Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Annotatie

De zaak *Alrosa* (HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-441/07 P, *Alrosa Company Ltd./ Commissie*, n.n.g.) (Toezeggingsbeschikking ex art. 9 Verordening (EG) 1/2003

Mr. P.J. Kreijger*

Het hier te bespreken arrest markeerde het eindpunt van de eerste procedure in Luxemburg naar aanleiding van een beschikking van de Commissie op grond van artikel 9 Verordening (EG) 1/2003, waarin toezeggingen van De Beers, marktleider in de diamanthandel in Europa, om niet langer zaken te doen met Alrosa, verbindend werden verklaard. Om meerdere redenen een belangrijke zaak: het gaat om een steeds belangrijker handhavingsinstrument, ook in artikel 102-zaken, het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) komt tot een diametraal ander oordeel dan het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht) en bevestigt andermaal de (uiterst) terughoudende toetsing van mededingingsrechtelijke beschikkingen van de Commissie. De *effect based* toepassing van artikel 102 VWEU lijkt onverminderd ver weg.

Inleiding

Een van de noviteiten die Verordening (EG) 1/2003 de mededingingspraktijk heeft gebracht is een regeling van de onder Verordening (EG) 17/62 gegroeide, maar daarin niet gereguleerde praktijk waarbij de Commissie een onderzoek naar (mogelijke) inbreuken afsloot zonder formele beschikking, op basis van toezeggingen van de betrokken ondernemingen de gewraakte gedragingen in de toekomst te staken. Dergelijke toezeggingen waren ook vatbaar voor beroep, zoals het Hof van Justitie in bijvoorbeeld de zaak *Ahlström*[1] vaststelde:

> '181 That point of view [het betoog van de Commissie dat nu de partijen zelf de toezeggingen hadden gedaan, er geen beschikking van een orgaan van de Gemeenschap (i.c. de Commissie) aan de orde en het beroep tegen diezelfde toezeggingen niet-ontvankelijk was, PK] cannot be accepted. The obligations imposed on the applicants by the undertaking must be regarded in the same way as orders requiring an infringement to be brought to an end, as provided for by Article 3 of Regulation No 17. It follows from the Court' s judgment in Joined Cases 6 and 7/73 Commercial Solvents v Commission [1974]ECR 223 that that provision authorizes the Commission to take any measures which are necessary to terminate the infringement which has been established and may include both orders to act and injunctions to refrain from acting. In giving that undertaking, the applicants thus merely assented, for their own reasons, to a decision which the Commission was empowered to adopt unilaterally.'

* Mr. P.J. Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

1. HvJ EG 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85 tot C-129/85, *Jur*. 1993, p. I-1307.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Thans is de mogelijkheid om een onderzoek af te sluiten met een toezegging neergelegd in artikel 9 Verordening (EG) 1/2003 (eerste lid):

> '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.'

Ofschoon met deze bepaling de reeds bestaande mogelijkheid van informele afdoening op basis van een toezegging een grondslag in geschreven recht kreeg, gaat het bij artikel 9 Verordening (EG) 1/2003 om bepaald meer dan een enkele codificatie van bestaande praktijk. Het belangrijkste verschil is de mogelijkheid om de toezeggingen als zodanig bindend te maken in een daartoe strekkende, afzonderlijke beschikking op overtreding waarvan boetes kunnen worden gesteld. In het kader van Verordening (EG) 17/62 kon de Commissie bij nietnakoming van gedane toezegging alleen de informeel afgesloten procedure weer heropenen. De regeling van artikel 9 'repareert' dus zo bezien de zwakke plek die aan de informele praktijk onder Verordening (EG) 17/62 inherent was. Bovendien wordt de toezegging procedureel duidelijk ingekaderd; zo gaat aan de vaststelling van een dergelijke beschikking een publieke consultatie vooraf (artikel 27 lid 4 Verordening (EG) 1/2003) alsmede een 'voorlopige beoordeling', waarover zo dadelijk meer. De uiteindelijke beschikking is als gezegd bindend, maar bevat, anders dan een beschikking op grond van artikel 7 Verordening (EG) 1/2003, geen vaststelling dat een inbreuk op artikel 101/102 VWEU is begaan door de betrokken ondernemingen, vergelijk de tekst van artikel 7 lid 1:

