tezamen worden onderzocht.

Middelen betreffende schending van artikel 9 van verordening nr. 1/2003, artikel 82 EG, de contractvrijheid en het evenredigheidsbeginsel

Argumenten van partijen

44 Verzoekster stelt om te beginnen dat de beschikking artikel 9 van verordening nr. 1/2003 schendt, voor zover deze een verbindend karakter verleent aan toezeggingen die door slechts een van de twee in casu betrokken ondernemingen zijn gedaan, te weten de individuele toezeggingen van De Beers, en dit voor onbepaalde tijd doet.

45 Artikel 9, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003 biedt de Commissie en de onderneming of ondernemingen die betrokken zijn bij een procedure inzake de toepassing van de mededingingsregels, de mogelijkheid hun geschil te regelen op een wijze die voor beide partijen gunstig is. Die logica wil dat wanneer er verschillende betrokken ondernemingen zijn en deze de Commissie gezamenlijk toezeggingen doen, laatstgenoemde enkel die toezeggingen kan aanvaarden en verbindend verklaren en niet door

een van die ondernemingen individueel gedane toezeggingen. In casu had verzoekster echter als een betrokken onderneming moeten worden aangemerkt. Derhalve had de Commissie de individuele toezeggingen van De Beers niet verbindend kunnen verklaren.

46 Bovendien moet artikel 9, tweede volzin, van de verordening aldus worden begrepen dat het de Commissie, wanneer zij besluit toezeggingen verbindend te verklaren, verplicht daartoe enkel beschikkingen voor een bepaalde periode te geven. De beschikking is echter voor een onbepaalde periode gegeven.

47 Verzoekster stelt ook dat de beschikking alle leveringen van ruwe diamanten van Alrosa aan De Beers absoluut en voor een potentieel onbeperkte periode onmogelijk maakt. Daarmee zou zij inbreuk maken op artikel 9 van verordening nr. 1/2003, artikel 82 EG en de contractvrijheid.

48 In dit verband voert verzoekster om te beginnen aan dat de beschikking in wezen is gebaseerd op een onjuiste toepassing van het recht voor zover zij gelijkstaat met een verbod van een rechtmatige gedraging en zulks voor onbepaalde tijd.

49 Immers, het in artikel 4, lid 1, EG neergelegde beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging en het door het recht van de lidstaten bevestigde beginsel van de contractvrijheid dat reeds door het gemeenschapsrecht is erkend (arrest Gerecht van 26 oktober 2000, Bayer/Commissie, T-41/96, Jurispr. blz. II-3383, punt 180; zie ook in die zin conclusie van advocaat-generaal Rozès bij arrest Hof van 11 oktober 1983, Schmidt/Commissie, 210/81, Jurispr. blz. 3045, 3072, en conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij arrest Hof van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, I-7794, punt 56), zijn in de communautaire rechtsorde van fundamenteel belang.

50 Bijgevolg moeten de communautaire mededingingsregels met inachtneming van die beginselen worden toegepast. In het bijzonder kan artikel 82 EG, dat betrekking heeft op specifiek misbruik, niet aldus worden uitgelegd dat daardoor het loutere sluiten van een overeenkomst over de aan- of verkoop van producten onrechtmatig wordt op de enkele grond dat een van de partijen een machtspositie heeft.

51 In casu ontneemt de beschikking Alrosa en De Beers alle vrijheid om een overeenkomst — zelfs op een ad-hocbasis — te sluiten op de enkele grond dat De Beers een machtspositie heeft op downstreammarkten van de markt voor de levering van ruwe diamanten. Daarmee zou de beschikking de boycot van Alrosa door De Beers vanaf 2009 rechtmatig maken. Deze niet eerder voorgekomen situatie is des te opmerkelijker waar de aangemelde overeenkomst, zoals deze oorspronkelijk luidde, slechts 50 % van de jaarproductie van ruwe diamanten van Alrosa en 10 % van de jaarlijkse wereldproductie dekte en daarna in de versie als gevolg van de gezamenlijke toezeggingen voor 18 % van de jaarproductie van Alrosa en 3,6 % van de jaarlijkse wereldproductie gold.

52 Verzoekster stelt vervolgens dat de beschikking in wezen een kennelijke beoordelingsfout bevat voor zover de ter zake van de aangemelde overeenkomst te kennen gegeven bezorgdheden geenszins het tenietdoen van haar contractvrijheid rechtvaardigden.

53 De voornaamste bezorgdheid die de Commissie in haar voorlopige beoordeling van de aangemelde overeenkomst met betrekking tot artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst heeft geuit, was namelijk dat de daarbij bedongen exclusieve toezegging tot levering zou leiden tot een versterking van de marktmacht van De Beers door Alrosa uit te sluiten van de markt voor de levering van ruwe diamanten en bijgevolg andere kopers de toegang te ontzeggen tot de belangrijke bevoorradingsbron die zij was.

54 In een dergelijk geval had volgens de rechtspraak (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 89, en arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653,

punten 80, 81 en 160) een concrete beoordeling moeten worden verricht van het met het gedrag van De Beers verbonden afschermingseffect. Dit was des te noodzakelijker waar de Commissie en de gemeenschapsrechters tot nu toe nooit een uitspraak hadden hoeven te doen over de vraag of een exclusieve leveringstoezegging waarbij een koper met een machtspositie betrokken was, rechtmatig was in het licht van artikel 82 EG.

55 In casu leek het echter passend enerzijds om de aangemelde overeenkomst in zoverre te wijzigen dat het geconstateerde afschermingseffect werd verminderd, en anderzijds ongerechtvaardigd om elke mogelijkheid voor Alrosa om een overeenkomst met De Beers aan te gaan, te niet te doen.

56 Verzoekster is ten slotte van mening dat de beschikking zelf mededingingsverstorende gevolgen heeft. Enerzijds ontzegt zij haar de toegang tot de belangrijkste koper op de markt, waarbij zij het gevaar loopt haar productie te verminderen omdat zij niet zeker is alternatieve kopers tegen gelijke prijzen te vinden. Anderzijds geeft de beschikking De Beers geen toegang tot de productie van Alrosa, waardoor de andere kopers in hun onderhandelingen met Alrosa een grotere marktmacht kunnen uitoefenen en kunstmatige prijzen kunnen opleggen.

57 De beschikking schendt ook artikel 9 van verordening nr. 1/2003, artikel 82 EG en het evenredigheidsbeginsel.

58 Dienaangaande merkt verzoekster om te beginnen op dat het in artikel 5, derde alinea, EG neergelegde evenredigheidsbeginsel, volgens hetwelk het optreden van de Gemeenschap niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken, volgens het Hof tot gevolg heeft dat maatregelen waarbij economische activiteiten worden verboden, slechts wettig zijn wanneer zij geschikt en

noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (arresten Hof van 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 13, en 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 93).

59 Verzoekster is vervolgens van mening dat dit beginsel van toepassing is op de beschikkingen waarbij de Commissie artikel 9 van verordening nr. 1/2003 toepast. Immers, de door verordening nr. 1/2003 aan de Commissie verleende bevoegdheden moeten in verband worden gebracht met de op haar rustende plicht om toe te zien op de toepassing van de in de artikelen 81 EG en 82 EG neergelegde beginselen. Het gebruik dat zij ervan maakt, kan derhalve niet verder gaan dan wat nodig is om te verzekeren dat de mededinging op de interne markt niet wordt vervalst.

60 Het maakt in dit verband niet uit dat de door de Commissie verbindend verklaarde toezeggingen aanvankelijk door de betrokken ondernemingen zijn gedaan en dat zij eventueel verder gaan dan wat voor de naleving van de artikelen 81 EG en 82 EG noodzakelijk is. De ondernemingen doen namelijk enkel toezeggingen om tegemoet te komen aan de bezorgdheden waarvan zij door de Commissie in kennis zijn gesteld. Derhalve moeten de toezeggingen die de Commissie uiteindelijk noodzakelijk heeft verklaard, nog steeds tegemoet komen aan de bezorgdheden die zij in het kader van haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, zonder echter verder te gaan dan wat passend en noodzakelijk is en de minst mogelijke belasting met zich brengt om de naleving van de communautaire mededingingsregels te verzekeren. Op zijn minst is de naleving van die voorschriften noodzakelijk wanneer, zoals in casu, het feit dat toezeggingen verbindend worden verklaard een negatief effect kan hebben op een bij de zaak betrokken persoon.

61 Verzoekster is ten slotte de mening toegedaan dat in casu de beschikking het evenredigheidsbeginsel schendt.

62 Ten eerste is de beschikking niet noodzakelijk voor de verwezenlijking van het met artikel 82 EG nagestreefde doel van het verbod van misbruik van een machtspositie. De aan de Commissie gedane gezamenlijke toezeggingen zouden immers het aandeel van de aan De Beers geleverde jaarproductie van Alrosa van 50 % in 2005 tot 18 % in 2010 en daarna hebben verminderd, op basis van de ten tijde van de sluiting van de aangemelde overeenkomst geldende prijzen, en in werkelijkheid tot een nog lager aandeel daarna gelet op enerzijds de verwachte stijging van de productie van Alrosa en anderzijds de verwachte stijging van de ruwe diamantprijs. Een aandeel van 50 % was door de Commissie toereikend geacht in haar vroegere beschikkingspraktijk waarbij een leverancier met een machtspositie betrokken was, en een beduidend lager aandeel dan dat getal was in casu toereikend geweest.

63 Ten tweede veroorzaakt de beschikking nadelen die niet in verhouding staan tot het doel om een onvervalste mededinging te handhaven als bedoeld in artikel 82 EG. Zij zou immers de eerder aan Alrosa geboden mogelijkheid om een contract met De Beers te sluiten volledig te niet doen. Gelet op de door de Commissie te kennen gegeven bezorgdheden met betrekking tot het gevaar voor marktafscherming, zou het wegens het concrete belang van dat gevaar hebben volstaan de aangemelde overeenkomst te wijzigen op de bij de gezamenlijke toezeggingen bedoelde wijze en bijgevolg het deel van de jaarproductie van Alrosa en het deel van de mondiale jaarproductie die aan De Beers worden geleverd, tot 18 % respectievelijk 3,6 % van de markt te beperken. De Commissie heeft evenwel in de beschikking geenszins aangegeven waarom die minder belastende optie, die haar door de betrokken ondernemingen aan de hand was gedaan, niet kon worden aanvaard.

64 Ten derde geeft het onevenredige karakter van de beschikking weer aanleiding tot discriminatie ten nadele van Alrosa, aangezien andere verkopers dan zij alle vrijheid zouden behouden om hun ruwe diamanten aan De Beers te verkopen in hoeveelheden die als een percentage van de jaarlijkse wereldproductie overigens gelijk zijn aan of meer bedragen dan de 3,6 % volgens de aangemelde overeenkomst zoals gewijzigd bij de gezamenlijke toezeggingen.

65 Volgens de Commissie zijn verzoeksters middelen ongegrond.

66 Om te beginnen heeft het begrip betrokken ondernemingen dat in artikel 9, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003 wordt vermeld, evenals het in andere bepalingen van die verordening genoemde begrip betrokken partijen betrekking op de persoon of in voorkomend geval personen tegen wie de procedure wordt ingeleid, dat wil zeggen de personen aan wie een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst en misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst kan worden toegerekend. In casu was alleen De Beers een onderneming die betrokken was bij de procedure die uit hoofde van de bepalingen inzake misbruik van een machtspositie was ingeleid. Bijgevolg kon alleen De Beers in dat kader toezeggingen doen die door de Commissie verbindend konden worden verklaard.

