CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. PITRUZZELLA
van 7 mei 2020[1]

Zaak C-132/19 P

Groupe Canal +
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Mededinging – Mededingingsregeling – Televisiedistributie – Territoriale exclusiviteit – Verordening (EG) nr. 1/2003 – Artikel 9 – Besluit dat toezeggingen verbindend verklaart – Misbruik van bevoegdheid – Voorlopige beoordeling – Juridische en economische context – Evenredigheid – Verplichting voor de Commissie om rekening te houden met overwegingen betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU – Contractuele rechten van derden – Bescherming”

I. Inleiding

1. Het onderhavige geding komt voort uit een beroep tegen een besluit van de Europese Commissie waarbij een verbindend karakter is verleend aan de toezeggingen die een multinationale producent van audiovisuele inhoud heeft gedaan om tegemoet te komen aan de mededingingsbezwaren die de Commissie bij de instelling van een onderzoeksprocedure had geformuleerd.

2. Deze bezwaren betroffen een vermeende verticale overeenkomst die ertoe strekte de barrières tussen nationale markten in de interne markt te herstellen door middel van contractuele clausules waarbij aan de multinational en een omroeporganisatie op de markt van het Verenigd Koninkrijk en Ierland een licentie met absolute territoriale exclusiviteit werd toegekend.

3. Tegen het besluit waarbij de Commissie de voorgestelde toezeggingen heeft aanvaard en verbindend heeft verklaard, werd beroep ingesteld door een Franse omroeporganisatie – derde bij de procedure waarin zij pas op een later tijdstip heeft geïntervenieerd – waaraan de multinational van de voornoemde toezeggingen had kennisgegeven om haar mee te delen dat zij niet langer nakoming verlangde van de contractclausules waarbij haar op de Franse markt absolute territoriale exclusiviteit werd toegekend.

4. Van de middelen die in beroep werden aangevoerd, bevatten het derde en het vierde middel – waarop ik mij, zoals het Hof heeft verzocht, zal richten – de essentiële juridische vraagstukken, en wel de volgende drie: 1) de noodzaak om de gedraging die voorwerp van de mededingingsbezwaren is in een juridische en economische context te plaatsen; 2) de vraag of de Commissie, bij het vaststellen van een besluit als bedoeld in artikel 9 van verordening nr. 1/2003, rekening moet houden met overwegingen betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU, en 3) de vraag of de Commissie bij de verbindendverklaring van de toezeggingen van de onderneming het evenredigheidsbeginsel in

1 Oorspronkelijke taal: Italiaans.

acht heeft genomen, met name wat betreft de gevolgen voor derden van een op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 vastgesteld besluit, inzonderheid wanneer de – vervolgens door de Commissie verbindend verklaarde – toezeggingen van de onderneming die adressaat van het besluit is erin bestaan dat zij eenzijdig verklaart niet langer bepaalde clausules na te komen van een overeenkomst met een andere onderneming die, omdat het onderzoek op haar geen betrekking had, geen dergelijke toezeggingen heeft aangeboden of onderschreven.

II. Toepasselijke bepalingen

5. In overweging 13 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag[2] (thans de artikelen 101 en 102 VWEU) staat het volgende te lezen:

„Wanneer de betrokken ondernemingen in de loop van een procedure die tot een verbodsbeschikking zou kunnen leiden, de Commissie toezeggingen doen om aan haar bezorgdheden tegemoet te komen, moet de Commissie bij beschikking die toezeggingen voor die ondernemingen een verbindend karakter kunnen verlenen. In toezeggingsbeschikkingen moet worden vastgesteld dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan, zonder dat wordt geconcludeerd of er al dan niet een inbreuk is gepleegd of nog steeds wordt gepleegd. Toezeggingsbeschikkingen laten de bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten om zo'n inbreuk al dan niet vast te stellen en een beslissing over de zaak te nemen, onverlet. […]"

6. Overweging 22 van verordening nr. 1/2003 luidt als volgt:

„Om in een stelsel van parallelle bevoegdheden de eerbiediging van het beginsel van rechtszekerheid en een eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels te waarborgen, moeten tegenstrijdige uitspraken worden vermeden. Daarom moet, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie, duidelijk worden gemaakt wat de gevolgen zijn van Commissiebesluiten en -procedures voor de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Toezeggingsbeschikkingen van de Commissie laten de bevoegdheid van de rechterlijke instanties en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten onverlet om de artikelen 81 en 82 van het Verdrag toe te passen."

7. Artikel 9 van verordening nr. 1/2003 bepaalt:

„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 PB 2003, L 1, blz. 1.

III. Feiten, procedure en bestreden arrest

A. Achtergrond van het geding

8. Op 13 januari 2014 heeft de Commissie een onderzoek ingesteld naar mogelijke beperkingen van de levering van betaaltelevisiediensten in het kader van de licentieovereenkomsten tussen zes Amerikaanse filmproductiestudio's en de belangrijkste betaaltelevisiezenders van de Europese Unie.

9. In het kader van dit onderzoek heeft de Commissie op 23 juli 2015 een mededeling van punten van bezwaar verzonden aan Paramount Pictures International Ltd, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), en Viacom Inc., gevestigd te New York (Verenigde Staten), de moedermaatschappij van Paramount Pictures International (hierna gezamenlijk: „Paramount").

10. In deze mededeling heeft de Commissie haar voorlopige conclusie uiteengezet over de onverenigbaarheid van bepaalde clausules in de door Paramount met Sky UK Ltd en Sky plc (hierna gezamenlijk: „Sky") gesloten licentieovereenkomsten met artikel 101 VWEU en artikel 53 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER).

11. Om precies te zijn, heeft de Commissie zich geconcentreerd op twee samenhangende clausules van de met Sky gesloten licentieovereenkomsten.

12. De eerste clausule strekte ertoe Sky te verbieden, of de mogelijkheid voor Sky te beperken, om in te gaan op spontane verzoeken van consumenten die in de EER, maar buiten het Verenigd Koninkrijk en Ierland verblijven, om televisiedistributiediensten aan te kopen. De tweede clausule verplichtte Paramount daarentegen, in het kader van haar overeenkomsten met de in de EER maar buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde omroepen, om deze omroepen te verbieden, of de mogelijkheid voor hen te beperken, om positief te reageren op spontane verzoeken van consumenten die in het Verenigd Koninkrijk of Ierland verblijven om televisiedistributiediensten aan te kopen.

13. Bij besluit van 24 november 2015 werd Groupe Canal + (hierna: „GCP") toegelaten tot deelname aan de procedure als belanghebbende derde in de zin van artikel 13, lid 1, van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004[3].

14. Bij brief van 4 december 2015, met als opschrift „Informatie over de aard en het onderwerp van de procedure overeenkomstig artikel 13, lid 1, van verordening (EG) nr. 773/2004", heeft de Commissie onder andere haar juridische beoordeling van de toepassing van artikel 101 VWEU op de feiten van deze zaak meegedeeld, gevolgd door een voorlopige conclusie ten gronde dienaangaande. Volgens deze voorlopige conclusie was de Commissie voornemens een besluit te nemen, gericht tot Sky en elk van de bij haar onderzoek betrokken filmstudio's, tot vaststelling dat zij artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst hadden geschonden, waarbij hun geldboeten zouden worden opgelegd en zij zouden worden gelast een einde te maken aan de inbreuk en zich te onthouden van iedere maatregel met een soortgelijk doel of gevolg.

15. Na de inleiding van de procedure en de voorlopige beoordeling van de Commissie heeft Paramount op 15 april 2016 toezeggingen voorgesteld om tegemoet te komen aan de mededingingsbezwaren van de Commissie als bedoeld in artikel 9 van verordening nr. 1/2003.

3 PB 2004, L 123, blz. 18.

16. Nadat zij kennis had genomen van de opmerkingen van andere belanghebbende derden, onder wie GCP, heeft de Commissie het voor het Gerecht bestreden besluit vastgesteld (hierna: „litigieus besluit") [4]. In artikel 1 daarvan is bepaald dat de bijgevoegde toezeggingen verbindend zijn voor Paramount, haar rechtsopvolgers en haar dochterondernemingen voor een periode van vijf jaar vanaf de kennisgeving van dit besluit.

17. Clausule 1, negende alinea, van de bijlage bij het litigieuze besluit voorziet in diverse typen clausules die het voorwerp vormen van de procedure (hierna: „betrokken clausules"), over de uitzending van audiovisuele inhoud via zowel satelliet als internet.

18. Wat uitzending via satelliet betreft, gaat het om ten eerste de clausule dat ontvangst buiten het licentiegebied (*overspill*) geen contractbreuk door de omroeporganisatie vormt indien zij deze ontvangst niet welbewust heeft toegestaan, en ten tweede de clausule dat ontvangst binnen het licentiegebied geen contractbreuk door Paramount vormt indien zij de beschikbaarheid van decoders afkomstig van derden in dit gebied niet heeft toegestaan.

19. Wat uitzending via internet betreft, gaat het om ten eerste de clausule die de omroeporganisaties verplicht het downloaden of streamen van televisiecontent buiten het licentiegebied te verhinderen, ten tweede de clausule dat internet-*overspill* binnen het licentiegebied geen contractbreuk door Paramount vormt indien zij de omroeporganisaties heeft verplicht technologieën te gebruiken die een dergelijke *overspill* verhinderen, en ten derde de clausule dat internet-*overspill* van televisiecontent buiten het licentiegebied geen contractbreuk door de omroeporganisatie vormt indien zij technologieën gebruikt die een dergelijke *overspill* verhinderen.

20. Uit clausule 1, derde alinea, van de bijlage bij het litigieuze besluit blijkt voorts dat de term „verplichtingen voor omroeporganisaties" betrekking heeft op de clausules die een omroeporganisatie verbieden in te gaan op spontane verzoeken van consumenten die verblijven in de EER, maar buiten het gebied waarvoor de omroeporganisatie een uitzendrecht heeft, of soortgelijke clausules. Daarnaast worden met de term „verplichtingen voor Paramount" de clausules aangeduid die Paramount verplichten omroeporganisaties die zijn gevestigd binnen de EER, maar buiten de grondgebieden waarvoor een omroeporganisatie exclusieve rechten geniet, te verbieden in te gaan op spontane verzoeken van consumenten die in deze gebieden verblijven, of soortgelijke clausules.

21. Volgens clausule 2 van de bijlage bij het litigieuze besluit is Paramount vanaf de datum van kennisgeving van dit besluit aan de volgende toezeggingen gebonden. Allereerst zal Paramount geen in die bijlage omschreven licentieovereenkomsten met de betrokken clausules sluiten, vernieuwen of verlengen (punt 2.1). Wat vervolgens de bestaande licentieovereenkomsten voor de exploitatie van producties op betaalzenders (*existing Pay-TV Output Licence Agreements*) betreft, zal zij niet in rechte optreden om ervoor te zorgen dat de omroeporganisaties hun verplichtingen nakomen [punt 2.2, onder a)]. Wat deze overeenkomsten betreft, zal zij de „verplichtingen van Paramount" niet nakomen, noch stappen ondernemen om deze direct of indirect na te komen [punt 2.2, onder b)]. Ten slotte zal zij Sky binnen een termijn van tien dagen vanaf de kennisgeving van het bestreden besluit, en elke andere binnen de EER gevestigde omroeporganisatie binnen een termijn van een maand vanaf die kennisgeving, meedelen dat zij niet in rechte zal optreden om ervoor te zorgen dat de omroeporganisaties de betrokken clausules naleven (punt 2.3).

22. GCP had met Paramount een licentieovereenkomst gesloten voor de exploitatie van producties op betaalzenders (*Pay Television Agreement*), die in werking is getreden op 1 januari 2014 (hierna: „overeenkomst van 1 januari 2014"). Artikel 12 ervan bepaalt dat het door deze overeenkomst bestreken gebied wordt onderverdeeld in „exclusieve" gebieden die met name Frankrijk betreffen, en een „niet-exclusief" gebied, Mauritius. Artikel 3 van de overeenkomst van 1 januari 2014 bepaalt

4 Zaak AT.40023 – Grensoverschrijdende toegang tot betaaltelevisie van 26 juli 2016.

bovendien dat Paramount de uitzendrechten in de exclusieve gebieden niet zelf zal uitoefenen, noch een derde zal toestaan om dat te doen. Bijlage A.IV bij deze overeenkomst specificeert de verplichtingen van rekwirante inzake het gebruik van geofilteringstechnologie die uitzending verhindert buiten de grondgebieden waarvoor de licentie is verleend.