67 Bovendien kunnen de bewoordingen van artikel 9, tweede volzin, van verordening nr. 1/2003 enkel aldus worden uitgelegd dat daarbij de Commissie de bevoegdheid wordt verleend en niet de plicht wordt opgelegd om beschikkingen voor een bepaalde duur te geven.

68 Zij voert ook aan dat in de eerste plaats de beschikking de contractvrijheid niet schendt. Om te beginnen is het onjuist te stellen dat de beschikking gelijkstaat met een verbod van een rechtmatige gedraging.

69 De contractvrijheid wordt immers beperkt door het verbod van mededingingsbeperkende gedragingen als bedoeld in de artikelen 81 EG en 82 EG. In casu bleek de overeenkomst, bezien in de context van de langdurige handelsbetrekking van Alrosa en De Beers, na een voorlopige beoordeling in strijd met die bepalingen te zijn evenals andere soorten van handelsbetrekkingen die partijen tijdens het door de Commissie geleide onderzoek hebben onderhouden, zoals ad-hocverkoop in de vorm van „willing buyer/willing seller". Sterker nog, de Commissie is niet tot een dergelijke voorlopige beoordeling gekomen enkel wegens de machtspositie van De Beers op de downstreammarkten, zoals verzoekster stelt, maar gezien haar machtspositie op de markt voor de productie en levering van ruwe diamanten, zoals in de punten 23 en 24 van de beschikking is vastgesteld.

70 Bovendien heeft de beschikking niet tot gevolg dat de contractvrijheid van Alrosa wordt tenietgedaan. Integendeel, daarbij worden enkel verbindend verklaard de individuele toezeggingen van De Beers, die zij op grond van haar eigen contractvrijheid had gedaan, om een einde te maken aan de overeenkomst met Alrosa. Het zou heel wel kunnen dat Alrosa er belang bij heeft om een overeenkomst met haar voornaamste concurrent in de plaats te stellen voor de gevaren waartoe de mededinging aanleiding geeft. Noch het belang dat de partner van een onderneming met een machtspositie eventueel kan hebben om zich door een overeenkomst daaraan te binden noch de specifieke omstandigheden van die partner dienen volgens de rechtspraak bij de toepassing van artikel 82 EG in aanmerking te worden genomen (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, reeds aangehaald, punten 89 en 91; arresten Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 71, en 27 april 1994, Almelo, C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 44; arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 68).

71 De Commissie is vervolgens van mening dat het onjuist is te stellen dat haar bezorgdheden geen reden waren om de individuele toezeggingen van De Beers te aanvaarden.

72 Hoewel de Commissie erkent dat het gewoonlijk noodzakelijk is de gevolgen die een afschermingspraktijk voor de mededinging kan hebben, concreet te onderzoeken, merkt zij op dat het in casu zeer ingewikkeld zou zijn geweest een analyse uit te voeren ter bepaling of De Beers een bepaalde hoeveelheid ruwe diamanten van Alrosa kon kopen zonder de in haar voorlopige beoordeling aangegeven gevolgen teweeg te brengen, en in voorkomend geval om welke hoeveelheid het ging. Hoe dan ook, een dergelijke analyse was zinloos, voor zover de Commissie, gelet op het met artikel 9 van verordening nr. 1/2003 nagestreefde doel, op goede gronden de individuele toezeggingen van De Beers als zodanig kon accepteren. Voorts hadden haar diensten de partijen tijdens de administratieve procedure reeds laten weten dat een totale stopzetting van de handelsbetrekking tussen Alrosa en De Beers tot de mogelijkheden behoorde.

73 Anders dan verzoekster stelt, zijn bovendien de bezorgdheden van de Commissie niet beperkt tot een probleem van uitsluiting van de concurrenten of afscherming van de markt. Integendeel, zij strekten zich uit tot de gehele handelsbetrekking die

Alrosa en De Beers zijn aangegaan om tezamen met andere methoden dan die van de normale mededinging het volume, de prijs en het assortiment van ruwe diamanten op de wereldmarkt te reguleren, teneinde een onafhankelijke leverancier van de markt te verwijderen, de door De Beers gespeelde rol van marktmaker te consolideren en afbreuk te doen aan de instandhouding en de ontwikkeling van de mededinging, zoals uit de punten 28, 30 en 32 van de beschikking blijkt.

74 De Commissie betoogt ten slotte dat verzoekster niet op goede gronden kan stellen dat de uitvoering van de beschikking mededingingsverstorende gevolgen heeft. De in dat verband aangevoerde argumenten zijn niet ter zake dienend aangezien zij Alrosa ten onrechte als een leverancier van De Beers voorstellen, terwijl zij in werkelijkheid een concurrent is, en zijn niet overtuigend vanuit een economisch oogpunt en voor het overige ook niet onderbouwd.

75 In de tweede plaats stelt de Commissie dat de beschikking geen inbreuk maakt op het evenredigheidsbeginsel.

76 Dienaangaande erkent zij om te beginnen dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is op de beschikkingen waarbij zij toepassing geeft aan artikel 9 van verordening nr. 1/2003.

77 Daarom moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van die bepaling. Anders dan artikel 7 van verordening nr. 1/2003, volgens hetwelk de Commissie een inbreuk kan vaststellen, de betrokken partijen kan gelasten een einde daaraan te maken en hun alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen kan opleggen, waaronder de stopzetting van met de communautaire mededingingsregels strijdige handelsbetrekkingen, leidt artikel 9 van die verordening ertoe dat de Commissie, zonder dat zij zich over het bestaan van een inbreuk

uitspreekt, vaststelt dat niet langer gronden voor haar optreden bestaan op grond dat de betrokken ondernemingen vrijwillig toezeggingen hebben gedaan die tegemoetkomen aan haar bezorgdheden met betrekking tot de mededinging.

78 Gelet op die factoren, behoeft een beschikking op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 niet te worden gebaseerd op een motivering zoals die welke voor een beschikking op grond van artikel 7 van die verordening is vereist, in het bijzonder wanneer het moeilijk blijkt om de aard of de strekking te bepalen van de toezegging die noodzakelijk is om tegemoet te komen aan de door de Commissie te kennen gegeven bezorgdheden, bijvoorbeeld omdat het gedrag dat de instelling zorgen baart, nieuw of specifiek is, zoals in casu. Bovendien wordt de verwezenlijking van het doel van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 in gevaar gebracht indien het resultaat van het onderzoek van een beschikking op grond van die bepaling afhing van de beoordeling van een andere, hypothetische beschikking die op grond van artikel 7 van die verordening is vastgesteld. Dat zou betekenen dat de Commissie toch een beoordeling dient te verrichten, zoals in het geval van een beschikking op grond van artikel 7 van verordening nr. 1/2003, en dat zij dus afziet van een deel van de grotere doeltreffendheid die de wetgever via artikel 9 van die verordening heeft proberen te bereiken.

79 Alvorens de gedane toezeggingen te accepteren, moet de Commissie verder nagaan of zij voldoende tegemoetkomen aan de bezorgdheden die op het gebied van de mededinging zijn vastgesteld. Artikel 9 zou in die context een toepassingsinstrument vormen.

80 De Commissie erkent dat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel haar ertoe verplicht kennelijk buitensporige toezeggingen te weigeren, maar voegt eraan toe dat de toezeggingen door de betrokken ondernemingen vrijwillig worden gedaan, zodat die hypothese waarschijnlijk een uitzondering blijft. Zij zou hoe dan ook niet kunnen worden verplicht een parallelle beoordeling te verrichten met het oog op een hypothetische, op grond van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikking, voor zover een dergelijke parallelle beoordeling afbreuk zou doen aan het doel van artikel 9 van die verordening zelf wat de doeltreffendheid van de procedures betreft.

81 Zij leidt daaruit af dat, gelet op het doel en de structuur van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en mits die bepaling haar nut behoudt, de rechterlijke toetsing van de beschikkingen die daaraan toepassing geven, zich dient te beperken tot de vraag of geen sprake is van een kennelijke schending van het evenredigheidsbeginsel en meer in het algemeen van een kennelijke fout in de ingewikkelde economische beoordeling die ertoe strekt te bepalen of de toezeggingen van de betrokken ondernemingen tegemoet komen aan de in het kader van de voorlopige beoordeling geuite bezorgdheden.

82 De Commissie voert vervolgens aan dat in casu de beschikking niet onevenredig is en in het bijzonder niet ten onrechte afbreuk doet aan de legitieme handelsbelangen van Alrosa.

83 Ten eerste kan verzoekster niet stellen dat de beschikking met de verbindendverklaring van de individuele toezeggingen van De Beers verder is gegaan dan noodzakelijk was. Het is namelijk misleidend te stellen dat de aangemelde overeenkomst slechts de helft van de jaarproductie van Alrosa voor De Beers reserveerde, aangezien de andere helft in elk geval voor de Russische markt was gereserveerd en de aangemelde overeenkomst, zoals deze aanvankelijk was geformuleerd, dus de gehele jaarproductie voor de wereldmarkt dekte, en daarna 36 % indien de gezamenlijke toezeggingen verbindend waren verklaard. Bovendien moeten die percentages niet afzonderlijk worden bezien maar in de context van een al bijna een halve eeuw durende handelsbetrekking om de productie en de prijzen gezamenlijk te reguleren. Gelet op die factoren, heeft de Commissie zich in de eerste plaats bezorgd verklaard over de controle van de markt door De Beers en de onmogelijkheid van Alrosa om volledig met haar te concurreren; in de tweede plaats hebben de belanghebbende derden bevestigd dat het noodzakelijk was een einde te maken aan de handelsbetrekking tussen die twee ondernemingen, en in de derde plaats heeft De Beers die toezeggingen eenzijdig gedaan en daarmee alle eventuele bezorgdheden weggenomen. De Commissie stelt ook dat het verbod van transacties door middel van openbare aanbestedingen gerechtvaardigd is in het licht van de eerdere praktijken van Alrosa en De Beers bij ad-hocverkopen in de vorm van „willing buyer/willing seller". In elk geval heeft verzoekster op generlei wijze aangetoond in welk opzicht minder belastende toezeggingen, zoals de eerder aan de Commissie gedane gezamenlijke toezeggingen, hadden kunnen volstaan.

84 Ten tweede kan verzoekster niet stellen dat de beschikking haar nadelen heeft veroorzaakt die niet in verhouding staan tot het doel dat werd nagestreefd. De Commissie heeft immers naar behoren rekening gehouden met haar belangen door haar toe te staan opmerkingen over de individuele toezeggingen van De Beers te maken en te voorzien in een overgangsfase waardoor zij een alternatief distributiesysteem kon opzetten. Bovendien heeft Alrosa in september 2003 zelf toezeggingen aan de Commissie voorgelegd die voorzagen in de volledige en definitieve beëindiging van haar handelsbetrekkingen met De Beers. Ten slotte is de situatie dat het voor Alrosa onmogelijk was om een contract met De Beers na die overgangsfase te sluiten, niet definitief omdat de procedure altijd op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 kan worden heropend.

85 Ten derde kan verzoekster niet aanvoeren dat de beschikking haar discrimineert voor zover haar situatie ten opzichte van De Beers verschilt van die van andere leveranciers omdat zij de voornaamste concurrent van die onderneming met een machtspositie is en sinds lange tijd een handelsbetrekking met die onderneming onderhoudt.

Beoordeling door het Gerecht

— Bevoegdheden die bij artikel 9 van verordening nr. 1/2003 aan de Commissie zijn verleend

86 Blijkens de bewoordingen zelf van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 kan de Commissie bij beschikking de door de betrokken ondernemingen gedane toezeggingen een verbindend karakter verlenen wanneer deze tegemoetkomen aan de bezorgdheden die in haar voorlopige beoordeling te kennen zijn gegeven. Daar de toezeggingen van de ondernemingen zelf geen bindend rechtsgevolg hebben, heeft alleen de op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikking van de Commissie rechtsgevolgen voor de ondernemingen.

87 Daar die beschikking tot gevolg heeft dat een einde wordt gemaakt aan de procedure om een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen en te bestraffen, kan zij niet worden beschouwd als een loutere aanvaarding door de Commissie van een voorstel dat een onderhandelingspartner vrijelijk heeft geformuleerd, maar vormt zij een bindende maatregel die een inbreuk of een potentiële inbreuk beëindigt, naar aanleiding waarvan de Commissie alle bij de artikelen 81 EG en 82 EG aan haar verleende prerogatieven uitoefent, met als enige bijzonderheid dat de door de betrokken ondernemingen gedane toezeggingen haar ontslaan van de verplichting de wettelijke procedure krachtens artikel 85 EG voort te zetten en in het bijzonder de inbreuk te bewijzen.

88 Door een bepaald gedrag van een marktdeelnemer jegens derden verbindend te verklaren, kan een op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikking indirect rechtsgevolgen erga omnes hebben die de betrokken onderneming alleen niet in het leven had kunnen roepen; de Commissie is dus de enige auteur daarvan zodra zij verbindende kracht verleent aan de toezeggingen van de betrokken onderneming, en draagt dus alleen de verantwoordelijkheid daarvoor. Zij is namelijk geenszins verplicht de toezeggingen die de betrokken ondernemingen haar voorleggen, in aanmerking te nemen en a fortiori ze zonder meer in aanmerking te nemen.

89 Hoewel verordening nr. 1/2003 het begrip betrokken onderneming niet omschrijft, blijkt uit de bepalingen daarvan dat die kwalificatie doelt op de ondernemingen waaraan het betrokken gedrag kan worden toegerekend, en die daarvoor kunnen worden gestraft.

90 Bij een krachtens artikel 82 EG ingeleide procedure is dus in beginsel betrokken de onderneming die een machtspositie heeft en waarvan het gedrag misbruik kan opleveren. Indien de voorkeur werd gegeven aan een uitlegging volgens welke alle ondernemingen die kunnen worden geraakt door gedragstoezeggingen om een einde te maken aan een vastgesteld of voorgenomen misbruik, als betrokken ondernemingen bij de toezeggingen dienen te worden betrokken, zou dat tot gevolg hebben dat het in

de meeste van de in artikel 82 EG bedoelde situaties nagenoeg onmogelijk is gebruik te maken van artikel 9 van verordening nr. 1/2003.

91 Met betrekking tot de geldigheidsduur van de beschikking waarbij toezeggingen verbindend worden verklaard, zij opgemerkt dat artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 weliswaar bepaalt dat een dergelijke beschikking voor een bepaalde periode kan worden gegeven, maar dat het dit niet voorschrijft. De definitieve formulering van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 verschilt in dit opzicht, zoals de Commissie terecht opmerkt, van die welke was aanvaard in het stadium van het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] van de Commissie [COM(2000) 582 def.], dat bepaalde dat een dergelijke beschikking „voor bepaalde tijd [wordt] gegeven". Derhalve is er geen principiële reden die de Commissie verbiedt toezeggingen voor onbepaalde tijd verbindend te verklaren.

92 Hoewel artikel 9 van verordening nr. 1/2003, anders dan artikel 7 daarvan, het evenredigheidsbeginsel niet noemt, is de Commissie voorts tot de naleving daarvan verplicht wanneer zij beschikkingen op die grondslag geeft. Het evenredigheidsbeginsel wordt door de vaste rechtspraak namelijk als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht erkent (arrest Fedesa, reeds aangehaald, punt 13).

93 In punt 34 van de considerans van verordening nr. 1/2003 wordt overigens verklaard dat „overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5 [EG], […] deze verordening niet verder [gaat] dan nodig is om haar doelstelling te verwezenlijken, namelijk een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels".

94 De Commissie erkent in haar opmerkingen dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is op de ingevolge artikel 9 van verordening nr. 1/2003 gegeven beschikkingen. Zij is niettemin de mening toegedaan dat dit beginsel in het kader van artikel 7, lid 1, en van artikel 9, lid 1, van die verordening niet op dezelfde wijze dient te worden toegepast.

95 In dit verband stelt het Gerecht in de eerste plaats vast dat het doel van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 hetzelfde is als dat van artikel 9, lid 1, van die verordening en samenvalt met het hoofddoel van verordening nr. 1/2003, namelijk tot een doeltreffender handhaving van de in het Verdrag neergelegde mededingingsregels te komen.

96 Ter bereiking van dat doel beschikt de Commissie over een beoordelingsmarge bij de keuze die haar door verordening nr. 1/2003 wordt geboden om de toezeggingen van de betrokken ondernemingen verbindend te verklaren en een beschikking op grond van artikel 9 daarvan te geven of de bij artikel 7, lid 1, van die verordening aangegeven procedure te volgen die verlangt dat een inbreuk wordt vastgesteld.

97 Het bestaan van die beoordelingsmarge met betrekking tot de keuze van de te volgen procedure, ontslaat de Commissie echter niet van de verplichting tot naleving van het evenredigheidsbeginsel wanneer zij besluit de op grond van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 gedane toezeggingen verbindend te verklaren.

98 In de tweede plaats verlangt volgens vaste rechtspraak het evenredigheidsbeginsel dat handelingen van de gemeenschapsinstellingen niet verder gaan dan wat passend en noodzakelijk is ter bereiking van het beoogde doel (arrest Gerecht van 19 juni 1997, Air Inter/Commissie, T-260/94, Jurispr. blz. II-997, punt 144, en arrest Van den Bergh Foods/Commissie, reeds aangehaald, punt 201), met dien verstande dat

wanneer een keuze tussen meerdere passende maatregelen mogelijk is, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting meebrengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan de nagestreefde doelstellingen (arresten Hof van 11 juli 1989, Schräder, 265/87, Jurispr. blz. 2237, punt 21, en 9 maart 2006, Zuid-Hollandse Milieufederatie en Natuur en Milieu, C-174/05, Jurispr. blz. I-2443, punt 28).

99 De controle van de evenredigheid van een maatregel is dus een objectieve controle, aangezien het passende en noodzakelijke karakter van de bestreden beschikking moet worden getoetst aan het door de instelling beoogde doel. Het doel van de ingevolge artikel 7 van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikkingen is een einde te maken aan de vastgestelde inbreuk; voor de ingevolge artikel 9 van die verordening vastgestelde beschikkingen is het doel tegemoet te komen aan de door de Commissie in het kader van haar voorlopige beoordeling te kennen gegeven bezorgdheden die rechtvaardigen dat zij voornemens is een beschikking te geven waarbij de beëindiging van een inbreuk wordt verlangd.

100 Indien artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 van toepassing is, moet de Commissie een inbreuk vaststellen, wat een nauwkeurige afbakening van de relevante markt en in voorkomend geval van het aan de betrokken onderneming toegeschreven misbruik inhoudt. In het kader van artikel 9, lid 1, van die verordening is de Commissie weliswaar niet verplicht het bestaan van een inbreuk formeel aan te tonen, zoals overigens in punt 13 van de considerans van verordening nr. 1/2003 wordt vermeld, maar zij moet niettemin het bestaan van die bezorgdheden met betrekking tot de mededinging aantonen die de reden waren dat zij overweegt een beschikking op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG te geven, en op grond waarvan zij de betrokken onderneming kan verplichten bepaalde toezeggingen na te leven; dit verlangt een marktanalyse en een vaststelling van de bedoelde inbreuk die minder definitief zijn dan in het kader van de toepassing van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003, zelfs indien dit dient te volstaan om een controle van het passende karakter van de toezegging mogelijk te maken.

101 Het zou namelijk in strijd zijn met de opzet van verordening nr. 1/2003 dat een beschikking, die op grond van artikel 7, lid 1, van die verordening moet worden geacht niet evenredig te zijn aan de vastgestelde inbreuk, door gebruikmaking van de procedure van artikel 9, lid 1, kan worden gegeven in de vorm van een verbindend verklaarde toezegging, op grond dat de inbreuk in dat geval niet formeel behoeft te worden aangetoond.

102 Reeds is op basis van artikel 3 van verordening nr. 17 beslist, dat de aan de ondernemingen gegeven opdracht een inbreuk op de mededingingsregels te beëindigen, niet verder mag gaan dan wat passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken, namelijk het herstel van een rechtsconforme toestand (arrest RTE en ITP/Commissie, reeds aangehaald, punt 93). Dezelfde uitlegging geldt met betrekking tot artikel 7, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003, dat praktisch hetzelfde luidt als artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17.

103 Daaruit blijkt dat de Commissie, zonder de grenzen van de haar zowel door de mededingingsregels van het EG-Verdrag als door verordening nr. 1/2003 verleende bevoegdheden te overschrijden, op grond van artikel 7, lid 1, van die verordening geen beschikking kan geven waarbij alle toekomstige handelsbetrekkingen tussen twee ondernemingen absoluut worden verboden, tenzij een dergelijke beschikking noodzakelijk is om de situatie van vóór de inbreuk te herstellen (zie in die zin arrest Gerecht van 18 september 1992, Automec/Commissie, T-24/90, Jurispr. blz. II-2223, punten 51 en 52).

104 Geen relevante overweging die gebaseerd is op het verschil tussen artikel 7 en artikel 9 van verordening nr. 1/2003 maakt het mogelijk een andere conclusie te trekken met betrekking tot de grenzen die worden gesteld aan de bevoegdheid van de Commissie om verbindende maatregelen op grond van artikel 9, lid 1, van die verordening vast te stellen.

105 In de derde plaats ontslaat het vrijwillige karakter van de toezeggingen de Commissie ook niet van de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, aangezien deze toezeggingen bij de beschikking van de Commissie verbindend worden verklaard. Dat een onderneming om haar moverende redenen van mening is dat het op een gegeven moment wenselijk is bepaalde toezeggingen te doen, betekent niet dat die toezeggingen daarom noodzakelijk zijn.

106 Onder de regeling van de voormalige verordening nr. 17 heeft het Hof trouwens beslist dat in bepaalde omstandigheden de voor partijen uit een toezegging voortvloeiende verplichtingen op één lijn zijn te stellen met een bevel tot beëindiging van een inbreuk (arrest Hof van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 181). Het Hof heeft namelijk vastgesteld dat de betrokken ondernemingen door een dergelijke toezegging te ondertekenen, zich om hen moverende redenen enkel neerleggen bij een beslissing die de Commissie eenzijdig had kunnen nemen (arrest Ahlström Osakeyhtiö e.a., reeds aangehaald, punt 181).