23. Bij brief van 25 augustus 2016 heeft Paramount rekwirante kennisgegeven van de toezegging in punt 2.2, onder a), van de bijlage bij het bestreden besluit en derhalve gepreciseerd dat zij niet in rechte zou optreden om ervoor te zorgen dat de omroeporganisatie de betrokken clausules zou nakomen, alsook dat zij een einde maakte aan alle verplichtingen die op deze omroeporganisatie rustten op grond van de betrokken clausules. Paramount heeft in deze brief ook vermeld dat de term „verplichting voor omroeporganisaties" dezelfde betekenis had als die in de bijlage bij het bestreden besluit. Bij brief van 14 oktober 2016 heeft rekwirante op deze kennisgeving geantwoord dat toezeggingen in het kader van een procedure waarbij alleen de Commissie en Paramount zijn betrokken, voor haar niet bindend waren.

B. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

24. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 8 december 2016, heeft GCP krachtens artikel 263 VWEU een verzoek tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingediend.

25. Bij beschikking van 13 juli 2017, Groupe Canal +/Commissie[5], is voorts het Bureau européen des unions de consommateurs (Europees bureau van consumentenverenigingen; BEUC) toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. De Union des producteurs de cinéma (UPC), European Film Agency Directors (EFAD) en C More Entertainment AB zijn bij diezelfde beschikking toegelaten tot interventie aan de zijde van GCP. Daarnaast is bij beslissing van de president van de Vijfde kamer van het Gerecht van 13 juli 2017 de Franse Republiek toegelaten tot interventie aan de zijde van GCP.

26. Ter ondersteuning van haar beroep voerde GCP vier middelen aan: i) een kennelijke beoordelingsfout ten aanzien van de verenigbaarheid van de betrokken clausules met artikel 101 VWEU; ii) schending van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 met betrekking tot de vaststelling van de problemen die de opgelegde toezeggingen creëren; iii) schending van het evenredigheidsbeginsel, en iv) misbruik van bevoegdheid.

27. Bij arrest van 12 december 2018, Groupe Canal +/Commissie[6] (hierna: „bestreden arrest"), heeft het Gerecht het beroep van GCP verworpen.

C. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

28. Bij verzoekschrift, neergelegd op 15 februari 2019, heeft GCP overeenkomstig artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie een hogere voorziening strekkende tot vernietiging van het bestreden arrest ingesteld.

29. Met deze hogere voorziening verzoekt GCP het Hof het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin het beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit is verworpen en voor zover zij in de kosten is verwezen, het litigieuze besluit nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten.

30. De Commissie verzoekt het Hof de door GCP ingestelde hogere voorziening af te wijzen en GCP te verwijzen in de kosten.

5 Beschikking van 13 juli 2017, Groupe Canal +/Commissie, T-873/16, niet gepubliceerd, EU:T:2017:556.

6 Arrest van 12 december 2018, Groupe Canal +/Commissie, T-873/16, EU:T:2018:904.

31. De Franse Republiek, interveniënte aan de zijde van GCP, verzoekt het Hof het bestreden arrest volledig te vernietigen en daaruit alle noodzakelijke consequenties te trekken.

32. De UPC, interveniënte aan de zijde van GCP, verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin het beroep van GCP tot nietigverklaring van het litigieuze besluit is verworpen en voor zover zij in de kosten is verwezen, het litigieuze besluit nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de door haar gemaakte kosten.

33. Ter ondersteuning van het beroep van GCP verzoekt EFAD het Hof de hogere voorziening volledig gegrond te verklaren, het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin het beroep van GCP tot nietigverklaring van het litigieuze besluit is verworpen en voor zover zij in de kosten is verwezen, het litigieuze besluit nietig te verklaren, en de Commissie te verwijzen in alle door EFAD gemaakte kosten.

34. Het BEUC, interveniënt aan de zijde van de Commissie, verzoekt het Hof de hoger voorziening volledig af te wijzen en GCP te verwijzen in alle door het BEUC gemaakte kosten.

IV. Onderzoek van de hogere voorziening

35. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert GCP vier middelen aan: 1) Het eerste middel betreft een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht omdat het heeft geoordeeld dat de Commissie in het litigieuze besluit haar bevoegdheden niet heeft overschreden. 2) Het tweede middel betreft de schending door het Gerecht van het beginsel van hoor en wederhoor. 3) Het derde middel betreft een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht ten aanzien van een motiveringsgebrek en een onvolledig onderzoek van de feiten. 4) Het vierde middel betreft een onjuiste uitlegging door het Gerecht van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en punt 128 van de mededeling van de Commissie inzake goede praktijken voor procedures op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU[7] (hierna: „goede praktijken").

36. Zoals het Hof heeft verzocht zal ik mijn analyse richten op het derde middel in hogere voorziening (inzonderheid het eerste onderdeel, waarin wordt gevraagd of de Commissie bij het vaststellen van een besluit als bedoeld in artikel 9 van verordening nr. 1/2003 rekening moet houden met overwegingen betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, VWEU) en het vierde middel in hogere voorziening.

A. Derde middel, waarin rekwirante stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting wegens een gebrekkige motivering en een onvolledig onderzoek van de feiten

1. Standpunten van partijen

37. GCP, gesteund door EFAD en de Franse Republiek, betoogt in de eerste plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen (punt 39 van het bestreden arrest) dat de toetsing van de rechtmatigheid van de litigieuze beslissing uitsluitend betrekking kan hebben op de volgende drie vragen: a) of de in het litigieuze besluit uiteengezette omstandigheden bezorgdheden op het gebied van de mededinging aantonen; b) indien dat inderdaad het geval is, of de verbindend verklaarde toezeggingen aan deze bezorgdheden tegemoetkomen, en c) of Paramount geen toezeggingen heeft gedaan die minder beperkend zijn dan de aanvaarde toezeggingen en op even passende wijze aan de voornoemde bezorgdheden tegemoetkomen.

7 PB 2011, C 308, blz. 6.

38. In de tweede plaats heeft het Gerecht volgens dezelfde partijen een fout begaan door te oordelen (punten 62-66 van het bestreden arrest) dat de vraag of de gedraging die tot de bezorgdheden in kwestie heeft geleid, voldoet aan de cumulatieve toepassingsvoorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU, geen verband houdt met de aard van een besluit zoals het litigieuze besluit.

39. Ter staving van hun stelling brengen de voornoemde partijen in herinnering dat uit het arrest van 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 53), volgt dat bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende „strekking" in de zin van artikel 101 VWEU te hebben, de juridische en economische context aandachtig moet worden geanalyseerd, en daarbij rekening moet worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markten. Het staat aan het Gerecht om vast te stellen of alle aangevoerde bewijselementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie.

40. Volgens deze partijen volgt hieruit dat het Gerecht, door niet te antwoorden op het middel dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de Franse juridische en economische context van de omstreden clausules, zijn motiveringsplicht niet is nagekomen.

41. De Franse Republiek voegt aan het punt over het motiveringsgebrek toe dat het Gerecht de mededingingsbezwaren die de vaststelling van een in artikel 9 van verordening nr. 1/2003 bedoeld besluit konden rechtvaardigen niet duidelijk heeft vastgesteld en dat het niet heeft onderzocht of de relevante clausules op het eerste gezicht konden worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben. Een algemene verwijzing naar de rechtspraak van het Hof inzake de territoriale beperkingen aan uitzending via satelliet volstaat in dit verband niet. Daarnaast is het doel om de culturele diversiteit te beschermen onlosmakelijk verbonden met de juridische en economische context van de relevante clausules, en kan niet worden volstaan met het in artikel 101, lid 3, VWEU bedoelde onderzoek.

42. GCP voegt daaraan toe dat het Gerecht zijn verplichting om rekening te houden met de juridische en economische context niet is nagekomen door louter op te merken (punten 40-42 van het bestreden arrest) dat de betrokken clausules – die een absolute territoriale exclusiviteit met zich brengen – gelet op hun inhoud, doelstellingen en juridische en economische context ertoe strekken alle grensoverschrijdende mededinging uit te sluiten, en dat dit reeds volstaat om de bezorgdheden van de Commissie te rechtvaardigen.

43. In dit verband voegt de UPC daaraan toe dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de specifieke aard van het auteursrecht. Volgens haar is het Gerecht namelijk voorbijgegaan aan het feit dat door verzoeken tot passieve verkoop buiten het licentiegebied te aanvaarden, inbreuk op de licentie wordt gemaakt. Daarnaast heeft het volgens haar geen zin om in het auteursrecht onderscheid te maken tussen een exclusief recht om toestemming te verlenen met een „relatief" toepassingsgebied en een exclusief recht om toestemming te verlenen met een „absoluut" toepassingsgebied, aangezien het in juridisch opzicht onmogelijk zou zijn – en in strijd met de internationale, Europese en nationale regelingen op het gebied van auteursrecht – om enerzijds te erkennen dat de begunstigden het recht hebben om toestemming te geven voor transacties met een exploitant voor een bepaald gebied, en hun anderzijds te verhinderen om de voorwaarden van de aan deze exploitant verleende toestemming te doen naleven.

44. EFAD stelt dat het Gerecht is voorbijgegaan aan het feit dat de afschaffing van geoblocking zou leiden tot een situatie waarin de twee contractpartijen datgene wat hun door het auteursrecht wordt gewaarborgd niet in hun overeenkomsten kunnen opnemen: passieve verkoop zou ook zonder deze clausules verboden blijven, aangezien de licentiehouder niet de nodige rechten heeft om werken buiten het licentiegebied te distribueren.

45. De Franse Republiek specificeert dat het auteursrecht ertoe strekt niet alleen het recht op een vergoeding te waarborgen, maar ook het recht van de auteurs om de voorwaarden voor de exploitatie van hun werken te bepalen, en intellectuele schepping en culturele diversiteit te bevorderen.

46. De UPC stelt dat het Gerecht niet in aanmerking heeft genomen dat in Frankrijk specifieke, op het Unierecht gebaseerde regels zijn vastgesteld ten aanzien van omroeporganisaties, distributeurs, uitzendplatforms en de media, en dat deze regels noodzakelijkerwijs territoriale beperkingen met zich brengen. Dit betreft inzonderheid verplichtingen tot investering in de lokale productie en uitzendingen, waarmee het doel van diversiteit van productie en de distributie van Europese werken en van Franstalige originelen wordt nagestreefd. Daarnaast is het Gerecht voorbijgegaan aan het feit dat er voor de immateriële inhoud die op internet beschikbaar wordt gesteld, geen verschil wordt gemaakt tussen een „actieve" verkoop en een „passieve" verkoop. Aangezien de websites eenvoudig toegankelijk zijn voor de eindgebruiker, vindt het verzoek van de consument en de levering van de gevraagde inhoudt geheel gelijktijdig plaats.

47. Wat betreft het arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, EU:C:2011:631; hierna: „arrest Football Association Premier League"), voert GCP, bijgevallen door de UPC en de Franse Republiek, aan dat daaruit kan worden afgeleid dat indien de juridische en economische context van dergelijke clausules in aanmerking wordt genomen, dit ertoe kan leiden dat er geen sprake is van een beperking van de mededinging of dat de gevolgen van de overeenkomst moeten worden geanalyseerd (punt 140). Het Gerecht heeft volgens haar derhalve blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich hoofdzakelijk te baseren op genoemd arrest, dat geen betrekking heeft op de filmsector (punten 43-50 van het bestreden arrest), en daarbij niet de juridische en economische context van de filmsector heeft onderzocht, terwijl het Hof in het arrest van 6 oktober 1982, Coditel e.a. (262/81, EU:C:1982:334, punten 15 en 16) (hierna: „arrest Coditel II") juist had bevestigd dat die wel relevant was. In dat arrest bevestigt het Hof namelijk dat, gelet op de kenmerkende eigenschappen van de filmindustrie in Europa (met name ter zake van de nasynchronisatie of ondertiteling ten behoeve van publiek met diverse cultuuruitingen en de mogelijkheden van televisie-uitzending en het financieringsstelsel), een alleenvertoningsrecht op zichzelf niet van dien aard is dat de mededinging erdoor wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

48. Samen met de UPC en de Franse Republiek preciseert EFAD dat, anders dan Amerikaanse werken, die met eigen middelen van de studio's worden gefinancierd, een onafhankelijk Europees audiovisueel werk grotendeels wordt gefinancierd door de exclusieve rechten per grondgebied te verkopen aan internationale verkoopagenten, distributeurs en omroeporganisaties, die zich als tegenprestatie voor de exclusieve exploitatierechten verplichten aan de voorfinanciering van het werk bij te dragen. Deze exploitanten verstrekken, voordat met de productie van het werk wordt begonnen, financiering op basis van de schatting van het succes dat de toekomstige werken op hun grondgebied kan behalen, en garanderen een potentieel minimumaantal kijkers. De voornoemde voorfinancieringswijze is essentieel om de noodzakelijke middelen voor de productie van kwalitatief hoogwaardige inhoud te verkrijgen, of om inkomsten te genereren waarmee in nieuwe producties kan worden geïnvesteerd. Betaaltelevisiezenders en onlineomroeporganisaties dragen dus uitsluitend bij aan de financiering van een film als tegenprestatie voor een absoluut exclusief recht op de exploitatie van die film in bepaalde gebieden van de EER. In een markt met een hoog risico dient het gebruik van de territoriale exclusiviteit om de onzekerheid te beperken en het investeringsrisico te verlagen. De financiering van films is dus anders dan die van sportevenementen, zoals die welke aan de orde waren in het arrest Football Association Premier League; met exclusieve territoriale licenties voor de uitzending van sportevenementen wordt beoogd de winst te maximaliseren en niet simpelweg gepaste financiering te vinden. EFAD voegt daaraan toe dat het Gerecht is voorbijgegaan aan het feit dat de afschaffing van de clausules die de passieve verkoop en de daaruit voortvloeiende geoblocking verbieden, zou leiden tot een situatie waarin de twee contractpartijen in hun overeenkomsten niet kunnen opnemen wat hun hoe dan ook door het auteursrecht wordt gegarandeerd. Passieve verkoop zou immers ook zonder deze clausules verboden blijven, aangezien de licentiehouder niet de nodige rechten heeft om werken buiten het licentiegebied te distribueren. De UPC betoogt voorts dat het ontbreken van een

contractuele garantie dat de territoriale exclusiviteit in acht wordt genomen, in de praktijk gelijkstaat aan een licentie zonder exclusiviteit. De exclusiviteit van de licentie, zonder contractuele waarborgen die de eerbiediging daarvan garanderen, zou immers niet meer als zodanig worden beoordeeld en beloond. De onderhandeling tussen de houder van de rechten en de omroeporganisatie is immers gebaseerd op de aan de houder toegekende territoriale exclusiviteit en de garantie dat de betrokken werken in het toegekende gebied tijdens de duur van de exclusiviteit niet door een concurrent worden uitgezonden.

49. GCP stelt daarnaast dat het Gerecht de motiveringsplicht heeft geschonden door, ondanks de uit het genoemde arrest Coditel II afgeleide overwegingen, niet uit te leggen waarom de mededingingsbezwaren van de Commissie gegrond zijn.

50. In de tweede plaats betoogt GCP, samen met EFAD, dat het Gerecht, door te oordelen (in de punten 57 en 69 van het bestreden arrest) dat een mogelijke daling van GCP's inkomsten van in Frankrijk gevestigde klanten kan worden gecompenseerd door het feit dat GCP vrij is om zich tot klanten in de gehele EER te richten, geen rekening heeft gehouden met het specifieke karakter van de sector en niet alle relevante feiten heeft onderzocht. Inzonderheid heeft het Gerecht geen rekening gehouden met de Oxera-studie [8], waaruit blijkt dat de territoriale exclusieve rechten noodzakelijk zijn voor de financiering van de Europese filmindustrie wegens de verschillende culturele tradities binnen de Europese Unie, dat de waarde van deze films per lidstaat of per taalgebied verschilt, en dat de productie van Europese films, en dus de culturele diversiteit op Europees niveau, hoofdzakelijk wordt gefinancierd door de omroeporganisaties op basis van het stelsel van absolute territoriale bescherming. De inkomstendaling kan derhalve niet worden gecompenseerd door het wegvallen van de absolute exclusiviteit, omdat consumenten in Frankrijk voornamelijk zouden kiezen voor exploitanten die hoofdzakelijk Engelstalige inhoud uitzenden.

51. EFAD voegt daaraan toe dat een multiterritoriale licentie veel hogere kosten heeft en dus feitelijk ontoegankelijk is. De kosten voor de verwerving van nieuwe abonnees buiten het traditionele licentiegebied van de distributeur of de omroeporganisatie vermindert de keuzevrijheid van de omroeporganisatie in productietermen drastisch. Omroeporganisaties zouden namelijk worden aangemoedigd zich te concentreren op producties met een zo groot mogelijk distributiepotentieel, dat wil zeggen, bij voorkeer Engelstalige producties voor het „grote publiek". De betrokken clausules zijn derhalve een belangrijk element bij de door de Unie nagestreefde bevordering van culturele diversiteit binnen Europa. De Franse Republiek voegt daaraan toe dat het doel om deze culturele diversiteit te beschermen onlosmakelijk is verbonden met de juridische en economische context van de relevante clausules, en dat niet kan worden volstaan met het in artikel 101, lid 3, VWEU bedoelde onderzoek. Daarnaast betoogt EFAD dat GCP in Frankrijk verplicht is om Europese werken te produceren. Gezien de concurrentie van belangrijke Engelstalige exploitanten en op het grote publiek gerichte inhoud zouden haar inkomsten en het aantal abonnees kunnen teruglopen, waardoor zij geen licenties zou kunnen verkrijgen voor de exploitatie in andere Europese landen. De lage opbrengsten uit de passieve verkoop van het Europese repertoire kunnen op geen enkele wijze het verlies van inkomsten en abonnees van de lokale omroeporganisaties compenseren. Het ontbreken van exclusiviteit is gunstiger voor de platforms die reeds abonnees over de hele wereld hebben, ten nadele van de Europese marktdeelnemers, die minder capaciteiten hebben om nieuwe klanten te zoeken. Volgens de UPC heeft dit tot gevolg dat internationale productiegroepen een sterkere onderhandelingspositie krijgen ten opzichte van de onafhankelijke Franse producenten, en dat het aanbod in handen van de sterkste omroepen wordt geconcentreerd. Daarnaast wordt in geval van passieve verkoop van betaaltelevisiekanalen over de vergoeding voor het auteursrecht van niet één maar van talrijke werken onderhandeld, wat nog meer complicaties met zich brengt. Andere complicaties komen voort uit de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde, waarvan de tarieven per lidstaat verschillen. De Franse Republiek voegt daaraan toe dat een passende vergoeding voor het auteursrecht niet alleen

8 The impact of cross border to audiovisual content of EU consumers, welke studie door GCP is overgelegd.

redelijk verband houdt met het werkelijke of potentiële aantal personen die de geleverde dienst genieten of willen genieten, maar ook de kosten omvat voor de aanpassing van de distributie van de werken aan de specifieke eisen van elke nationale markt. Bovendien kan de voor de ontvangst van audiovisuele werken noodzakelijke technologie zijn nagemaakt, waardoor het dus niet mogelijk is om het werkelijke en het potentiële publiek te bepalen door de aanvragen naar land van herkomst te verdelen. Hoe dan ook, de geografische grenzen die inherent zijn aan de aan GCP verleende licenties staan haar niet toe om zich vrij te wenden tot in alle lidstaten gevestigde klanten.

52. Volgens GCP heeft het Gerecht geen toereikende motivering gegeven met betrekking tot het middel betreffende de culturele diversiteit en de noodzaak om werken in de taal van de consument te verkopen.

53. De Commissie, ondersteund door het BEUC, betoogt in de eerste plaats dat uit de gegevens in de punten 49 tot en met 58 en punt 118 van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht de juridische en economische context van de betrokken clausules nauwgezet heeft onderzocht, en heeft geoordeeld dat op grond van deze context niet kan worden vastgesteld dat deze clausules de mededinging niet kunnen beperken. Het Gerecht heeft de argumenten van GCP dus weerlegd.

54. Daarnaast blijkt volgens de Commissie uit het aangehaalde arrest Football Association Premier League (punt 140) dat het beginsel dat overeenkomsten tot afscherming van de nationale markten volgens de nationale grenzen moeten worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken, volledig van toepassing is op de sector van het grensoverschrijdend verrichten van omroepdiensten. Op de filmsector is dus geen bijzondere regeling van toepassing.

55. In het bovengenoemde arrest Coditel II wordt louter vastgesteld dat een overeenkomst waarbij aan een afzonderlijke licentiehouder het exclusieve recht wordt toegekend een werk gedurende een bepaalde tijd in een lidstaat uit te zenden, en dus de uitzending daarvan door derden te verbieden, op zich geen mededingingsverstorend doel heeft. Integendeel, indien dit soort overeenkomst nog andere verplichtingen bevat waarmee wordt beoogd de territoriale grenzen voor de exploitatie van de licentie te doen eerbiedigen, dan strekken deze verplichtingen in beginsel ertoe de mededinging te beperken. Daarnaast betrof het genoemde arrest Coditel II een context waarin de distributeurs een werk aan het publiek hadden meegedeeld zonder in de lidstaat van de plaats van oorsprong van die mededeling de noodzakelijke rechten te hebben verkregen en zonder enige vergoeding te hebben betaald. Dat is een andere context dan die van de onderhavige zaak, waarin Sky, naar aanleiding van de door de Commissie verbindend verklaarde toezeggingen, haar televisiedistributiediensten via satelliet zou kunnen verlenen aan consumenten binnen de EER maar buiten het Verenigd Koninkrijk en Ierland, met inachtneming van de geldende voorschriften, met de voor de betrokken gebieden vereiste rechten en na betaling van een passende vergoeding die rekening houdt met het werkelijke en het potentiële publiek in de andere lidstaten.

56. Bovendien heeft het Gerecht onderscheid gemaakt tussen de context van het arrest Coditel II en die van het arrest Football Association Premier League, en in de onderhavige zaak terecht naar het laatstgenoemde arrest verwezen.

57. In de tweede plaats stelt de Commissie dat het Gerecht niet verplicht was om zich bij zijn beslissing op de inhoud van de Oxera-studie te baseren, aangezien er andere methoden bestaan dan de afscherming van nationale markten om een passende vergoeding voor het auteursrecht te garanderen: zo kan het werkelijke publiek en het potentiële publiek in zowel de lidstaat van uitzending als elke andere lidstaat in aanmerking worden genomen, welk publiek wordt vastgesteld op basis van het bezit van een decoder of het IP-adres van de computer, of kan opnieuw over de vergoeding worden onderhandeld indien de waarde van de in licentie gegeven inhoud is beïnvloed door een aanzienlijk aantal spontane verzoeken van consumenten buiten de lidstaat van uitzending. Bovendien is in de Oxera-studie niet specifiek geanalyseerd welke impact de gevolgen van de toezeggingen op de culturele diversiteit hebben.

58. In de derde plaats merkt de Commissie op dat het argument van GCP over de gevolgen van de toezeggingen op de culturele diversiteit is gebaseerd op de veronderstelling dat het litigieuze besluit kijkers ertoe zal aanzetten voornamelijk te kiezen voor abonnementen met exploitanten die hoofdzakelijk Engelstalige inhoud uitzenden. Veel kijkers zouden evenwel om taalkundige en culturele redenen ervoor kunnen kiezen zich niet te abonneren op televisiedistributiediensten van buiten de eigen lidstaat gevestigde televisiezenders. Het BEUC voegt daaraan toe dat slechts 20 % van de Franse bevolking een vreemde taal goed genoeg beheerst om een audiovisueel werk in die taal zonder ondertiteling te kunnen volgen. Volgens de Commissie en het BEUC heeft het Gerecht terecht verklaard (punten 57 en 69 van het bestreden arrest) dat het litigieuze besluit, in plaats van afbreuk te doen aan het doel om de culturele diversiteit te bevorderen, eerder daaraan bijdraagt, aangezien de gedane toezeggingen consumenten nieuwe mogelijkheden voor toegang tot inhoud van Paramount bieden.