107 Dat de toezeggingen door een onderneming worden voorgesteld, beperkt dus niet het toezicht dat het Gerecht uitoefent op de gegrondheid van de beschikking van de Commissie om ze verbindend te verklaren.

108 Ten slotte hangt de mate waarin het Gerecht de analyses controleert die de Commissie op basis van de mededingingsregels van het Verdrag verricht, af van de beoordelingsmarge die aan elke betrokken beschikking ten grondslag ligt en wordt gerechtvaardigd door het ingewikkelde karakter van de toe te passen economische normen. Gelet op de invloed van krachtens de artikelen 81 EG en 82 EG vastgestelde beschikkingen op de in het Verdrag neergelegde fundamentele economische vrijheden, moeten gevallen van beperkte controle worden voorbehouden aan die waar de bestreden beschikking berust op een ingewikkelde economische beoordeling, behalve op gebieden, zoals concentraties, waar het bestaan van een discretionaire bevoegdheid van wezenlijk belang is voor de uitoefening van de bevoegdheden van de regelgevende instelling (arrest Hof van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punten 38-40).

109 Op het gebied van het toezicht op concentraties is het inderdaad vaste rechtspraak dat de Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, wanneer zij onderzoekt of er verbintenissen moeten worden opgelegd om de door een concentratie ontstane ernstige twijfel weg te nemen (arrest Gerecht van 30 september 2003, ARD/Commissie, T-158/00, Jurispr. blz. II-3825, punten 328 en 329). Het tot de kennelijke fout beperkte toezicht dat het Gerecht op dit gebied uitoefent, wordt gerechtvaardigd door het prospectieve karakter van de economische analyse door de Commissie om te kunnen vaststellen dat de betrokken concentratie geen machtspositie in het leven zal roepen of versterken (arrest Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie, T-102/96, Jurispr. blz. II-753, punt 163).

110 Daarentegen heeft de analyse die de Commissie moet verrichten in het kader van een krachtens verordening nr. 1/2003 ingeleide procedure, ongeacht of het gaat om een krachtens artikel 7, lid 1, of artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikking, betrekking op bestaande praktijken. Die omstandigheid sluit uiteraard niet uit dat ingewikkelde economische beoordelingen noodzakelijk zijn, maar maakt niet mogelijk dat bij gebreke van die beoordelingen het toezicht dat het Gerecht uitoefent op de beschikkingen van de Commissie hoe dan ook beperkt is tot de kennelijke beoordelingsfout.

111 Blijkens het voorgaande staat het in casu aan het Gerecht na te gaan of de bij de beschikking verbindend verklaarde maatregelen passend en noodzakelijk waren om het in het kader van de voorlopige beoordeling van de Commissie vastgestelde misbruik te doen beëindigen.

— Verenigbaarheid van de beschikking met het evenredigheidsbeginsel

112 Volgens vaste rechtspraak mogen volgens het evenredigheidsbeginsel handelingen van gemeenschapsinstellingen niet buiten de grenzen treden van hetgeen passend en

noodzakelijk is ter bereiking van het beoogde doel, met dien verstande dat wanneer een keuze tussen meerdere passende maatregelen mogelijk is, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (arrest Fedesa e.a., reeds aangehaald, punt 13, en arrest Hof van 14 juli 2005, Nederland/Commissie, C-180/00, Jurispr. blz. I-6603, punt 103).

113 Het door de Commissie met de vaststelling van de beschikking beoogde doel moet worden gezocht in de voorlopige beoordeling in de mededeling van punten van bezwaar die op grond van artikel 82 EG aan De Beers is gezonden. Volgens die beoordeling belet de aangemelde overeenkomst Alrosa als onafhankelijke leverancier op de markt voor ruwe diamanten op te treden en elimineert zij aldus een bevoorradingsbron voor potentiële klanten. De Commissie is derhalve van mening dat de aangemelde overeenkomst leidt tot een exclusief distributierecht ten voordele van De Beers, dat misbruik van een machtspositie kan vormen.

114 Bijgevolg bestaat het in het kader van de voorlopige beoordeling van de Commissie vastgestelde misbruik in de aangemelde overeenkomst waarvan de sluiting door De Beers als misbruik van haar machtspositie wordt afgeschilderd. In die omstandigheden kan worden aangevoerd dat het loutere feit dat partijen niet wordt toegestaan die overeenkomst ten uitvoer te leggen in het kader van de krachtens artikel 81 EG ingeleide procedure, had volstaan om een einde aan het eventuele misbruik te maken.

115 Zelfs indien de in de mededeling van punten van bezwaar uit hoofde van artikel 82 EG geformuleerde bezwaren enkel de aangemelde overeenkomst betreffen, kan echter worden opgemerkt dat de door de Commissie in de beschikking geuite bezorgdheden ook betrekking hebben op de situatie die door de aangemelde overeenkomst aan het licht is gebracht, namelijk meer bepaald het bestaan van historische betrekkingen tussen partijen waarvan de aangemelde overeenkomst het voortbestaan verzekert.

116 Zo heet het in punt 28 van de bestreden beschikking dat „[…] de onderzochte praktijken die problemen opwerpen wegens de machtspositie en de rol van ‚marktmaker' van De Beers, voortvloeien uit de handelsbetrekking tussen De Beers en haar belangrijkste concurrent, Alrosa, in het licht van haar historische context. Uit het onderzoek van de Commissie bleek dat De Beers en Alrosa langdurige handelsbetrekkingen hebben aangeknoopt om gezamenlijk het volume, de prijs en het assortiment van op de wereldmarkt verkochte ruwe diamanten te reguleren. De basis voor de huidige aankoop is kennelijk nog steeds dezelfde en is een van de voornaamste factoren van de rol van De Beers als marktmaker."

117 Aangenomen kan dus worden dat de aangemelde overeenkomst in het kader van de voorlopige beoordeling niet alleen als zodanig werd gezien als de bron van de bezorgdheid van de Commissie over de mededingingsaspecten, wat elk beroep op artikel 82 EG ongeschikt zou maken, maar wel voor zover de overeenkomst de reeds bestaande handelsbetrekkingen versterkt en doet voortduren, die op zich als abusief worden beschouwd.

118 Volgens punt 46 van de beschikking was de voornaamste zorg van de Commissie met betrekking tot de in de procedure inzake artikel 82 EG onderzochte praktijken „dat De Beers haar machtspositie versterkte of handhaafde door de toegang tot een betrouwbare bevoorradingsbron van ruwe diamanten voor potentiële klanten te beperken en de op één na grootste concurrent [Alrosa] te beletten ten volle met haar te concurreren".

119 Derhalve was het doel dat de Commissie met de verbindendverklaring van de individuele toezeggingen van De Beers nastreefde, een einde te maken aan gedragingen die Alrosa beletten zich als effectieve concurrent op de betrokken markt te positioneren en derden toegang tot een alternatieve bevoorradingsbron te geven.

120 Bijgevolg moet de noodzaak van de beschikking in het licht van die twee doelstellingen worden beoordeeld.

121 Blijkens punt 47 van de beschikking volstonden de individuele toezeggingen van De Beers om tegemoet te komen aan de in het kader van de voorlopige beoordeling van de Commissie te kennen gegeven bezorgdheden, wat verzoekster niet betwist. Evenwel moet nog worden onderzocht of de bij de beschikking verbindend verklaarde individuele toezeggingen van De Beers ook voldoen aan het criterium van de noodzaak, zelfs indien de conclusie van de beschikking dat aspect van de evenredigheid van de maatregel niet behandelt.

122 Zoals reeds eerder is verklaard, beperkt in dit verband de rechterlijke toetsing van de handelingen van de Commissie die een ingewikkelde economische analyse inhouden, zich tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 279).

123 Om in casu enkel een beperkt toezicht op de evenredigheid van de beschikking te kunnen uitoefenen, moet het Gerecht in staat zijn vast te stellen dat de Commissie haar beoordeling op basis van een ingewikkelde economische analyse heeft verricht, aan de hand waarvan zij kon vaststellen dat de verbindend verklaarde toezeggingen noodzakelijk waren om tegemoet te komen aan de in haar voorlopige beoordeling geuite bezorgdheden.

124 Zowel in haar verweerschrift als ter terechtzitting heeft de Commissie aangegeven dat er een grijs gebied kon zijn tussen de gezamenlijke toezeggingen en de individuele

toezeggingen van De Beers, maar dat voor het vinden van alternatieve oplossingen voor de verbindend verklaarde toezeggingen een ingewikkelde economische beoordeling nodig was die artikel 9 van verordening nr. 1/2003 beoogde te voorkomen. De Commissie heeft ook verklaard dat zij, aangezien het moeilijk was om alternatieve oplossingen te vinden, tot de conclusie was gekomen dat een totaal verbod de enige passende oplossing was om aan haar aanvankelijke bezorgdheden tegemoet te komen.

125 Bijgevolg heeft de Commissie in casu geen ingewikkelde economische analyse verricht die een beperking van het door het Gerecht verrichte toezicht van de beschikking rechtvaardigde, en is haar standpunt dat een beperkt toezicht moest worden verricht, enkel op het bijzondere kenmerk van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd. Zoals in punt 100 van het onderhavige arrest is uiteengezet, verplicht artikel 9 de Commissie weliswaar niet om het bewijs van de in de procedure bedoelde inbreuk te leveren, maar het ontslaat haar niet van de verplichting om voldoende analytische gegevens te verzamelen om een effectieve rechterlijke toetsing van de evenredigheid van de vastgestelde maatregel mogelijk te maken.

126 Het Gerecht stelt hoe dan ook vast dat de beschikking op een overigens kennelijke beoordelingsfout berust. Uit de onderhavige omstandigheden blijkt namelijk duidelijk dat andere minder belastende oplossingen dan het permanente verbod van transacties tussen De Beers en Alrosa mogelijk waren om het met de beschikking nagestreefde doel te bereiken, dat bij het vinden daarvan zich geen bijzondere technische moeilijkheden voordeden en dat de Commissie zich niet aan de verplichting kon onttrekken om die oplossingen te onderzoeken.

127 In dit verband herinnert het Gerecht in de eerste plaats eraan dat volgens vaste rechtspraak voor een onderneming die op een markt een machtspositie inneemt, een binding der kopers, in dier voege dat zij zich, zij het op eigen wens, verplichten — dan wel beloven — zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie vormt in de zin van artikel 82 EG (arrest Hoffmann-Laroche/Commissie, reeds aangehaald, punt 89). Toegepast op een koper met een machtspositie betekent die rechtspraak dat voor De Beers het feit dat zij de gehele uit het GOS uitgevoerde productie van Alrosa voor zichzelf reserveert, zelfs indien dit met toestemming van Alrosa is gebeurd, misbruik in het kader van hun betrekkingen kan vormen.

128 Op het eerste gezicht zou de beste oplossing om een einde te maken aan een aldus gekwalificeerd misbruik dus zijn geweest om partijen te verbieden overeenkomsten te sluiten waardoor De Beers de gehele of zelfs een aanzienlijk deel van de uit het GOS uitgevoerde productie van Alrosa voor zichzelf kan reserveren, zodat laatstgenoemde haar onafhankelijkheid op de markt terugkrijgt en de toegang van derden tot een alternatieve bevoorradingsbron wordt gewaarborgd, zonder dat het noodzakelijk is alle aankopen door De Beers van door Alrosa geproduceerde diamanten te verbieden.