59. Het BEUC betoogt voorts dat het derde middel kennelijk niet-ontvankelijk is omdat het weliswaar verwijst naar onjuiste rechtsopvattingen die het bestreden arrest aantasten, doch de door GCP aangevoerde argumenten vergen dat de beoordeling door het Gerecht van bepaald bewijs opnieuw ter discussie wordt gesteld. GCP heeft louter de in eerste aanleg aangevoerde argumenten herhaald, te weten dat de territoriale exclusiviteit noodzakelijk is om de filmsector te financieren.

2. Beoordelingen

60. Het is mijns inziens nuttig om vooraf een opmerking te maken over het voorwerp en de omvang van dit geding en te verduidelijken dat de algemene (rechtspolitieke) kwestie van het verbod van geoblocking[9] niet overeenkomt met de specifieke situatie die voorwerp van het onderhavige geding is.[10] Het Hof wordt thans verzocht om in hogere voorziening een arrest van het Gerecht te toetsen waarbij de rechtmatigheid van een besluit van de Commissie is bevestigd. Bij dit besluit zijn, in het kader van een in artikel 9 van verordening nr. 1/2003 geregelde procedure, de door Paramount voorgestelde toezeggingen tot wijziging van een aantal contractuele clausules waarbij aan bepaalde Europese omroeporganisaties een absolute territoriale exclusiviteit werd verleend voor de producten die voorwerp van de licentie waren, aanvaard en verbindend verklaard. Deze toezeggingen, die derhalve betrekking hadden op specifieke contractuele clausules en voor een beperkte tijd golden (van juli 2016 tot en met juli 2021), zijn juist wegens hun beperkte voorwerp en tijdsduur niet van dien aard dat zij invloed hebben op de algemene kwestie van het verbod van geoblocking in de audiovisuele sector. Dit verbod wordt momenteel uitgesloten door de recente verordening 2018/302, die twee jaar na inwerkingtreding ervan evenwel zal worden herzien.

61. Met het derde middel in hogere voorziening wordt het Gerecht in wezen verweten dat het geen kritiek heeft geuit 1) op het feit dat de Commissie niet voldoende rekening heeft gehouden met de juridische en economische context van de geformuleerde mededingingsbezwaren, en 2) op het feit dat de Commissie vervolgens van mening was dat de in artikel 101, lid 3, VWEU vermelde omstandigheden, waarmee het gestelde mededingingsverstorende aspect van de bekritiseerde gedraging zou worden gecompenseerd, niet van toepassing zijn, ondanks dat GCP daar tijdens de procedure uitdrukkelijk om had gevraagd.

9 Zie daarover, laatstelijk, verordening (EU) 2018/302 van het Europees Parlement en de Raad van 28 februari 2018 inzake de aanpak van ongerechtvaardigde geoblocking en andere vormen van discriminatie van klanten op grond van nationaliteit, verblijfplaats of plaats van vestiging in de interne markt en tot wijziging van verordeningen (EG) nr. 2006/2004 en (EU) 2017/2394 en richtlijn 2009/22/EG (PB L 60I van 2 maart 2018, blz. 1).

10 Zie het verweerschrift van de Commissie, waarin, in punt 11, staat te lezen: „[H]et litigieuze besluit betreft niet het ‚doel' van ‚geoblocking' met betrekking tot ‚diensten' of ‚audiovisuele inhoud' (punten 19, 20 en 23 van het beroepschrift), maar slechts contractuele beperkingen betreffende passieve verkoop buiten het gebied dat wordt bestreken door de door Paramount aan Sky verleende licentie."

62. Volgens de rechtspraak van het Hof kan de Commissie een toezeggingsbesluit geven wanneer is voldaan aan drie voorwaarden [11]: 1) de Commissie moet bezorgdheden op het gebied van mededinging formuleren, zonder dat hoeft te worden vastgesteld of de gedraging een inbreuk vormt; 2) de onderneming biedt toezeggingen aan die passend tegemoetkomen aan de door de Commissie geformuleerde bezorgdheden, en 3) het besluit om de toezeggingen te aanvaarden moet hoe dan ook het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, dat als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht geldt en een maatstaf vormt voor de rechtmatigheid van alle handelingen van de instellingen van de Unie, daaronder begrepen de besluiten van de Commissie als mededingingsautoriteit.

63. Let wel dat de Commissie, zoals blijkt uit artikel 9 van verordening nr. 1/2003, met name indien gelezen in samenhang met overweging 13 van deze verordening, „is vrijgesteld van de verplichting, de inbreuk aan te wijzen en te constateren, aangezien haar rol in dat geval beperkt is tot het onderzoeken en het eventueel aanvaarden – tegen de achtergrond van in haar voorlopige beoordeling vastgestelde moeilijkheden en van de door haar nagestreefde doelstellingen – van de toezeggingen die de betrokken ondernemingen hebben voorgesteld”. [12]

64. In deze context is de toepassing door de Commissie van het evenredigheidsbeginsel „[ertoe] beperkt, te verifiëren of de betrokken toezeggingen tegemoetkomen aan de bezorgdheden die zij aan de betrokken ondernemingen te kennen heeft gegeven, alsook of deze laatste geen minder belastende toezeggingen hebben aangeboden, die even passend aan haar bezorgdheden tegemoetkomen. Bij het verrichten van deze verificatie dient de Commissie wel rekening te houden met de belangen van derden.” [13]

65. Elk van de drie fasen waaruit volgens de rechtspraak van het Hof het besluitvormingsproces van de Commissie op het gebied van toezeggingen bestaat, brengt belangrijke problemen met zich die door het Hof moeten worden verduidelijkt. Terloops wijs ik erop dat deze verduidelijkingen nog noodzakelijker zijn in een systeem van gedecentraliseerde handhaving van de mededingingsregels.

66. In de eerste plaats moet worden verduidelijkt wat wordt bedoeld met „mededingingsbezwaren” en dus wat de omvang van de rechterlijke toetsing door het Hof is. In dit verband moet ermee rekening worden gehouden dat, aangezien voor het besluit tot aanvaarding van toezeggingen niet vereist is dat wordt vastgesteld of er sprake is van een inbreuk, voor de Commissie bij het te verrichten onderzoek en de motivering minder strenge eisen gelden dan in het normale geval van een procedure tot vaststelling van oneerlijke mededinging. Aldus kan worden voldaan aan het aan artikel 9 van verordening nr. 1/2003 ten grondslag liggende vereiste, dat wil zeggen, de proceseconomie bewerkstelligen door sneller en met een beperkte benutting van middelen tot een doeltreffende handhaving van de in het VWEU neergelegde mededingingsregels te komen (zoals het Gerecht uitdrukkelijk heeft erkend, inzonderheid in punt 99 van het bestreden arrest). Door dit instrument te gebruiken kan de Commissie middelen vrijmaken die zij kan gebruiken voor andere zaken waarin moet worden beoordeeld of er sprake is van een inbreuk in de zin van artikel 7 van verordening nr. 1/2003. [14] Parallel daaraan geldt dat ondernemingen die zelfstandig beslissen toezeggingen te doen „immers willens en wetens [aanvaarden] dat hun toegevingen mogelijkerwijs verder gaan dan hetgeen

11 Zie laatstelijk arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 40 en volgende.

12 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 40.

13 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 41.

14 Zie voor de opmerking, die ik onderschrijf, dat de Commissie, anders dan in de procedure van artikel 9 van verordening nr. 1/2003, waarin zij zich baseert op vrijwillig voorgelegde toezeggingen van de partijen, „in het kader van een beschikking op grond van artikel 7 […] daarentegen de corrigerende maatregelen zelf [zou] moeten opsporen, wat van haar een veel omvangrijker en langduriger onderzoek en ook een uitvoeriger beoordeling van de feiten zou vergen”, de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555), punt 51.

de Commissie zelf na een grondig onderzoek in een door haar overeenkomstig artikel 7 van deze verordening vastgesteld besluit zou kunnen bepalen. Door de beëindiging van de tegen hen ingeleide inbreukprocedure kunnen deze ondernemingen evenwel voorkomen dat schending van het mededingingsrecht wordt vastgesteld en hun in voorkomend geval een boete wordt opgelegd." [15]

67. De Commissie kan het toezeggingsbesluit derhalve vaststellen zonder een gedegen *theory of harm* te formuleren, wat normaal gesproken daarentegen wel vereist is. Erkennen dat geen gedegen *theory of harm* vereist is, betekent evenwel niet dat het niet aannemelijk hoeft te worden gemaakt dat er een inbreuk op de mededingingsregels is gepleegd. Dat voor de Commissie bij het onderzoek en de motivering minder strenge regels gelden dan normaal kan niet rechtvaardigen dat de bezorgdheden van de Commissie verworden tot een loutere cirkelredenering, althans een stelling die niet wordt onderbouwd door een onderzoek en een motivering. Het onderzoek en de motivering kunnen worden vereenvoudigd, maar moeten hoe dan ook plausibel zijn en een antwoord kunnen geven op de vragen die tijdens de procedure zijn gerezen. Volgens mij is het cruciale punt dat de in artikel 9 van verordening nr. 1/2003 neergelegde redenen van proceseconomie moeten worden afgewogen tegen andere vereisten die een duidelijke rol spelen in het mededingingsrecht van de Unie. Zo moet rekening worden gehouden met de eerbiediging van de rechten van de verdediging van de onderneming waarop het onderzoek betrekking heeft. Deze onderneming beslist zonder meer zelfstandig om toezeggingen te doen, maar deze keuze moet worden gemaakt in een context waarin wordt gegarandeerd dat de toezeggingsbesluiten van de Commissie worden vastgesteld gedurende een procedure waarin de ter verdediging aangevoerde argumenten van de onderneming werkelijk in overweging worden genomen, en zijn gebaseerd op een correct omschreven „mogelijke inbreuk". Anders zou dat qua voorspelbaarheid en rechtmatigheid zeer negatieve gevolgen kunnen hebben voor het systeem van het mededingingsrecht.

68. Meer bepaald bestaat er een paradox van doeltreffendheid waaraan niet mag worden voorbijgegaan. Zoals gezegd zijn de procedures voor de aanvaarding van toezeggingen ingevoerd om het mededingingsrecht doeltreffender te maken. De praktijk van de Commissie en de nationale autoriteiten heeft in dit opzicht het nut daarvan duidelijk gemaakt. Een grootschalig en vrijwel onbeperkt gebruik van dit instrument kan voor het mededingingsrecht evenwel grote onzekerheid met zich brengen: hoe moet de omvang van de mededingingsverstorende gedragingen worden vastgesteld in het licht van de toezeggingsbesluiten? Wat is verenigbaar met het mededingingsrecht en wat is daarentegen verboden? Daarnaast moet worden vermeden dat de Commissie en de nationale autoriteiten zich ertoe laten verleiden als regelgever op te treden, door de toezeggingsbesluiten niet zozeer te gebruiken om een einde te maken aan mededingingsverstorende gedragingen, als wel om aan de economische relaties op de markt een bepaalde vorm te geven.

69. Dit kan tot gevolg hebben dat het mededingingsrecht minder voorspelbaar wordt, en uiteindelijk dat de doeltreffendheid en legitimiteit daarvan worden ondermijnd. Daarom moeten toezeggingsbesluiten altijd worden gehandhaafd binnen een systeem van juridische grenzen – die door de Europese en nationale rechters worden bewaakt – zodat deze besluiten kunnen bijdragen aan een betere handhandhaving van de mededingingsregels zonder het gevaar dat zij te vaak worden gebruikt. [16]

70. De conclusie luidt dat het besluit tot aanvaarding van de toezeggingen gebaseerd moet zijn op een „mogelijke inbreuk", dat wil zeggen, een analyse van de gedragingen van de ondernemingen en van de context van deze gedragingen, waardoor kan worden vastgesteld of het mogelijk en werkelijk waarschijnlijk is dat een inbreuk is gemaakt op de mededingingsregels die aan de betrokken

15 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 48.

16 Het rechtszekerheidsbeginsel, een van de algemene rechtsbeginselen, zoals staat te lezen in het arrest van 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530), punt 75, waarvan „het vertrouwensbeginsel het rechtstreekse uitvloeisel is, vereist dat rechtsregels duidelijk, nauwkeurig en voorzienbaar zijn voor de justitiabelen", aldus het arrest van 11 september 2019, Călin (C-676/17, EU:C:2019:700), punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie in dezelfde zin arrest van 19 december 2019, GRDF (C-236/18, EU:C:2019:1120), punt 42.

ondernemingen kan worden toegerekend, ook al is deze inbreuk nog niet vastgesteld. Dit is geen vaststelling, maar de Commissie kan zich niet beperken tot gissingen of algemene stellingen die niet, zelfs niet summier, zijn onderzocht, in het licht van het materiaal dat hoe dan ook in de procedure is overgelegd.

71. Indien het bovenstaande wordt onderschreven, dan heeft dit twee gevolgen. Het eerste gevolg is dat indien de bezorgdheid een handeling met een mededingingsbeperkende strekking betreft, de Commissie de juridische en economische context van de betrokken gedraging moet onderzoeken. Het tweede gevolg is dat indien de onderneming die de gedraging heeft verricht waarop het onderzoek betrekking heeft, of andere rechtssubjecten die op een andere grond aan de procedure deelnemen, gegevens hebben aangevoerd ter rechtvaardiging van de gedraging die op het eerste gezicht in strijd met de mededingingsregels lijkt, de Commissie deze gegevens bij haar beslissing, ook slechts summier, moet onderzoeken.

a) Analyse van de juridische en economische context van de gedraging waarop de mededingingsbezwaren betrekking hebben

72. Het eerste punt is gekoppeld aan de rechtspraak van het Hof, dat duidelijk heeft verklaard dat het bestaan van een handeling met een mededingingsbeperkende strekking hoe dan ook vereist dat de juridische en economische context van de betrokken gedraging wordt geanalyseerd. In dit verband volstaat een verwijzing naar de overvloedige rechtspraak die loopt vanaf het arrest CB/Commissie [17] tot aan het recente arrest Generics (UK) e.a. [18].

73. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht, voortbordurend op de bondige argumenten van de Commissie (punten 43 en 44 van het litigieuze besluit), de juridische en economische context van de bestreden gedraging geanalyseerd, en bij de vaststelling van de doelen van de televisiedistributieovereenkomsten in kwestie rekening gehouden met de bijzonderheden van het financieringsstelsel van de filmindustrie. In het bestreden arrest wijdt het Gerecht namelijk de punten 49 tot en met 57 aan de juridische en economische context van de betrokken clausules.

74. De verwijzingen in dit verband naar het genoemde arrest Football Association Premier League zijn noch onjuist noch misleidend, zoals GCP en de aan haar zijde interveniërende partijen betogen.

75. Ook in de omroepsector kan de afscherming van de markten immers op het eerste gezicht worden aangemerkt als een inbreuk op de mededingingsregels. [19] En dat geldt ook wanneer het voorwerp van de overeenkomst een intellectuele-eigendomsrecht omvat. [20]

76. Het arrest Coditel II, waarnaar ook rekwirante ter staving van haar stellingen heeft verwezen, biedt geen bevestiging van de opvatting van GCP dat er in de onderhavige zaak geen sprake is van inbreuk op de mededingingsregels, aangezien het Hof daarin louter heeft verklaard dat „[d]e enkele omstandigheid dat de houder van het auteursrecht op een film het alleenrecht om deze film

17 Arrest van 11 september 2014 (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), punt 55.

18 Arrest van 30 januari 2020 (C-307/18, EU:C:2020:52, punt 82).

19 Arrest Football Association Premier League, waarin staat te lezen dat „een overeenkomst waarmee het herstel wordt beoogd van de barrières tussen nationale markten, in de weg kan staan aan de doelstelling van het Verdrag die ertoe strekt die markten te integreren door de vestiging van een interne markt" (punt 139), en dat „die rechtspraak volledig van toepassing is op het grensoverschrijdend verrichten van omroepdiensten" (punt 140).

20 Deze uitlegging heeft het Hof voor het eerst gegeven in het arrest in de zaak Consten en Grundig/Commissie, waarin de toewijzing van een geregistreerd merk een van de middelen was om een distributeur territoriale bescherming te verlenen (arrest van 13 juli 1966, 56/64 en 58/64, EU:C:1966:41), en later bevestigd in het arrest van 8 juni 1982, Nungesser en Eisele/Commissie (258/78, EU:C:1982:211). Zie voor de farmaceutische sector laatstelijk het arrest van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a. (C-307/18, EU:C:2020:52), waar in punt 79 staat te lezen dat „een recht van industriële of commerciële eigendom als wettelijk instituut, niet die aan overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen eigen elementen vertoont waarop artikel 101, lid 1, VWEU, doelt, doch dat de uitoefening ervan onder de verboden van het Verdrag kan vallen wanneer zij voorwerp, middel of gevolg van een ondernemersafspraak blijkt te zijn […], niettegenstaande het feit dat zij de rechtmatige uitdrukking kan vormen van het intellectuele-eigendomsrecht dat de houder ervan met name toestaat om zich te verzetten tegen elke inbreuk".

gedurende een bepaalde periode op het grondgebied van een lidstaat te vertonen en dus de uitzending ervan door derden te verbieden, aan een uitsluitende licentiehouder heeft verleend, […] echter niet [volstaat] om een dergelijke overeenkomst als doel, middel of gevolg van een door het Verdrag verboden mededingingsregeling aan te merken”.[21]

77. Dat de twee arresten elkaar niet uitsluiten, zoals de stelling van rekwirante lijkt te suggereren, blijkt uit het feit dat het Hof in het arrest Football Association Premier League naar het arrest Coditel II heeft verwezen om het bovengenoemde beginsel te bevestigen, namelijk dat overeenkomsten waarmee wordt beoogd de interne markt te verdelen niet altijd worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben. Het Hof voegt daar evenwel aan toe dat indien er „bijkomende verplichtingen” zijn die de exclusiviteit „absoluut” maken, dit ertoe kan leiden dat deze overeenkomsten een mededingingsbeperkende strekking hebben.

78. In het betreden arrest wordt het arrest Football Association Premier League derhalve niet automatisch naar de onderhavige zaak uitgebreid, maar wordt dit beginsel slechts in overeenstemming met de eerdere rechtspraak van het Hof gebracht.

79. Indien in een overeenkomst tussen particulieren naast de essentiële aspecten van de voordelen die een intellectuele-eigendomsrecht tot doel heeft te verlenen, ook bijkomende verplichtingen worden geregeld, dan kan deze als een mededingingsbeperkende overeenkomst worden aangemerkt.

80. De voorwaarde daarvoor is echter dat de juridische en economische context van deze bijkomende verplichtingen zodanig is dat de rechtmatigheid daarvan wordt uitgesloten.

81. De analyse van het Gerecht (waarin, zoals gezegd, die van de Commissie is uitgewerkt) bevestigt deze benadering en past die op de onderhavige zaak toe.

82. Het Gerecht heeft immers rekening gehouden met de juridische en economische context, en inzonderheid met de bijzonderheden van het financieringssysteem van de filmindustrie, en heeft een reeks alternatieven geboden die houders van een auteursrecht in de betrokken sector een passende vergoeding kunnen garanderen. Daarmee heeft het Gerecht op overtuigende wijze aangetoond dat niet volledig kan worden uitgesloten dat in de audiovisuele sector inbreuk op de mededingingsregels wordt gemaakt door middel van overeenkomsten tot afscherming van markten op de grond dat er auteursrechtelijk beschermde werken aan de orde zijn.

83. Het Gerecht heeft er namelijk aan herinnerd dat het specifieke voorwerp van de intellectuele eigendom weliswaar strekt tot bescherming, ten behoeve van de betrokken rechthebbenden, van de bevoegdheid om het in het verkeer brengen of het beschikbaar stellen van beschermd materiaal commercieel te exploiteren door tegen betaling van een vergoeding licenties te verlenen, doch dat „een dergelijk specifiek voorwerp de betrokken rechthebbenden niet de mogelijkheid garandeert om de hoogst mogelijke vergoeding te vragen. […] [T]en aanzien van hen [is] slechts sprake – zoals blijkt uit punt 10 van de considerans van de richtlijn auteursrecht en punt 5 van de considerans van de richtlijn naburige rechten – van een passende beloning voor elk gebruik van beschermd materiaal.”[22]

21 Arrest Coditel II, punt 15.

22 Arrest Football Association Premier League, punten 107 en 108.

84. In essentie „[worden] de eventuele verlaging van de abonnementsprijzen op het Franse grondgebied, die tot nog toe op een bepaald niveau zijn vastgesteld dankzij de door de toepassing van de betrokken clausules gewaarborgde absolute gebiedsbescherming, […]gecompenseerd door de verklaring van Paramount dat zij, ter uitvoering van de krachtens het bestreden besluit verbindend verklaarde toezeggingen, voornemens is deze clausules niet langer toe te passen. Deze verklaring houdt in dat verzoekster thans vrij is zich tot klanten te richten in de gehele EER en niet alleen in Frankrijk" (punt 57 van het bestreden arrest).

85. Het onderzoek van de juridische en economische context dat door de Commissie is verricht en waarnaar het Gerecht heeft verwezen, bevestigt derhalve dat er in abstracte zin sprake kan zijn van een „bezorgdheid op mededingingsgebied" die een „mogelijke inbreuk" vormt zoals hierboven beschreven.

b) Toepasselijkheid van de vrijstellingen van artikel 101, lid 3, VWEU op een procedure ex artikel 9 van verordening nr. 1/2003

86. Het tweede punt is meer problematisch en vormt een van de meest relevante aspecten van de onderhavige zaak. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest (punt 62)[23] immers gesteld dat de controle of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU is voldaan, veronderstelt dat er sprake is van een mededingingsverstorende gedraging. Volgens dit schema zou de Commissie, indien zij bezorgdheden op mededingingsgebied heeft, eerst moeten verifiëren of er sprake is van oneerlijke mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU en, pas na de oneerlijke mededinging te hebben vastgesteld, moeten nagaan of de in lid 3 vastgestelde rechtvaardigingsgronden bestaan. Aangezien in het geval van toezeggingsbesluiten niet wordt vastgesteld of er sprake is van een inbreuk, hoeft volgens het Gerecht niet te worden nagegaan of aan de voorwaarden van lid 3 is voldaan.

87. Naar mijn oordeel leidt de oplossing van het Gerecht tot tegenstrijdige resultaten, ontneemt zij elke betekenis aan de verwijzing naar het bestaan van een „mogelijke inbreuk" als basis voor de bezorgdheden die met de toezeggingen zouden kunnen worden weggenomen, en is zij in strijd met de logica van artikel 101 VWEU, dat in wezen betrekking heeft op de verdeling van de bewijslast tussen de Commissie en de partijen.

88. Indien de stelling van de Commissie wordt toegepast, kan het besluit tot aanvaarding van de toezeggingen twee paradoxen opleveren. Ten eerste zou een niet in strijd met het mededingingsrecht zijnde gedraging worden verhinderd, wat een „valspositieve" uitkomst oplevert – een van de grootste gevaren van mededingingspraktijken – die eenvoudig kan worden vermeden door de gedraging, ook slechts summier, te beoordelen in het licht van artikel 101, lid 3, VWEU. Ten tweede zou de wijziging van de voornoemde gedraging naar aanleiding van de toezeggingen ertoe leiden dat juist aan die vereisten van lid 3 afbreuk wordt gedaan, terwijl volgens het primaire recht aan die vereisten moet zijn voldaan, en wel in die zin dat zij zwaarder wegen dan een eerste beoordeling van mededingingsverstorende gedragingen op grond van artikel 101, lid 1, VWEU.