129 In de tweede plaats hadden De Beers en Alrosa in december 2004 gezamenlijke toezeggingen voorgesteld en blijft de Commissie in gebreke te verklaren waarom deze ongeschikt waren om tegemoet te komen aan de in het kader van haar voorlopige beoordeling te kennen gegeven bezorgdheden.

130 De Commissie was inderdaad op grond van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 nimmer verplicht te beslissen toezeggingen verbindend te verklaren in plaats van uit hoofde van artikel 7 van die verordening op te treden. Zij behoeft derhalve niet de redenen aan te geven waarom toezeggingen volgens haar niet geschikt waren om verbindend te worden verklaard teneinde de procedure af te sluiten.

131 De inachtneming van het evenredigheidsbeginsel verlangt echter van de instelling dat zij, wanneer maatregelen bestaan die minder belastend zijn dan die welke zij voornemens is verbindend te verklaren en haar bekend zijn, onderzoekt of zij geschikt zijn om tegemoet te komen aan de bezorgdheden die haar optreden rechtvaardigen, voordat zij, indien deze daarvoor ongeschikt blijken te zijn, voor de strengere benadering kiest.

132 De door De Beers en Alrosa in december 2004 voorgestelde gezamenlijke toezeggingen, die de Commissie weliswaar niet procedureel verplicht was in haar beschikking en ook niet in haar motivering in aanmerking te nemen, vormden niettemin een minder belastende maatregel dan die welke zij besloot verbindend te verklaren en waarvan het onderzoek in dat verband relevant is voor de controle van de evenredigheid.

133 Voor zover die gezamenlijke toezeggingen enerzijds de productie van Alrosa voor derden geleidelijk aan toegankelijker maakten en anderzijds laatstgenoemde de nodige tijd gaven om haar eigen systeem voor de distributie van ruwe diamanten te ontwikkelen en dus een effectieve concurrent van De Beers te worden, konden zij op het eerste gezicht tegemoet komen aan de bezorgdheden van de Commissie.

134 Het Gerecht stelt namelijk vast dat de gezamenlijke toezeggingen voor de periode 2005-2009 voorzagen in een aanmerkelijke vermindering van de door Alrosa voor De Beers gereserveerde hoeveelheid diamanten, die van een waarde van 700 miljoen USD in 2005 tot 275 miljoen USD daalde vanaf 2009. Alrosa zou dus vanaf 2009 slechts 35 % van de hoeveelheid diamanten aan De Beers hebben verkocht die zij in 2004 aan die onderneming had verkocht. De Beers had derhalve de door Alrosa vastgestelde prijzen moeilijk kunnen beïnvloeden, voor zover meer dan twee derde van de door Alrosa uit het GOS uitgevoerde diamanten waren verkocht tegen een tijdens onderhandelingen met derden vastgestelde prijs. Gesteld dus dat De Beers en Alrosa hun prijsbeleid wilden coördineren, zou het moeilijk voor te stellen zijn hoe die coördinatie in zijn werk zou zijn gegaan, aangezien Alrosa zich ingeval van een weigering van derden om tegen de door de twee ondernemingen overeengekomen prijs te kopen, niet tot De Beers had kunnen wenden om de niet-verkochte voorraad af te zetten. De gezamenlijke toezeggingen hadden derden dus een effectieve toegang tot een alternatieve en onafhankelijke bevoorradingsbron gegeven.

135 Een geleidelijke vermindering over vijf jaar van de aan De Beers verkochte hoeveelheid tezamen met een beperking van de verkoop tot een maximumwaarde van 275 miljoen USD vanaf 2009, had Alrosa ook de mogelijkheid geboden haar distributiesysteem buiten het GOS op te zetten zonder hetwelk zij zich niet als effectieve concurrent van De Beers kon opstellen. Het Gerecht wijst er evenwel op dat de Commissie in punt 47 van de beschikking aanvoert dat de overgangsperiode van 2006 tot 2008, dus drie jaar, voor Alrosa noodzakelijk was „om een competitief distributiesysteem voor de voordien aan De Beers verkochte diamanten op te zetten". De

Commissie verklaart echter niet hoe een dergelijke periode daarvoor had kunnen volstaan terwijl Alrosa in september 2003 de Commissie had meegedeeld dat zij een periode van acht jaar nodig had om een doelmatig distributiesysteem op te zetten, en dat zij pas vanaf 2012 alle verkoop van ruwe diamanten aan De Beers dacht te kunnen stopzetten, zoals blijkt uit de in bijlage bij het verzoekschrift gevoegde stukken.

136 Overigens zij erop gewezen dat de Commissie op 3 juni 2005, de dag van de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van de mededeling inzake de gezamenlijke toezeggingen, voornemens was, behoudens de resultaten van de markttoets, die toezeggingen verbindend te verklaren. De Commissie was dus van mening dat die toezeggingen op het eerste gezicht tegemoet kwamen aan de in haar voorlopige beoordeling weergegeven bezorgdheden.

137 Zelfs indien de gezamenlijke toezeggingen niet tegemoet konden komen aan de aanvankelijke bezorgdheden van de Commissie, kon in de derde plaats de aanpassing daarvan de mededingingsproblemen die door de aangemelde overeenkomst waren veroorzaakt, ook oplossen zonder dat het noodzakelijk was partijen te verplichten alle handelsbetrekkingen vanaf 2009 definitief stop te zetten.

138 Met name had gevolg kunnen worden gegeven aan de aanpassing die verzoekster in haar brief van 6 februari 2006 aan de Commissie had voorgesteld, waardoor zij door middel van verkoop bij opbod aan De Beers diamanten voor een maximale jaarlijkse waarde van 275 miljoen USD had kunnen verkopen. Door die aanpassing hadden derden volledig toegang tot de productie van Alrosa kunnen krijgen en had laatstgenoemde een beperkte hoeveelheid aan de grootste koper op de markt op een ad-hocbasis kunnen blijven verkopen.

139 De Commissie dient zich inderdaad niet in de plaats te stellen van de partijen om de door hen op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 gedane toezeggingen te wijzigen teneinde die toezeggingen tegemoet te doen komen aan de in het kader van haar voorlopige beoordeling geformuleerde bezorgdheden. Niets belet haar echter

om de voorgestelde toezeggingen gedeeltelijk of in bepaalde mate verbindend te verklaren. Overigens blijkt de Commissie in casu op de bijeenkomst van 27 oktober 2005 partijen wijzigingen in de gezamenlijke toezeggingen te hebben gesuggereerd. Bij die gelegenheid had zij hun namelijk haar voornemen aangekondigd om een beschikking op grond van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 te geven, waarbij hun vanaf 2009 alle handelsbetrekkingen werden verboden indien zij geen toezeggingen in die zin voorstelden vóór eind november 2005.

140 De Commissie kan daarom partijen niet rechtmatig voorstellen haar toezeggingen te doen die verdergaan dan een beschikking die zij op grond van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 had kunnen vaststellen. In casu zou echter een op grond van laatstgenoemde bepaling vastgestelde beschikking, waarbij De Beers wordt verplicht vanaf 2009 voor onbepaalde tijd alle directe of indirecte handelsbetrekkingen met Alrosa stop te zetten, kennelijk verder gaan dan dat waartoe de Commissie met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel had kunnen verplichten, gelet op het nagestreefde doel.

141 Alleen uitzonderlijke omstandigheden, die in de beschikking niet zijn vermeld en die niet uit het dossier blijken, kunnen namelijk rechtvaardigen dat bij een op grond van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde beschikking ondernemingen absoluut en definitief wordt verboden contractuele betrekkingen met elkaar aan te knopen. In het geval van een collectieve machtspositie van de betrokken ondernemingen kan weliswaar niet worden uitgesloten dat niets anders dan een algeheel verbod van alle transacties tussen hen de enige manier kan zijn om misbruik te voorkomen. Maar, hoewel de Commissie in de op grond van artikel 81 EG aan partijen gezonden mededeling van punten van bezwaar te verstaan heeft gegeven, dat tussen Alrosa en De Beers een oligopolie had kunnen bestaan, is de analyse in de beschikking gebaseerd op de machtspositie van De Beers alleen en niet op een eventuele collectieve machtspositie van de twee ondernemingen. Zowel in haar verweerschrift als ter terechtzitting heeft de Commissie bevestigd dat de beschikking inderdaad aldus moest worden begrepen.

142 Bovendien kan de vergelijking die de Commissie maakt tussen de door verzoekster in september 2003 voorgestelde toezeggingen, de gezamenlijke toezeggingen en de verbindend verklaarde toezeggingen niet volstaan als bewijs dat laatstgenoemde toezeggingen noodzakelijk waren, aangezien de noodzaak van het in casu in de vorm van verbindend verklaarde toezeggingen opgelegde verbod objectief moet worden beoordeeld ten opzichte van het door de Commissie nagestreefde doel.

143 De door verzoekster in september 2003 voorgestelde toezeggingen, waarop de Commissie zich baseert om de evenredigheid van de maatregel te rechtvaardigen, zagen inderdaad op volledige en onbeperkte stopzetting van de handelsbetrekkingen met De Beers. Het Gerecht stelt echter enerzijds vast dat er in die toezeggingen sprake van was dat de handelsbetrekkingen vanaf 2013 en niet vanaf 2009 werden stopgezet, wat Alrosa nog eens vier jaar gaf om een distributiesysteem buiten het GOS op te zetten, met behulp waarvan zij de voordien aan De Beers verkochte hoeveelheid ruwe diamanten kon afzetten. De invoering van dat systeem was kennelijk noodzakelijk om derden in staat te stellen toegang te hebben tot de productie van Alrosa en laatstgenoemde de mogelijkheid te bieden ten volle met De Beers te concurreren. Anderzijds is Alrosa teruggekomen op haar toezeggingen omdat deze economisch gezien niet te verwezenlijken waren. Het feit ten slotte dat een onderneming op een gegeven moment om haar moverende redenen toezeggingen heeft gedaan, betekent niet dat die toezeggingen kunnen worden verondersteld evenredig te zijn, en ontslaat de Commissie niet van de verplichting na te gaan of zij passend en noodzakelijk zijn in verhouding tot het beoogde doel. Bijgevolg heeft de omstandigheid dat Alrosa in september 2003 een aantal toezeggingen heeft gedaan, geen invloed op de rechtmatigheid van de bestreden beschikking.

144 De door partijen in december 2004 gedane toezeggingen worden door de Commissie als ontoereikend beschreven op grond dat indien De Beers van Alrosa ruwe diamanten ter waarde van 275 miljoen USD per jaar mocht blijven betrekken, dit Alrosa kon beletten met De Beers te concurreren voor zover de resterende twee derde van haar productie die voor de uitvoer bestemd was, het haar minder gemakkelijk maakten regelmatige leveringen van een breed assortiment van diamanten aan te bieden. Bovendien is de Commissie van mening dat De Beers de diamanten van Alrosa kon blijven gebruiken om haar rol van marktmaker te spelen.