89. Daarnaast kan, indien alleen de leden 1 en 3 van artikel 101 VWEU globaal in aanmerking worden genomen, ook met een louter summiere analyse een „mogelijke inbreuk" worden vastgesteld die de aanvaarding van de toezeggingen rechtvaardigt. Anders zou een deel van de analyse door de Commissie gebrekkig worden uitgevoerd, terwijl dit deel volgens artikel 101 VWEU essentieel is om van een inbreuk te kunnen spreken. Zoals meerdere malen gezegd, kan er in de toezeggingsprocedure inderdaad geen inbreuk worden vastgesteld, maar moet er toch ten minste sprake zijn van een „mogelijke inbreuk". Aangezien artikel 101 VWEU voor de vaststelling van het bestaan van oneerlijke

23 Maar ook de Commissie deed dit tijdens de terechtzitting van 6 februari 2020 (blz. 7 en 8 van het volledige verslag van de zitting).

mededinging twee fasen vereist, die respectievelijk in lid 1 en lid 3 van artikel 101 VWEU zijn omschreven, moeten in de analyse, om van een „mogelijke inbreuk" kunnen spreken, beide fasen worden uitgevoerd, al wordt – het zij benadrukt – daarbij wel een veel minder diepgaand onderzoek verricht en is de motivering veel beknopter dan wanneer een inbreuk wordt onderzocht.

90. Tot slot moet worden opgemerkt dat artikel 101, leden 1 en 3, VWEU ook dient om een methode voor de verdeling van de bewijslast te omschrijven.[24] De Commissie stelt overeenkomstig lid 1 vast of er inbreuk op de mededingingsregels is gemaakt en definieert in dit verband een *theory of harm*, de particulier dient van repliek en probeert de stellingen van de Commissie te neutraliseren door aan te voeren dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Ik zie niet in waarom deze logica volledig moet worden gewijzigd wanneer de Commissie besluit de toezeggingsprocedure te volgen. De procespartijen moeten het recht van verweer ook in de beginfase daarvan ten volle kunnen uitoefenen, en met de uitoefening daarvan beschermen zij niet alleen hun belangen, maar – indien de op artikel 101, lid 3, VWEU terug te voeren argumenten gegrond zijn – helpen zij ook te vermijden dat een gedraging wordt verboden waarmee juist belangen worden verwezenlijkt die aan artikel 101, lid 3, VWEU ten grondslag liggen en in het VWEU van een hogere orde worden geacht.

91. Daarom ben ik van oordeel dat de Commissie ook in de procedure voor de aanvaarding van de door de onderneming voorgestelde toezeggingen beide in lid 1 en lid 3 van artikel 101 VWEU geregelde fasen moet uitvoeren, en dat zij de door partijen of interveniërende derden aangevoerde argumenten dat is voldaan aan de voorwaarden van het voornoemde lid 3 – ook slechts summier, gezien de aard van de procedure – derhalve in aanmerking moet nemen.

92. Bij de toepassing van de bovenstaande beginselen op de onderhavige zaak wijs ik erop dat de hierboven bekritiseerde apodictische opvatting van het Gerecht, die in het algemeen lijkt uit te sluiten dat artikel 101, lid 3, VWEU in geval van een toezeggingsprocedure van toepassing is, de geldigheid van het arrest op dit punt mogelijk niet aantast, aangezien in werkelijkheid zowel de Commissie als het Gerecht beknopte argumenten hebben aangevoerd die in overeenstemming zijn met de aard van de toezeggingsprocedure, waardoor het in een van de middelen in hogere voorziening aangevoerde motiveringsgebrek wordt uitgesloten.

93. Uit de gezamenlijke lezing van de motivering van het Gerecht, in de punten 53 tot en met 57 en de punten 67 tot en met 72, en de motivering van de Commissie in de punten 40 tot en met 44 en de punten 50 tot en met 53, zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de betrokken clausules „niet voldoen aan minstens één van de cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU, namelijk de voorwaarde dat de betrokken ondernemingen geen beperkingen worden opgelegd die voor de bescherming van deze [intellectuele-eigendoms]rechten niet onmisbaar zijn" (punt 67 van het bestreden arrest).

94. Op grond van artikel 101, lid 3, VWEU kunnen de bepalingen van lid 1 immers buiten toepassing worden verklaard indien de overeenkomst tussen ondernemingen bijdraagt „tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt", onder de voorwaarde dat de betrokken ondernemingen niet worden onderworpen aan „beperkingen […] welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn".

24 Volgens het normale schema voor de verdeling van de bewijslast, dat is vastgelegd in artikel 2 van verordening nr. 1/2003 en is bevestigd in de vaste rechtspraak, waarin het Hof heeft geoordeeld: „het bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels [moet] worden geleverd door de partij of de autoriteit die de inbreuk aanvoert, en […] de onderneming of de ondernemersvereniging die verweer voert tegen een vastgestelde inbreuk [moet] het bewijs leveren dat aan de voorwaarden is voldaan om dat verweer te laten gelden, zodat die autoriteit andere bewijzen moet aanvoeren", arrest van 26 januari 2017, Duravit e.a./Commissie (C-609/13 P, EU:C:2017:46), punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie in dezelfde zin arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie (C-413/08 P, EU:C:2010:346), punt 29.

95. De betrokken clausules leggen volgens het Gerecht en de Commissie beperkingen op die „verder gaan dan noodzakelijk is voor de productie en distributie van audiovisuele werken waarvan de intellectuele-eigendomsrechten moeten worden beschermd” [25] (punt 67 van het bestreden arrest), ook voor de bescherming van de culturele diversiteit.

96. Sterker nog, een absolute gebiedsbescherming „gaat duidelijk verder dan voor de verbetering van de productie of de verdeling, of voor de bevordering van de technische of economische vooruitgang onmisbaar is, zoals vereist door artikel 101, lid 3, VWEU. Dat blijkt uit het door partijen bij de betrokken overeenkomsten nagestreefde verbod van elke grensoverschrijdende verrichting van televisieomroepdiensten, zelfs als het gaat om werken waarvoor een licentie is verleend door Paramount zelf en die worden uitgezonden op het grondgebied van een lidstaat (zie in die zin arrest van 8 juni 1982, Nungesser en Eisele/Commissie, 258/78, EU:C:1982:211, punt 77)” (punt 68 van het bestreden arrest). Deze afscherming van de markten en het prijsverschil dat daaruit voortvloeit zouden immers niet verenigbaar zijn met het fundamentele doel van het Verdrag, te weten de voltooiing van de interne markt (punten 43 en 44 van het besluit van de Commissie en punt 57 van het bestreden arrest).

97. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht een toereikende motivering gegeven, te weten dat er voor de financiering van de filmproductie in de EER-landen, en dus voor de bescherming van, onder andere, het belang bij culturele diversiteit, een alternatief bestaat voor de afscherming van markten met een absolute geografische exclusiviteit: „een eventuele daling van verzoeksters inkomsten van haar klanten in Frankrijk kan worden gecompenseerd door het feit dat verzoekster, dankzij de tenuitvoerlegging van de krachtens het bestreden besluit verbindend verklaarde toezeggingen, voortaan vrij is zich te richten tot klanten in de gehele EER en niet alleen in Frankrijk” (punt 69 van het bestreden arrest).

98. Dus „[z]elfs als verzoekster een deel van haar inkomsten besteedt aan de financiering van audiovisuele producten die specifieke ondersteuning vereisen, biedt de normale werking van de mededinging, thans in de gehele EER, haar dus mogelijkheden die de betrokken clausules haar ontnamen zolang Paramount voornemens was de nakoming ervan te eisen” (punt 57 van het bestreden arrest).

c) Tussenconclusie

99. Als tussenconclusie ben ik van oordeel dat de in het derde middel in hogere voorziening aangevoerde grief over het motiveringsgebrek en het onvolledige onderzoek van de feiten niet kan worden toegewezen, mede gelet op het feit dat de op het Gerecht rustende verplichting om zijn beslissingen te motiveren niet betekent dat het in detail op elk door een partij aangevoerd argument moet antwoorden. Als voldoende dient veeleer te worden beschouwd dat uit de motivering van een arrest duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van het Gerecht blijkt, zodat de betrokkenen kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen. [26] Dat het Gerecht ten gronde tot een andere conclusie is gekomen dan rekwirante, betekent evenwel op zich niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek vertoont. [27]

100. Het Gerecht heeft de specifieke juridische en economische context van de omstreden gedraging voldoende gemotiveerd, en daaruit conclusies getrokken die verschillen van die van rekwirante maar niet kennelijk onjuist lijken.

25 Het specifieke voorwerp van de intellectuele eigendom garandeert niet dat de houders van de betrokken rechten de mogelijkheid hebben de hoogst mogelijke vergoeding op te eisen. Wat televisie-uitzendingen betreft, moet deze beloning met name in een redelijke verhouding staan tot de parameters van de betrokken uitzendingen, zoals het daadwerkelijke aantal kijkers en het potentiële aantal kijkers (punten 41 en 42 van het besluit van de Commissie en de punten 53 en 54 van het bestreden arrest).

26 Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555), punt 100.

27 Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555), punt 102.

101. Wat betreft de toepasselijkheid van de in artikel 101, lid 3, VWEU vastgestelde vrijstellingsgronden op een in artikel 9 van verordening nr. 1/2003 bedoelde procedure, bevatten het litigieuze besluit en het bestreden arrest, ondanks dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat deze vrijstellingen in het algemeen niet van toepassing zijn, voldoende argumenten om te kunnen betogen dat zij niet op de onderhavige zaak van toepassing zijn. Om deze reden geef ik het Hof in overweging het derde middel in hogere voorziening ongegrond te verklaren.

B. Vierde middel, waarin rekwirante stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste uitlegging van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en punt 128 van de goede praktijken[28]

1. Standpunten van partijen

102. GCP, ondersteund door de Franse Republiek, voert aan dat het Gerecht, door te oordelen (in de punten 118 en 119 van het bestreden arrest) dat de betrokken clausules naar hun aard ertoe strekken de nationale markten van de gehele EER af te schermen zonder dat op basis van de juridische en economische context ervan kan worden vastgesteld dat zij geen afbreuk kunnen doen aan de mededinging, en dat geen van de andere toezeggingen van Paramount, met minder ingrijpende gevolgen voor GCP, passend zou zijn geweest, artikel 9 van verordening nr. 1/2003 en punt 128 van de goede praktijken onjuist heeft uitgelegd.

103. Net als de Franse Republiek merkt GCP in de eerste plaats op dat de Commissie, door de toezeggingen van Paramount te aanvaarden met betrekking tot alle overeenkomsten die zij met omroepen in de EER heeft gesloten, terwijl de mededingingsbezwaren in de voorlopige beoordeling van de Commissie uitsluitend betrekking hadden op de exclusieve rechten in het Verenigd Koninkrijk en Ierland, geen rekening heeft gehouden met de bijzonderheden van andere markten, inzonderheid de Franse markt, waarvan het regelgevende en financiële systeem als bijzonderheid heeft dat audiovisuele creaties hoofdzakelijk worden gefinancierd door omroeporganisaties als GCP.

104. Door de benadering van de Commissie te bevestigen, heeft het Gerecht volgens GCP inbreuk gemaakt op het evenredigheidsbeginsel en de rechten van derden niet geëerbiedigd, zoals in herinnering is gebracht in met name het arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377, punt 41). Het Gerecht heeft namelijk blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 106 van het bestreden arrest te overwegen dat de Commissie binnen de grenzen van de haar uit hoofde van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 verleende bevoegdheden heeft gehandeld en daarbij de doelstellingen van dit artikel heeft nagestreefd (proceseconomie en doeltreffendheid van de procedure), zonder verder afbreuk te hebben gedaan aan de contractuele of procedurele rechten van GCP dan noodzakelijk is om deze doelstellingen te bereiken.

105. De Franse Republiek voegt daaraan toe dat het feit dat geen enkele andere toezegging is voorgesteld die op passende wijze aan de mededingingsbezwaren van de Commissie kan tegemoetkomen, niet volstaat om aan te nemen dat werkelijk rekening is gehouden met de belangen van derden. Aangezien de toezeggingen het resultaat zijn van onderhandelingen tussen uitsluitend de Commissie en de betrokken onderneming, is het immers moeilijk voor te stellen dat het belang van derden in aanmerking is genomen in de context van een toezeggingsprocedure waarin slechts de voorgestelde toezeggingen zijn vergeleken met andere toezeggingen die de betrokken onderneming zou kunnen voorstellen.

28 PB 2011, C 308, blz. 6.

106. De UPC wijst erop dat het litigieuze besluit daarentegen inbreuk maakt op de belangen van alle marktdeelnemers in de filmsector. Zij merkt namelijk op dat de gratis televisiekanalen en de betaaltelevisiekanalen in 2018 97,8 % van de op Frans initiatief gemaakte films met een budget van ten minste 4 miljoen EUR hebben gefinancierd, en 77,2 % van de films met een gegarandeerd budget tussen de 1 en 4 miljoen EUR. GCP heeft volgens de UPC 113 op Frans initiatief gemaakte films en 93,9 % van de op Frans initiatief gemaakte films die in totaal meer dan 7 miljoen EUR kostten, vooraf gekocht. In het kader van zijn analyse heeft het Gerecht geen rekening gehouden met deze omstandigheden, en evenmin met het feit dat het litigieuze besluit, indien het werd bevestigd, de contractuele standaarden van alle marktdeelnemers ingrijpend zou wijzigen.

107. In de tweede plaats betoogt GCP dat de toezeggingen, overeenkomstig punt 128 van de goede praktijken en voetnoot 76 daarbij, ondubbelzinnig en *self executing* moeten zijn, en dat de uitvoering daarvan niet mag afhangen van de wil van een derde die niet door de toezeggingen is gebonden.

108. Het Gerecht heeft dit beginsel geschonden door in punt 104 van het bestreden arrest te oordelen dat het besluit van de Commissie geen afbreuk doet aan de contractvrijheid van GCP, aangezien zij de mogelijkheid heeft zich tot de nationale rechter te wenden om de verenigbaarheid van de betrokken clausules met artikel 101, lid 1, VWEU te doen vaststellen en daaraan de door het nationale recht vastgestelde gevolgen te verbinden voor Paramount. Daarnaast heeft het Gerecht, door in punt 103 van dat arrest te oordelen dat het aan de Commissie staat om haar onderzoek te heropenen indien de nationale rechter Paramount zou verplichten om de met de toezeggingen op zich genomen verplichtingen niet na te komen, uitdrukkelijk erkend dat de uitvoering van de toezeggingen afhangt van de wil van GCP, doch niet alle juridische gevolgen uit deze conclusie getrokken.

109. In de derde plaats betoogt GCP, samen met de Franse Republiek, dat het Gerecht ernstig inbreuk heeft gemaakt op de rechten van derden, door in punt 100 van het bestreden arrest te oordelen dat het litigieuze besluit hooguit de beoordeling door de nationale rechterlijke instanties zou kunnen beïnvloeden, aangezien het louter een voorlopige beoordeling bevat. Dit besluit ontneemt GCP immers haar contractvrijheid, aangezien zij van de nationale rechter in werkelijkheid niet kan vragen de Commissie tegen te spreken en toe te geven dat de omstreden clausules geldig zijn. In dit verband blijkt uit het arrest van 23 november 2017, Gasorba e.a. (C-547/16, EU:C:2017:891, punten 28 en 29), dat de nationale rechterlijke instanties niet kunnen voorbijgaan aan op grond van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde besluiten, en dat zij rekening moeten houden met de voorlopige beoordeling van de Commissie en die moeten beschouwen als een aanwijzing, of zelfs als het begin van bewijs, van de mededingingsverstorende aard van de betrokken overeenkomst.

110. De Franse Republiek voegt daaraan toe dat de impact van een besluit als het litigieuze besluit op de beoordeling door de nationale rechter wordt versterkt door de toezeggingen die in de betrokken sector met andere multinationals zijn overeengekomen, waardoor het waarschijnlijker wordt dat latere toezeggingen de standaard vormen waarvan de nationale rechter steeds moeilijker kan afwijken. Daarnaast kan de omstandigheid dat de Commissie, indien de nationale rechter zou oordelen dat de betrokken overeenkomst geen inbreuk maakt op artikel 101, lid 1, VWEU, automatisch een onderzoek zou moeten heropenen op grond van artikel 9, lid 2, onder b), van verordening nr. 1/2003, de nationale rechter ervan weerhouden om de voorlopige beoordeling van de Commissie te betwisten.

111. De Commissie betoogt, samen met het BEUC, dat het Gerecht in de punten 43 tot en met 58 en punt 118 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de toezeggingen van Paramount tegemoetkomen aan de mededingingsbezwaren betreffende de hele EER. De betrokken clausules vormden immers bijkomende verplichtingen die ertoe strekten de nationale markten in de hele EER te verdelen, door het verbieden of beperken van de passieve grensoverschrijdende verkoop van televisiedistributiediensten door Sky aan consumenten die in de EER, maar buiten het Verenigd Koninkrijk en Ierland verblijven, alsmede de verkoop door in de EER, maar buiten het Verenigd

Koninkrijk of Ierland gevestigde omroepen aan consumenten die in het Verenigd Koninkrijk of Ierland verblijven. De door Paramount aangeboden toezeggingen komen derhalve passend tegemoet aan de mededingingsbezwaren in de mededeling van punten van bezwaar, en Paramount heeft geen minder verbindende toezeggingen aangeboden die passend aan deze bezwaren tegemoetkomen.

112. De Commissie betoogt daarnaast, samen met het BEUC, dat het Gerecht in de punten 83 tot en met 108 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de uitvoering van de toezeggingen van Paramount niet afhangt van de wil van derden, GCP inbegrepen. Door deze toezeggingen aan te bieden heeft Paramount namelijk in uitoefening van haar contractvrijheid besloten niet te zijn gebonden door bepaalde contractuele clausules, en deze beslissing hangt niet af van de wil van derden. Daarnaast wordt door de aanvaarding van deze toezeggingen door de Commissie GCP niet de mogelijkheid ontnomen om zich tot de nationale rechter te wenden om haar rechten in het kader van haar contractuele betrekkingen met Paramount te beschermen. Indien een nationale rechter zou oordelen dat de betrokken clausules niet in strijd zijn met artikel 101, lid 1, VWEU, of dat zij voldoen aan de voorwaarden van lid 3 van dit artikel, zou het aan deze rechter staan om te beoordelen of het resultaat van de bij hem aanhangige procedure voor Paramount aanleiding is om de krachtens het bestreden besluit verbindend verklaarde toezeggingen niet na te komen. Om te vermijden dat het resultaat van deze procedure voor Paramount aanleiding kan zijn om deze toezeggingen niet na te komen, zou de nationale rechter kunnen weigeren de uitvoering van de betrokken clausules te bevelen, en Paramount kunnen bevelen, overeenkomstig de toepasselijke nationale voorschriften, uitvoering aan het arrest te geven door betaling van een vervangende geldelijke prestatie. Deze oplossing heeft het Gerecht in punt 103 van het bestreden arrest in overweging genomen.

113. In de derde plaats heeft de Commissie, samen met het BEUC, gesteld dat het Gerecht in punt 102 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat GCP van een nationale rechter een met het besluit van de Commissie strijdige uitspraak zou kunnen verkrijgen waarbij de clausules in kwestie rechtmatig werden verklaard. Uit punt 29 van het genoemde arrest van 23 november 2017, Gasorba e.a. (C-547/16, EU:C:2017:891), blijkt immers dat de nationale rechter slechts rekening moet houden met de voorlopige beoordeling van de Commissie in het litigieuze besluit, en die moet beschouwen als een aanwijzing, of zelfs als het begin van bewijs, van de mededingingsverstorende aard van de clausules in kwestie.

114. Het BEUC stelt dat het vierde middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is omdat GCP probeert de conclusies en feitelijke beoordelingen van het Gerecht bij zijn onderzoek van het derde en het tweede middel ter discussie te stellen, hoofdzakelijk door de in eerste aanleg aangevoerde argumenten te herhalen.

2. Beoordelingen

a) Schending van het evenredigheidsbeginsel en aantasting van het recht van derden

115. In het vierde middel in hogere voorziening wordt tegen het arrest van het Gerecht aangevoerd dat het Gerecht daarin blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omdat het heeft geoordeeld dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel niet heeft geschonden door de door Paramount aangeboden toezeggingen in de hele EER verbindend te verklaren, terwijl de door de Commissie in de voorlopige beoordeling geformuleerde mededingingsbezwaren uitsluitend betrekking hadden op de territoriale exclusiviteit in het Verenigd Koninkrijk en Ierland, en door te oordelen dat het besluit van de Commissie de rechten van derden niet aantast aangezien deze derden met betrekking tot de betrokken clausules hoe dan ook rechterlijke bescherming van de nationale rechter kunnen verkrijgen.

116. Het Hof wordt derhalve verzocht de delicate vraag te beantwoorden of de aan de Commissie aangeboden en door haar aanvaarde toezeggingen gevolgen kunnen hebben voor de contractuele rechten van derden. Bij deze vraag moet een zorgvuldige afweging worden gemaakt tussen contractvrijheid en de in het VWEU verankerde beginselen en doeleinden, inzonderheid met betrekking tot de bescherming van de mededinging. Contractvrijheid is, zoals bekend, een uitdrukking van de vrijheid van ondernemerschap, die wordt gewaarborgd door artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie[29], en is erkend in de grondwettelijke tradities die de lidstaten gemeen hebben. Het Hof heeft in zijn rechtspraak evenwel benadrukt dat de vrijheid om een economische activiteit uit te oefenen geen absolute waarde is, maar in relatie tot haar maatschappelijke functie moet worden beschouwd.[30] De overheid kan derhalve op een groot aantal wijzen ingrijpen in de vrijheid van ondernemerschap, waarmee, in het algemeen belang, beperkingen kunnen worden gesteld aan de uitoefening van deze vrijheid.[31]

117. Dit is kort geschetst het kader waarin enkele beperkingen van de contractvrijheid van de partijen in de onderhavige zaak moeten worden geplaatst, zoals die betreffende de verplichting voor Paramount om in de nieuwe licentieovereenkomsten geen contractuele clausules op te nemen die absolute barrières vormen voor de mededinging binnen de EU en daardoor het in artikel 3, lid 3, VEU bedoelde doel van de interne markt dwarsbomen, of het in de rechtspraak vastgestelde en door het Gerecht aangehaalde beginsel dat het auteursrecht uitsluitend een vergoeding garandeert die „billijk" moet zijn ten opzichte van de economische waarde van de verrichte dienst, en dat eventuele clausules waarin een hogere vergoeding is vastgelegd mogelijk niet toelaatbaar zijn indien daarbij wordt uitgegaan van een afscherming van de nationale markten die gebaseerd is op een absolute territoriale bescherming van de nationale licentiehouder.

118. Dat besluiten op het gebied van mededinging invloed hebben op de bestaande contractuele betrekkingen is zeker niets nieuws. Wat de onderhavige zaak bijzonder maakt, is dat de Commissie, met het oogmerk de mededinging in de interne markt te beschermen, toezeggingen van een onderneming heeft aanvaard die van invloed zijn op de contractuele betrekking van deze onderneming met een rechtssubject dat een derde is ten aanzien van de op grond van artikel 9 van verordening nr. 1/2003 gevoerde procedure.

119. Kan een besluit tot aanvaarding van aangeboden toezeggingen zo ver reiken dat een onderneming wordt verplicht om een met een derde gesloten overeenkomst niet na te komen? Kan het doel om de mededinging te beschermen rechtvaardigen dat de contractvrijheid van een derde in een dermate verregaande mate wordt opgeofferd? De vraag betreft dus de toepassing van het evenredigheidbeginsel op toezeggingsbesluiten.

120. Onder verwijzing naar het genoemde arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377) (inzonderheid punt 41), pleit de Commissie voor een uitlegging volgens welke in deze context een zeer kleine rol aan het evenredigheidsbeginsel moet worden toebedeeld. De Commissie hoeft louter te verifiëren of de betrokken toezeggingen tegemoetkomen aan de bezorgdheden die zij aan de betrokken ondernemingen te kennen heeft gegeven, alsook of deze laatste geen minder belastende toezeggingen hebben aangeboden, die even passend aan haar bezorgdheden tegemoetkomen. Dat is immers de benadering van het Gerecht, dat heeft erkend dat de Commissie de voornoemde verificaties inderdaad heeft verricht.