145 Het Gerecht stelt evenwel vast dat het enige bewijs dat de Commissie heeft aangevoerd tot staving van de verklaring dat het vermogen van Alrosa om een grote variëteit aan diamanten te leveren zou worden verminderd indien nog steeds een jaarlijkse maximumhoeveelheid ter waarde van 275 miljoen USD aan De Beers werd verkocht, is een verwijzing naar punt 70 van de op grond van artikel 81 EG opgestelde mededeling van punten van bezwaar. Dat punt luidt: „De Beers […] heeft een aanzienlijke voorsprong op haar concurrenten niet alleen wegens haar omvang maar ook omdat zij de beste consistentie in de levering [van ruwe diamanten] aan haar klanten kan garanderen. Dat is te verklaren door het feit dat zij toegang heeft tot de productie van een groter aantal verschillende mijnen die een grotere variëteit aan ruwe diamanten produceren, en de enige producent is die grote voorraden heeft". Daaruit blijkt niet waarom Alrosa geen regelmatige levering van aanzienlijke hoeveelheden ruwe diamanten kon verzekeren indien zij een beperkte hoeveelheid daarvan aan De Beers bleef leveren.

146 Zelfs indien De Beers door de verkoop van een beperkte hoeveelheid diamanten haar rol van marktmaker, dus haar machtspositie, had kunnen handhaven of versterken, zou verder een schending van de mededingingsregels niet noodzakelijkerwijs zijn aangetoond. Daar het doel van artikel 82 EG niet is machtsposities te verbieden maar enkel het misbruik daarvan, kan de Commissie van een onderneming met een machtspositie niet verlangen dat zij geen aankopen doet die haar in staat stellen haar positie op de markt te handhaven of te versterken, indien zij daarbij geen gebruik maakt van met de mededingingsregels onverenigbare methoden. Hoewel op een onderneming met een dergelijke positie bijzondere verantwoordelijkheden rusten (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 57), kunnen deze niet leiden tot het vereiste dat het bestaan zelf van de machtspositie ter discussie wordt gesteld.

147 In casu echter verplicht de Commissie partijen alle handelsbetrekkingen te staken met de duidelijke bedoeling de rol van marktmaker van De Beers te verzwakken.

148 De beschikking verplicht Alrosa, die niet bij de op grond van artikel 82 EG ingeleide procedure is betrokken, de facto ook haar organisatie en haar activiteit aanzienlijk te wijzigen om met De Beers buiten het GOS te concurreren, en wel binnen een periode van drie jaar.

149 De Commissie dwingt dus een marktdeelnemer die niet rechtstreeks bij de op grond van artikel 82 EG ingeleide procedure is betrokken, bij te dragen aan de wijziging van de structuur van de markt voor de productie en levering van ruwe diamanten, welke maatregel buiten het kader van de bevoegdheden van de Commissie krachtens die bepaling valt.

150 De Commissie stelt ten slotte dat het verbod van transacties door middel van open veilingen gerechtvaardigd is in het licht van de eerdere praktijken van Alrosa en De Beers bij ad-hocverkopen in de vorm van „willing buyer/willing seller". Zij betoogt dat terecht kan worden gevreesd dat die verkopen partijen in staat stellen de aangemelde overeenkomst te blijven uitvoeren, daar de bij die gelegenheid verkochte hoeveelheden dezelfde kunnen zijn als de bij voornoemde overeenkomst vastgestelde hoeveelheden.

151 Ook al hadden De Beers en Alrosa kunnen wensen langs een andere weg de bij de aangemelde overeenkomst bedoelde waarde van de transacties te handhaven, de Commissie was in dat verband niet gespeend van middelen om jegens hen de maatregelen te treffen die vereist waren om de naleving van de mededingingsregels te verzekeren. Met name artikel 9, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat de Commissie de procedure kan heropenen, indien de betrokken ondernemingen in strijd met de door hen gedane toezeggingen handelen. Evenzo biedt artikel 23, lid 2, van die verordening haar de mogelijkheid een sanctie op te leggen aan de ondernemingen die een toezegging waaraan overeenkomstig artikel 9 van die verordening een verbindend karakter is verleend, niet nakomen.

152 Ook al kon De Beers per definitie door de ad-hocverkopen tussen haar en Alrosa haar rol van marktmaker handhaven of versterken, dat effect zou bovendien uit zichzelf niet in strijd zijn met de mededingingsregels voor zover die verkopen plaatsvinden op basis van het beginsel van de hoogste bieder.

153 Het Gerecht aanvaardt bijgevolg niet de hypothese dat de aan Alrosa geboden mogelijkheid om aan De Beers een bepaalde hoeveelheid diamanten bij opbod te verkopen

noodzakelijkerwijs de verwezenlijking van de door de Commissie beoogde doelstellingen in gevaar had gebracht. Door die verkopen hadden derden toegang tot de productie van Alrosa kunnen krijgen onder dezelfde voorwaarden als De Beers, en had Alrosa aan de grootste op de markt aanwezige koper kunnen verkopen. Daar de Commissie niet heeft aangetoond dat andere criteria dan de waarde van het koopaanbod door Alrosa bij de daadwerkelijk bij opbod verrichte verkopen in aanmerking zijn genomen, kan het argument betreffende de voorkeursbehandeling die De Beers bij die verkopen zou hebben genoten, niet slagen. Bovendien stelde Alrosa in haar brief van 6 februari 2006, die weliswaar na het verstrijken van de voor de indiening van nieuwe toezeggingen gestelde termijn aan de Commissie is gezonden, voor de waarde van de aan De Beers bij opbod verkochte diamanten te beperken tot 275 miljoen USD. Door die beperking zouden op zijn minst de door de Commissie naar voren gebrachte gevaren voor mededingingsverstoring zijn verminderd.

154 Hieruit volgt dat in casu alternatieve, minder belastende oplossingen voor de ondernemingen bestonden dan het algehele verbod van transacties en dat de Commissie niet met een beroep op de vermeende moeilijkheid om die oplossingen te vinden, kon weigeren ze in aanmerking te nemen.

155 Met betrekking ten slotte tot het argument van de Commissie dat het niet om een eindbeschikking ging omdat het mogelijk was de procedure overeenkomstig artikel 9, lid 2, van verordening nr. 1/2003 te heropenen, merkt het Gerecht op dat die mogelijkheid bestaat in drie gevallen: indien er een wezenlijke verandering optreedt in de feiten waarop de beschikking steunt; indien de betrokken ondernemingen in strijd met de door hen gedane toezeggingen handelen, en indien de beschikking op onvolledige, onjuiste of misleidende inlichtingen berust. Daar de situaties die een heropening rechtvaardigen, dus limitatief zijn opgesomd, kan Alrosa niet verzoeken dat de procedure wordt heropend om redenen als die welke in haar verzoekschrift zijn vermeld, met name wegens schending van het evenredigheidsbeginsel. Bovendien kan de Commissie naar eigen goeddunken een heropening weigeren. Het op artikel 9, lid 2, van verordening nr. 1/2003 gebaseerde argument van de Commissie kan dus niet slagen.

156 In die omstandigheden stelt verzoekster op goede gronden enerzijds dat het verbod van alle commerciële transacties tussen De Beers en haarzelf voor onbepaalde tijd

kennelijk verder gaat dan wat noodzakelijk was om het beoogde doel te bereiken, en anderzijds dat andere oplossingen bestonden die evenredig aan dat doel waren. Het gebruikmaken van de procedure waardoor een verbindend karakter kan worden verleend aan door een betrokken onderneming gedane toezeggingen, ontsloeg de Commissie niet van haar verplichting tot toepassing van het evenredigheidsbeginsel waarvoor in concreto moet worden nagegaan of die tussenoplossingen uitvoerbaar zijn.

157 Gelet op het voorgaande, is het middel betreffende schending van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 en van het evenredigheidsbeginsel gegrond en dient de beschikking op die grond alleen nietig te worden verklaard.

158 Gelet op de bevoegdheden van de Commissie voor de tenuitvoerlegging van de arresten houdende nietigverklaring van de beschikkingen die op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG zijn vastgesteld, moet echter in casu ook ten overvloede uitspraak worden gedaan op verzoeksters eerste middel betreffende schending van het recht te worden gehoord.

Middel betreffende schending van het recht te worden gehoord

Argumenten van partijen

159 Verzoekster stelt dat de beschikking is vastgesteld in strijd met haar recht te worden gehoord, voor zover de Commissie enerzijds haar niet de redenen heeft meegedeeld waarom zij, gelet op de opmerkingen van belanghebbende derden, van mening was dat de gezamenlijke toezeggingen niet konden tegemoetkomen aan haar bezorgdheden, en anderzijds haar niet de gelegenheid had gegeven haar standpunt dienaangaande kenbaar te maken.

160 Tot staving van dit middel merkt zij om te beginnen op dat het recht te worden gehoord, zoals dit wordt gewaarborgd in het kader van een procedure inzake toepassing van de mededingingsregels, de Commissie twee verplichtingen oplegt. Dit recht, waarop eenieder aanspraak kan maken voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, zoals wordt vermeld in artikel 41, lid 2, eerste streepje, van het op 7 december 200 te Nice afgekondigde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2000, C 364, blz. 1), zou namelijk inhouden dat de belanghebbenden vooraf in de gelegenheid moeten worden gesteld hun opmerkingen te maken over de bezwaren die de Commissie tegen hen meent te moeten aanvoeren, en dat zij daartoe behoren te worden ingelicht over de gegevens waarop die bezwaren zijn gebaseerd (arrest Hof van 13 juli 1966, Consten/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 449), en over de conclusies die de Commissie daaruit trekt (arrest Gerecht van 10 maart 1992, Hüls/Commissie, T-9/89, Jurispr. blz. II-499, punt 38).

161 Verzoekster voert vervolgens aan dat de bezorgdheden die de Commissie in de beschikking heeft geuit, verschillen van die welke die instelling eerder te kennen heeft gegeven in haar voorlopige beoordeling, zoals deze haar ter kennis is gebracht.

162 Eerst heeft de Commissie namelijk bezorgdheid betreffende twee punten geuit. Zoals blijkt uit de mededelingen van punten van bezwaar betreffende artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst en de beknopte bekendmaking, heeft zij enerzijds verklaard dat de overeenkomst de mededinging scheen te beperken op grond dat daarin de helft van de productie van Alrosa voor De Beers werd gereserveerd en de mogelijkheid voor Alrosa om zich als een onafhankelijke concurrent op de markt te gedragen in gelijke mate werd verminderd. De Commissie heeft anderzijds te kennen gegeven dat de overeenkomst misbruik van een machtspositie leek te vormen op grond dat deze de klanten van De Beers de toegang tot een alternatieve bevoorradingsbron ontzegde en de marktmacht van De Beers ten koste van haar voornaamste concurrent versterkte. Gezien deze voorlopige beoordeling, hebben verzoekster en De Beers de gezamenlijke toezeggingen gedaan die de Commissie aanvankelijk voornemens was verbindend te verklaren.

163 Daarna heeft de Commissie haar analyse gewijzigd. Na kennis te hebben genomen van de opmerkingen die de belanghebbende derden in reactie op de beknopte bekendmaking hebben gemaakt, waarin zes andere redenen voor bezorgdheid met betrekking tot de mededingingsregels werden genoemd, heeft de Commissie in de punten 41 en 42 van de beschikking namelijk vastgesteld dat die opmerkingen, hoewel daarin geen relevante nieuwe bezorgdheden kenbaar werden gemaakt, en de eigen analyse van de Commissie haar tot de uiteindelijke conclusie noopten dat de gezamenlijke toezeggingen niet aan die bezorgdheden konden tegemoetkomen.