29 De door artikel 16 van het Handvest verleende bescherming omvat „de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, de contractvrijheid en de vrije mededinging […]. De contractvrijheid behelst daarenboven met name de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer en de vrijheid om de prijs voor een dienst te bepalen"; zie arrest van 20 december 2017, Polkomtel (C-277/16, EU:C:2017:989), punt 50. Zie in dezelfde zin arresten van 12 juli 2018, Spike e.a. (C-540/16, EU:C:2018:565), punt 34; 26 oktober 2017, BB construct (C-534/16, EU:C:2017:820), punten 34 en 35, en 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), punt 42.

30 Arresten van 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad (C-184/02 en C-223/02, EU:C:2004:497), punten 51 en 52, en 6 september 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526), punt 54.

31 Arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich (C-283/11, EU:C:2013:28), punt 46.

121. In werkelijkheid heeft het arrest Commissie/Alrosa de toepassing van het evenredigheidsbeginsel evenwel niet tot de voornoemde verificaties beperkt, aangezien meteen na de vermelding dat zij door de Commissie moeten worden verricht, is gepreciseerd dat die instelling „[b]ij het verrichten van deze verificatie […] wel rekening [dient] te houden met de belangen van derden” [32].

122. Het evenredigheidsbeginsel werkt derhalve in twee richtingen: enerzijds heeft het betrekking op de vraag in hoeverre toezeggingen tegemoetkomen aan de bezorgdheden van de Commissie en of de onderneming geen andere, minder belastende toezeggingen heeft aangeboden die eveneens aan de bezorgdheden van de Commissie tegemoetkomen. Anderzijds is het van toepassing op de belangen van derden die in zekere mate nadeel ondervinden van de aanvaarding van de toezeggingen. Aldus erkent het Hof dat het in de praktijk kan voorkomen dat het toezeggingsbesluit ook beperkingen stelt aan de belangen van derden die niet behoren tot de ondernemingen waarnaar de Commissie een onderzoek heeft ingesteld. In dat geval is een besluit echter pas rechtmatig indien na verificatie blijkt dat het in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

123. Hoe diepgaand het onderzoek op grond van het evenredigheidsbeginsel wordt uitgevoerd kan uiteraard naargelang de betrokken procedure verschillen, en aangezien de door de onderneming aangeboden herstelmaatregelen moeten worden beoordeeld in een procedure waarin geen inbreuk wordt vastgesteld, is de draagwijdte van het evenredigheidbeginsel, zoals gezien, beperkt. [33] Wanneer er echter niet moet worden nagegaan of de toezeggingen tegemoetkomen aan de bezorgdheden van de Commissie, maar of zij invloed hebben op de belangen van derden, vereist het beginsel in elk geval dat de rechten die aan deze derden toekomen en die relevant zijn voor het primaire Unierecht, niet volledig worden opgeofferd of uitgehold.

124. Dat geen andere conclusie mogelijk is volgt uit de essentie van het evenredigheidsbeginsel, als algemeen beginsel van Unierecht, volgens welk „de handelingen van de instellingen van de Unie […] niet buiten de grenzen mogen treden van wat geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de rechtmatige 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” [34] en dat „een maatstaf vormt voor de rechtmatigheid van alle handelingen van de instellingen van de Unie, daaronder begrepen de beschikkingen van de Commissie als mededingingsautoriteit” [35].

125. Indien de onderneming die toezeggingen aanbiedt als gevolg van het toezeggingsbesluit de contractuele verplichtingen niet hoeft na te komen die zij jegens een derde op zich heeft genomen, en die essentiële elementen vormen van het economische evenwicht dat zij in uitoefening van hun beider contractvrijheid hebben vastgesteld, lijkt een dermate grote opoffering van de contractvrijheid van de derde op grond van het evenredigheidsbeginsel niet te kunnen worden gerechtvaardigd.

126. Om deze conclusie te vermijden hebben de Commissie en het Gerecht aangevoerd dat de derde (GCP) het recht heeft zich tot de rechter te wenden om de onderneming die de toezeggingen heeft gedaan (Paramount) aansprakelijk te doen verklaren en schadevergoeding te verkrijgen. Onder verwijzing naar het arrest Commissie/Alrosa merkt het Gerecht immers op dat het feit dat de door een onderneming aangeboden individuele toezeggingen verbindend zijn verklaard, er niet toe leidt dat

32 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 41.

33 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 47, waarin het volgende staat te lezen: „Ook al zijn uit hoofde van deze twee bepalingen vastgestelde beschikkingen dus wel degelijk steeds aan het evenredigheidsbeginsel onderworpen, […] de toepassing van dit beginsel [verschilt] evenwel naargelang de ene dan wel de andere bepaling aan de orde is.”

34 Arrest van 11 januari 2017, Spanje/Raad (C-128/15, EU:C:2017:3), punt 71. Zie in dezelfde zin, ex multis, arresten van 15 februari 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84), punt 54; 8 april 2014, Digital Rights Ireland (C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238), punt 46, en 23 oktober 2012, Nelson e.a. (C-581/10 en C-629/10, EU:C:2012:657), punt 71.

35 Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555), punt 42 en de in de voetnoten 22 en 23 aangehaalde arresten.

andere ondernemingen niet langer de mogelijkheid hebben om de eventuele rechten waarover zij in het kader van hun betrekkingen met die onderneming beschikken, te beschermen.[36] De nationale rechter kan op grond van dat beginsel oordelen dat de betrokken clausules in strijd zijn met artikel 101, lid 1, VWEU of aan de voorwaarden van lid 3 van dit artikel voldoen, en kan in voorkomend geval tevens oordelen of het bij hem ingediende verzoek gegrond is, aangezien artikel 101 VWEU niet in de weg staat aan de toepassing van de betrokken clausules (punten 100, 101 en 102 van het bestreden arrest).

127. Het zwakke punt van deze redenering, waarop GCP in haar verzoekschrift heeft gewezen, is dat het toezeggingsbesluit de door de derde onderneming aangezochte rechter hoe dan ook beïnvloedt, aangezien het de beoordelingsbevoegdheid van de nationale rechter aanzienlijk beperkt. Het lijdt immers weliswaar geen twijfel dat het op grond van artikel 9, lid 1, van verordening nr. 1/2003 vastgestelde toezeggingsbesluit niet uitsluit dat de nationale rechter de praktijk die voorwerp van dit besluit is anders beoordeelt dan de Commissie heeft gedaan, maar „[d]at betekent echter nog niet dat nationale rechterlijke instanties aan dit soort besluiten kunnen voorbijgaan. Dergelijke handelingen bezitten immers hoe dan ook het karakter van een beslissing. Zowel het beginsel van loyale samenwerking dat is neergelegd in artikel 4, lid 3, VEU als de doelstelling van een doeltreffende en eenvormige toepassing van het mededingingsrecht […] verplicht de nationale rechterlijke instanties ertoe om rekening te houden met de voorlopige beoordeling van de Commissie en om die te beschouwen als een aanwijzing, of zelfs als het begin van bewijs, van de mededingingsverstorende aard van de betrokken overeenkomst, getoetst aan artikel 101, lid 1, VWEU."[37]

128. De aangehaalde rechtspraak is bij uitstek in overeenstemming met het aan verordening nr. 1/2003 ten grondslag liggende vereiste om in een systeem van gedecentraliseerde handhaving een eenvormige toepassing van het Europese mededingingsrecht te waarborgen. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat „[o]m in een stelsel van parallelle bevoegdheden de eerbiediging van het beginsel van rechtszekerheid en een eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels te waarborgen, […] tegenstrijdige uitspraken [moeten] worden vermeden. Daarom moet, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie, duidelijk worden gemaakt wat de gevolgen zijn van Commissiebesluiten en -procedures voor de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten van de lidstaten."[38]

129. Indien het besluit van de Commissie, dat is vastgesteld op grond van het meerdere malen aangehaalde artikel 9, de nationale rechter niet zou verplichten om daarmee rekening te houden als begin van bewijs, bestaat het gevaar dat er ruimte zou ontstaan voor een sterk uiteenlopende toepassing van het Europese mededingingsrecht in elke lidstaat, waardoor het bij verordening nr. 1/2003 ingevoerde systeem van gedecentraliseerde handhaving zou worden ondermijnd.

130. In deze context heeft een derde onderneming, zoals GCP, veel minder mogelijkheden om bij de nationale rechter haar aanspraken te gelde te maken en haar vordering tot schadevergoeding tegen Paramount te doen toewijzen, aangezien het vermoeden dat de betrokken clausules onrechtmatig zijn, moet worden weerlegd. Indien om het doel van mededingingsbescherming te bereiken een bijzonder vereenvoudigde procedure wordt gevolgd – die dus minder beschermingsgaranties biedt in de vorm van rechten van de bij het besluit betrokkenen om aan de procedure deel te nemen – wordt de contractvrijheid van derden uiteindelijk in te sterke mate opgeofferd.

131. Tegen deze conclusie kan evenmin worden ingebracht dat de opoffering van de contractvrijheid van derden noodzakelijk was om de mededinging te beschermen, en dat de Commissie de inhoud van de toezeggingen – een eenzijdige handeling van de onderneming – niet kon wijzigen. Dienaangaande volstaat het erop te wijzen dat de Commissie, gelet op de bijzonderheden van de onderhavige zaak,

36 Arrest van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2010:377), punt 49.

37 Arrest van 23 november 2017, Gasorba e.a. (C-547/16, EU:C:2017:891), punt 29.

38 Overweging 22 van verordening nr. 1/2003.

andere, meer geschikte middelen had om het door artikel 101, lid 1, VWEU beschermde openbare belang te behartigen. Zij kon de toezeggingen immers afwijzen omdat zij in strijd waren met het evenredigheidsbeginsel, en de procedure van artikel 7 van verordening nr. 1/2003 volgen om vast te stellen of er al dan niet sprake was van een inbreuk.[39]

132. Tot slot moet worden opgemerkt, zoals GCP ter terechtzitting overtuigend heeft betoogd, dat de door het Gerecht geboden oplossing uiteindelijk tot gevolg zou hebben dat de werking en de efficiëntie van het beschermingsmechanisme voor de mededinging door middel van toezeggingsbesluiten, in het gedrang komen. De onderneming die bepaalde toezeggingen doet die vervolgens door de Commissie verbindend worden verklaard, zouden indien de oplossing van het Gerecht werd gevolgd twee zwaarden van Damocles boven het hoofd komen te hangen die de rechtszekerheid en het evenwicht van het systeem op losse schroeven zetten: de mogelijkheid dat zij door de nationale rechters van de verschillende landen van de EU contractueel aansprakelijk wordt gesteld, en de mogelijkheid, die nog nadeliger is voor het systeem, dat de Commissie de procedure heropent[40] indien de nationale rechter de onderneming dwingt om de verbindend verklaarde toezegging niet na te komen.

b) Tussenconclusie

133. Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie, door de toezeggingen van Paramount te aanvaarden, niet voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van derden die in de onderhavige zaak sterk betrokken waren op grond van overeenkomsten die Paramount reeds met andere derden, waaronder rekwirante, had gesloten, waardoor het evenredigheidsbeginsel is geschonden. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het besluit van de Commissie op dit punt geen gebreken vertoonde, en ten aanzien van dit specifieke aspect geef ik het Hof in overweging het vierde middel in hogere voorziening toe te wijzen.

V. Conclusie

134. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om het derde middel in hogere voorziening ongegrond te verklaren, en het vierde middel in hogere voorziening, wat betreft het aangegeven aspect, toe te wijzen.

39 Aan de andere kant, „[w]anneer toezeggingen van een of meer ondernemingen onevenredig blijken te zijn aan het doel van de Commissie om de mededinging tegen vervalsing te beschermen, dan mag de Commissie die toezeggingen niet verbindend verklaren. Zij dient de onderneming(en) dan op de onevenredigheid te wijzen en eventueel ertoe aan te zetten de toezeggingen te wijzigen", aldus de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Alrosa (C-441/07 P, EU:C:2009:555), punt 43. En hoe dan ook, aldus advocaat-generaal Kokott: „[o]p toezeggingen waarvan de geschiktheid pas na een uitvoerige toetsing door de Commissie kan worden beoordeeld, hoeft de Commissie niet in te gaan" (punt 53).

40 Als bedoeld in artikel 9, lid 2, onder b), van verordening nr. 1/2003.