164 Verzoekster is ten slotte van mening dat het in die omstandigheden aan de Commissie stond om haar in staat te stellen haar standpunt kenbaar te maken niet alleen over de door de belanghebbende derden ingediende opmerkingen maar ook over de analyse op basis waarvan de Commissie de gezamenlijke toezeggingen thans ontoereikend achtte en het volgens haar noodzakelijk was de individuele toezeggingen van De Beers verbindend te verklaren. Dat was evenwel niet gebeurd.

165 De bezwaren van de Commissie dienaangaande zijn niet gegrond. Enerzijds kan de Commissie redelijkerwijs niet stellen, zoals zij in punt 41 van de beschikking heeft gedaan, dat de individuele toezeggingen enkel de gezamenlijke toezeggingen versterken. Immers, het absolute en potentieel definitieve verbod om ook maar enige handelsbetrekking met De Beers te hebben, is vanuit economisch oogpunt iets volledig anders dan de mogelijkheid om, zij het onder restrictieve voorwaarden, een dergelijke betrekking voort te zetten. Anderzijds kan de Commissie niet op goede gronden stellen dat verzoekster geen partij is die betrokken is bij de op grond van artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst ingeleide procedure. Daar de Commissie immers zelf heeft erkend dat de omstandigheden van de zaak rechtvaardigden om verzoekster te horen over de door de belanghebbende derden ingediende opmerkingen, had zij niet mogen weigeren verzoekster over haar gewijzigde analyse te horen.

166 Volgens de Commissie is dit middel ongegrond.

167 Zij merkt om te beginnen op dat onderscheid moet worden gemaakt tussen verzoeksters positie in het kader van de op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst ingeleide procedure en haar positie in het kader van de procedure die op grond van artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst is ingeleid. De eerste procedure is ingeleid tegen De Beers en Alrosa die de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar waren, gezamenlijke toezeggingen aan de Commissie hebben gedaan en door haar waren gehoord, in het bijzonder over de opmerkingen die de belanghebbende derden daarover hadden gemaakt. De voortzetting van die procedure had evenwel alle belang verloren wegens de individuele toezeggingen van De Beers en die procedure was dus afgesloten zonder dat enige beschikking was vastgesteld. De tweede procedure daarentegen was echter ingeleid tegen De Beers maar niet tegen verzoekster en had tot de vaststelling van een beschikking geleid.

168 De Commissie voert vervolgens aan dat de rechtspositie van de partij die betrokken is bij een procedure inzake toepassing van de mededingingsregels, dat wil zeggen van degene tegen wie die procedure is ingeleid en waaraan een sanctie kan worden opgelegd, moet worden onderscheiden van de partijen die belang hebben bij die procedure, dat wil zeggen degenen die belang bij de uitkomst ervan kunnen hebben, maar tegen wie die procedure niet is ingeleid en waaraan geen sanctie kan worden opgelegd. De omvang van het recht te worden gehoord, zoals dit volgt uit de algemene rechtsbeginselen en de bepalingen van afgeleid recht, is voor die twee categorieën personen niet dezelfde.

169 De Commissie voert ten slotte aan dat de partijen die in de een of andere hoedanigheid bij een procedure inzake toepassing van de mededingingsregels zijn betrokken, een bijzondere rechtspositie hebben wanneer wordt overwogen gebruik te maken van artikel 9 van verordening nr. 1/2003. Die bepaling, die in het leven is geroepen om de Commissie in staat te stellen de procedure snel en doeltreffend te beëindigen wanneer haar toezeggingen worden gedaan die aan haar bezorgdheden tegemoetkomen, noopt die instelling er immers niet toe de partijen op dezelfde wijze te horen als wanneer dat niet het geval is. In het bijzonder zou het om te beginnen een taak van de Commissie zijn niet om een mededeling van punten van bezwaar aan de betrokken partijen te richten maar om de betrokken ondernemingen in kennis te stellen van haar bezorgdheden door middel van een voorlopige beoordeling. Wanneer die ondernemingen haar toezeggingen doen die aan haar bezorgdheden tegemoet lijken te komen en zij overweegt deze verbindend te verklaren, zou het

vervolgens aan de Commissie staan de belanghebbende derden in staat te stellen hun opmerkingen daarover te maken door een beknopte bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* te publiceren.

170 Die publicatie loopt niet vooruit op de beoordeling van de Commissie en verplicht haar niet om artikel 9 van verordening nr. 1/2003 toe te passen. De instelling kan aldus het onderzoek van de toezeggingen van de betrokken ondernemingen voortzetten, en kan, gezien dat onderzoek, de eventueel door de belanghebbende derden ingediende opmerkingen en de omstandigheden van de zaak, die toezeggingen verbinden verklaren, ze niet geschikt achten om aan haar bezorgdheden tegemoet te komen en een nieuwe reeks van toezeggingen van de betrokken ondernemingen onderzoeken, dan wel gebruik maken van de procedure van artikel 7 van verordening nr. 1/2003. Zij is dus geenszins verplicht een beschikking op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 vast te stellen.

171 Daar in casu verzoekster niet als partij was betrokken bij de procedure die voor de Commissie aanleiding was om de beschikking vast te stellen, kon zij dus geen aanspraak maken op de rechten die aan de betrokken partijen bij artikel 27 van verordening nr. 1/2003 en bij de artikelen 10 tot en met 12 van verordening nr. 773/2004 worden verleend.

172 Verzoekster was toch daadwerkelijk het recht verleend te worden gehoord, waarop zij in het kader van deze procedure juridisch aanspraak kon maken. De omvang van dit recht is bepaald door verzoeksters bijzondere positie in het onderhavige geval. Het was voornamelijk als gevolg daarvan dat gelijktijdig twee procedures werden gevoerd met betrekking tot de mededingingsregelingen en met betrekking tot misbruik van een machtspositie op grond van de bepalingen van verordening nr. 17 en vervolgens die van verordening nr. 1/2003. Zij is verder nog te verklaren door het achtereenvolgens aanbieden van gezamenlijke toezeggingen door verzoekster en De Beers, en vervolgens, na de markttoets, van individuele toezeggingen van De Beers.

173 Verzoekster is dus ten eerste in kennis gesteld van de bezorgdheden die de Commissie in het kader van haar voorlopige beoordeling van de aangemelde overeenkomst in het licht van artikel 82 EG en artikel 54 van de EER-Overeenkomst te kennen heeft gegeven door middel van de beknopte bekendmaking, ten tweede van de door de belanghebbende derden daarover ingediende opmerkingen, en ten derde van de individuele toezeggingen van De Beers. Bovendien had zij de gelegenheid haar standpunt over de opmerkingen van de belanghebbende derden en de individuele toezeggingen van De Beers kenbaar maken en heeft zij deze daadwerkelijk te baat genomen.

174 Verder is het onjuist te stellen dat de Commissie na de publicatie van de beknopte bekendmaking en de ontvangst van de opmerkingen van de belanghebbende derden blijk heeft gegeven van nieuwe bezorgdheden. De instelling heeft namelijk enkel onderzocht of de gezamenlijke toezeggingen van Alrosa en De Beers al dan niet tegemoetkwamen aan haar bezorgdheden over de overeenkomst. De opmerkingen van de belanghebbende derden daarover hebben geen nieuwe punten aan de orde gesteld en hebben bevestigd dat de gezamenlijke toezeggingen ontoereikend waren.

Beoordeling door het Gerecht

175 Verordening nr. 1/2003 onderscheidt verschillende categorieën deelnemers aan de procedure voor de Commissie: de „betrokken" ondernemingen (artikel 7), de „klagers" (artikelen 7 en 27), de „betrokken" ondernemingen (artikelen 9, 17, 18, 21, lid 1, 27, lid 2), de „ondernemingen die het voorwerp van haar procedure uitmaken" (artikel 27, lid 1) en de „belanghebbende derden" (artikel 27, lid 4).

176 Meteen wordt uitgesloten dat verzoekster een „klaagster" is. Bovendien is om de hierboven uiteengezette redenen alleen De Beers de „betrokken" onderneming en de „onderneming die het voorwerp uitmaakt van haar procedure" op grond van artikel 82 EG.

177 Verzoekster is daarom nog niet een eenvoudige „belanghebbende derde" in de procedure in de zin van artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003. Alrosa is immers de medecontractant van De Beers in het kader van een langdurige handelsbetrekking waaraan de beschikking een einde maakt. Verzoekster is bovendien betrokken geweest bij de twee procedures die de Commissie na de aanmelding van haar overeenkomst met De Beers heeft ingeleid.

178 De wijze waarop de Commissie de twee procedures met betrekking tot de overeenkomst tussen De Beers en Alrosa heeft behandeld, biedt steun aan die conclusie.

179 Na de kennisgeving van de aangemelde overeenkomst op 14 januari 2003 heeft de Commissie dus twee procedures ingeleid, de ene op basis van artikel 81 EG en de andere op basis van artikel 82 EG. De twee procedures zijn ingeschreven onder hetzelfde nummer (38.381), zoals de Commissie ter terechtzitting heeft gepreciseerd.

180 De Commissie heeft aan verzoekster de mededeling van punten van bezwaar betreffende de procedure op grond van artikel 81 EG toegezonden en aan De Beers de mededelingen van punten van bezwaar betreffende beide procedures. De twee mededelingen hadden betrekking op de overeenkomst die De Beers en Alrosa voornemens waren te sluiten in de historische context die de betrekkingen tussen de twee partijen kenmerkte.

181 Na de mededeling van punten van bezwaar zijn verzoekster en de Commissie besprekingen begonnen waarbij De Beers zich later heeft gevoegd, teneinde via onderhandelingen tot een oplossing van de zaak te komen. Op 31 maart 2003 hebben verzoekster en De Beers gezamenlijke schriftelijke opmerkingen aan de Commissie gezonden in antwoord op de op grond van artikel 81 EG vastgestelde mededeling van punten van bezwaar. Die opmerkingen gingen ook over de vraag of de overeenkomst verenigbaar is met artikel 82 EG, hoewel verzoekster geen kopie van de aan De Beers op grond van dat artikel gezonden mededeling van punten van bezwaar heeft ontvangen.

182 Bovendien zijn op 7 juli 2003 verzoekster en De Beers in hun mondelinge opmerkingen door de Commissie gehoord. Op 14 december 2004 hebben verzoekster en De Beers gezamenlijk toezeggingen gedaan die ertoe strekten tegemoet te komen aan de bezorgdheden waarvan de Commissie hun deelgenoot had gemaakt.

183 In de bekendmaking in zaak COMP/E-2/38.381 — De Beers — Alrosa van 3 juni 2005, waarin de Commissie verwijst naar de gezamenlijke toezeggingen van verzoekster en De Beers en de belanghebbende derden uitnodigt haar hun opmerkingen kenbaar te maken, wordt ook geen onderscheid tussen de twee procedures gemaakt.

184 Daarbij komt dat op 27 oktober 2005 verzoekster en De Beers hebben deelgenomen aan een gezamenlijke bijeenkomst met de Commissie waarop de Commissie hen in kennis heeft gesteld van de opmerkingen van 21 belanghebbende derden die na de bekendmaking van 3 juni 2005 zijn gemaakt.

185 Ten slotte heeft de Commissie in een brief van 22 februari 2006 verzoekster meegedeeld dat de haar betreffende procedure was afgesloten als gevolg van de individuele toezeggingen van De Beers in de procedure op grond van artikel 82 EG.

186 Uit die herhaling van de feiten blijkt dat de procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG de facto altijd als een enkele procedure zijn behandeld, niet alleen door de Commissie maar ook door verzoekster en De Beers.

187 In de onderhavige omstandigheden hadden als gevolg van de samenhang tussen de twee door de Commissie ingeleide procedures alsmede van het feit dat de beschikking uitdrukkelijk Alrosa noemt, aan verzoekster, voor de procedure in haar geheel beschouwd, de aan een „betrokken onderneming” in de zin van verordening nr. 1/2003 verleende rechten moeten worden toegekend, hoewel zij dat strikt genomen in de procedure met betrekking tot artikel 82 EG niet is.

188 In punt 37 van de considerans van verordening nr. 1/2003 heet het: „Deze verordening eerbiedigt de grondrechten en is in overeenstemming met de beginselen die met name erkend zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Derhalve dient zij te worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met deze rechten en beginselen." Volgens artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie heeft eenieder het recht te worden gehoord „voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen".

189 Evenzo bepaalt artikel 27, lid 2 van verordening nr. 1/2003 dat „het recht van verdediging van de partijen in de loop van de procedure ten volle wordt geëerbiedigd" en dat de partijen „het recht tot inzage van het dossier van de Commissie" hebben.

190 Ten slotte wordt in punt 10 van de considerans van verordening nr. 773/2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG verklaard: „Om de rechten van de verdediging van ondernemingen te eerbiedigen, moet de Commissie, alvorens een besluit te nemen, de betrokken partijen het recht verlenen om te worden gehoord."

191 Ook zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van het recht te worden gehoord in elke procedure die tot een voor een bepaalde persoon bezwarend besluit kan leiden, een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht vormt, dat zelfs bij ontbreken van elke regeling betreffende de betrokken procedure in acht moet worden genomen (arrest Hof van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a., C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21).

192 Het Gerecht stelt vast dat de Commissie op 3 juni 2005 bij de publicatie van de bekendmaking waarin zij melding maakte van de gezamenlijke toezeggingen van De Beers en verzoekster, voornemens was die toezeggingen verbindend te verklaren, behoudens de uitkomst van de raadpleging van derden. Zij stelde zich dus op het standpunt dat die toezeggingen op het eerste gezicht tegemoetkwamen aan de bezorgdheden die zij in het kader van haar voorlopige beoordeling te kennen had gegeven.

193 Na ontvangst van de commentaren van derden heeft de Commissie evenwel gemeend dat de gezamenlijke toezeggingen niet aan haar aanvankelijke bezorgdheden tegemoetkwamen en dat de enige denkbare oplossing de stopzetting van alle handelsbetrekkingen tussen Alrosa en De Beers vanaf 2009 was. De Commissie verklaart namelijk in punt 41 van de beschikking dat „de ruime meerderheid van de opmerkingen de in haar voorlopige beoordeling geuite bezorgdheden op het gebied van de mededinging bevestigden, maar erop wezen dat die bezorgdheden niet volledig door de gedane toezeggingen zouden worden weggenomen" en dat in die opmerkingen van derden geen gewag was gemaakt van „relevante nieuwe bezorgdheden". Dat betekent dat de Commissie geen eventuele nieuwe grieven van derden heeft aanvaard.

194 Het Gerecht is evenwel niet overtuigd door de verklaring van de Commissie dat de commentaren van derden haar aanvankelijke bezorgdheden alleen maar hebben bevestigd. Als de commentaren van derden immers niets nieuws toevoegden aan de voorlopige analyse van de Commissie, dan had deze de gezamenlijke toezeggingen zoals zij waren verbindend kunnen verklaren. Indien daarentegen de derden de gezamenlijke toezeggingen ontoereikend achtten en indien hun commentaren de Commissie tot de conclusie hadden genoopt dat alleen een definitieve stopzetting van de betrekkingen tussen partijen vanaf 2009 aan haar aanvankelijke bezorgdheden kon tegemoetkomen, moest de Commissie partijen over die opmerkingen horen, alsmede over de andere feiten die haar nieuwe conclusie rechtvaardigden. Immers moet worden erkend dat de Commissie enkel van de beoordeling betreffende de gezamenlijke toezeggingen kan afwijken indien de feitelijke omstandigheden zich hebben gewijzigd dan wel indien die beoordeling op basis van onjuiste informatie is verricht.

195 De Commissie mocht zich na de ontvangst van de opmerkingen van derden inderdaad op het standpunt stellen dat de door partijen gedane toezeggingen niet tegemoetkwamen aan de in het kader van haar voorlopige beoordeling geuite bezorgdheden, daar het doel van de raadpleging van derden als bedoeld in artikel 27, lid 4, van verordening nr. 1/2003 juist was haar in staat te stellen een beschikking te geven die kon tegemoetkomen aan de in haar voorlopige beoordeling genoemde mededingingsproblemen.

196 De eerbiediging van het recht te worden gehoord verlangt echter in een geval als het onderhavige enerzijds dat de ondernemingen die deze toezeggingen hebben gedaan, in kennis worden gesteld van de wezenlijke feiten op basis waarvan de Commissie nieuwe toezeggingen heeft verlangd, en anderzijds dat zij zich daarover kunnen uitspreken. In casu echter heeft verzoekster slechts summiere informatie gekregen over de conclusies die de Commissie uit de opmerkingen van derden trok. Op de bijeenkomst van 27 oktober 2005 heeft de Commissie haar namelijk louter in kennis gesteld van het feit dat de commentaren van derden voornamelijk hadden verwezen naar het gevaar voor afscherming van de markt en het gevaar voor een kartel tussen De Beers en Alrosa, en dat het met concurrentie belaste lid van de Commissie het team dat verantwoordelijk was voor het dossier, had gevraagd geen gezamenlijke toezeggingen in hun oorspronkelijke formulering meer te accepteren. Bij dezelfde gelegenheid heeft zij een samenvatting van de opmerkingen van derden ontvangen en is haar de inhoud meegedeeld van de toezeggingen die de Commissie van partijen verwachtte na de negatieve uitkomst van de raadpleging van derden: de stopzetting van alle betrekkingen vanaf 2009 en een nieuw voorstel voor toezeggingen op die basis vóór eind november 2005.

197 De betrokken ondernemingen hebben ook krachtens artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 het recht van inzage in het dossier van de Commissie. Volgens vaste rechtspraak maakt dit recht deel uit van de procedurele waarborgen die de rechten van de verdediging beogen te beschermen en in het bijzonder de daadwerkelijke uitoefening beogen te waarborgen van het recht om te worden gehoord (arresten Gerecht van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98 en T-212/98–T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 334, en 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407). De uitoefening van dit recht houdt overeenkomstig artikel 15, lid 1, van verordening nr. 773/2004 in dat de betrokken onderneming een verzoek daartoe bij de Commissie heeft ingediend.

198 In dit verband stelt het Gerecht vast dat partijen het erover eens zijn dat verzoekster om een niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van derden heeft verzocht. Volgens verzoekster is dat verzoek echter mondeling op de bijeenkomst van 27 oktober 2005 gedaan en in de brief van 6 december 2005 herhaald, terwijl volgens de Commissie verzoekster pas op 6 december 2005 om een niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van derden heeft verzocht, dus na het verstrijken van de voor de indiening van nieuwe toezeggingen gestelde termijn.

199 Blijkens het dossier heeft de Commissie op de bijeenkomst van 27 oktober 2005 in antwoord op een vraag van verzoeksters advocaten over de toegang tot de niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van derden verklaard dat zij volgens de procedure van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 haar een dergelijke versie niet hoefde mee te delen. Dat partijen op die bijeenkomst over de mogelijkheid van toegang tot die documenten hebben gesproken, wordt overigens door de Commissie niet betwist.

200 Ook moet worden vastgesteld dat de bij de beschikking verbindend verklaarde individuele toezeggingen door De Beers op 25 januari 2006 zijn ingediend, dus na de uiterste datum van 30 november 2005 die de Commissie op de bijeenkomst van 27 oktober 2005 voor de indiening van nieuwe toezeggingen had genoemd. In die omstandigheden kan niet worden gesteld dat na 30 november 2005 geen nieuwe voorstellen voor gezamenlijke toezeggingen door Alrosa en De Beers meer konden worden ingediend en ook niet dat na die datum een verzoek om toegang tot de opmerkingen van derden voor verzoekster geen praktisch nut meer had.

201 Na het door verzoekster op 6 december 2005 ingediende schriftelijke formele verzoek heeft de Commissie een niet-vertrouwelijke versie van die opmerkingen van derden pas op 26 januari 2006 toegezonden, dus meer dan zes weken na de datum waarop verzoekster het formele verzoek daartoe had ingediend en meer dan drie maanden na de bijeenkomst van 27 oktober 2005, waarop de vraag van de toegang tot de niet-vertrouwelijke versie van de opmerkingen van derden door partijen was besproken. Het Gerecht stelt ook vast dat die documenten tegelijkertijd met de kopie van de individuele toezeggingen van De Beers aan verzoekster zijn gezonden, zodat het voor haar onmogelijk was daarop naar behoren te antwoorden en nieuwe gezamenlijke toezeggingen met De Beers voor te stellen.

202 De opmerkingen van derden waren echter in de procedure bijzonder belangrijk, daar de Commissie deze in aanmerking heeft genomen voor de conclusie dat de markttoets negatief was en dat alleen de stopzetting van alle handelsbetrekkingen vanaf 2009 een aanvaardbare oplossing was. Immers, volgens punt 42 van de beschikking „hebben die opmerkingen tezamen met de analyse van de Commissie zelf de Commissie ertoe genoopt wijzigingen in de gedane toezeggingen voor te stellen".

203 Hieruit blijkt dat verzoekster in omstandigheden als de onderhavige beschikte over een recht te worden gehoord over de individuele toezeggingen van De Beers die de Commissie voornemens was verbindend te verklaren in het kader van de op grond van artikel 82 EG ingeleide procedure, en dat haar niet de gelegenheid was geboden om dit recht ten volle uit te oefenen, zelfs indien in casu niet duidelijk kan worden aangetoond in hoeverre die onregelmatigheid de beschikking van de Commissie heeft kunnen aantasten.

204 Verzoeksters eerste middel, dat ten overvloede is onderzocht, is bijgevolg ook gegrond.

205 Gelet op een en ander, dient de beschikking nietig te worden verklaard.

Kosten

206 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekster te worden verwezen in haar eigen kosten en in de kosten van deze laatste.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) Beschikking 2006/520/EG van de Commissie van 22 februari 2006 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 [EG] en artikel 54 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/B-2/38.381 — De Beers), wordt nietig verklaard.

2) De Commissie draagt haar eigen kosten en de kosten van Alrosa Company Ltd.

Legal Wiszniewska-Białecka Vadapalas

Moavero Milanesi Wahl

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 juli 2007.

De griffier

E. Coulon

De president van de Vierde kamer

H. Legal