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

Hoewel ook een beschikking op grond van artikel 9 een feitelijke omschrijving bevat en deze niet zou zijn opgelegd wanneer de Commissie geen problemen zou zien, is dit voor de betrokken ondernemingen toch een potentieel voordeel in de context van civiele procedures, nu eisers in die procedures niet zullen kunnen wijzen op een de nationale rechter bindende (art. 16 Verordening (EG) 1/2003) vaststelling van inbreuken op artikel 101 of 102 VWEU. In haar recente *Best Practiceson the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU* vat de Commissie een en ander als volgt samen:

> '102. The main difference between a prohibition decision pursuant to Article 7 and a commitment decision pursuant to Article 9 of Regulation 1/2003 is that the former contains a finding of an infringement while the latter makes the commitments binding without concluding on whether there was or is still an infringement. A commitment decision concludes that there are no longer grounds for action by the Commission. Moreover, commitments are offered by undertakings on a voluntary basis. By contrast, in Article 7 prohibition proceedings, the Commission imposes remedies (and/or fines) on undertakings.
>
> 103. The main advantages of commitment decisions are a swifter change on the market to the benefit of consumers as well as lower administrative costs for the Commission. For the parties subject to the proceedings, faster proceedings and the absence of a finding of an infringement may be attractive.'

Het arrest

Alrosa is een Russische mijnbouwonderneming die na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie is ontstaan uit een combinatie van ondernemingen die sinds 1957 in met name Siberië in de diamantwinning actief waren. Vandaag de dag neemt Alrosa met een omzet van ca. € 2 miljard de tweede plaats in als leverancier van diamanten. De eerste plaats wordt ingenomen door het van origine Zuid-Afrikaanse De Beers.
In maart 2002 melden Alrosa en De Beers een kort daarvoor gesloten overeenkomst aan bij de Commissie op grond van Verordening (EG) 17/62. De overeenkomst heeft betrekking op levering van diamanten door Alrosa aan De Beers. Op grond van de overeenkomst zou Alrosa voor een periode van vijf jaar, ingaande vanaf een positieve beschikking van de Commissie, voor € 800 miljoen diamanten aan De Beers verkopen. Niet alleen verbond Alrosa zich voor bijna de helft van haar totale omzet aan een afnemer, maar bovendien betrof het de volledige uitvoer van Alrosa. Binnen de EER blijft De Beers aldus de enige leverancier van diamanten. De Commissie reageert met twee sets punten van bezwaar: De Beers en Alrosa samen wordt medegedeeld dat hun overeenkomst onverenigbaar is met artikel 81 EG-Verdrag terwijl De Beers afzonderlijk, gezien haar

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

positie als praktisch monopolist binnen de EER, inbreuk op artikel 82 EG-Verdrag wordt verweten.

Aanvankelijk trekken Alrosa en De Beers gezamenlijk op. Zij reageren gezamenlijk op de punten van bezwaar, worden gezamenlijk gehoord, doen gezamenlijk toezeggingen, reageren gezamenlijk op de resultaten van de markttest op grond van artikel 27 lid 4 Verordening (EG) 1/2003 en worden door de Commissie uitgenodigd samen aangepaste toezeggingen te doen, die er in zouden moeten resulteren dat zij per 2009 hun handelsbetrekkingen volledig zullen staken. Het is dan eind november 2005. Dan scheiden zich de wegen van Alrosa en De Beers: in januari 2006 doet De Beers individuele toezeggingen aan de Commissie, die ertoe strekken de handelsrelatie met Alrosa volledig af te bouwen. Alrosa krijgt een dag later de toezeggingen en een niet-vertrouwelijke versie van de door derden gemaakte opmerkingen voorgelegd ter commentaar. Na enige discussie tussen Alrosa en de Commissie over procedurele aspecten, in het bijzonder de toegang tot het dossier in de zaak *De Beers*, en nadat Alrosa op 6 februari 2006 commentaar heeft geleverd op de toezeggingen van De Beers, worden deze door de Commissie op 22 februari 2006 grond van artikel 9 Verordening (EG) 1/2003 verbindend verklaard. Dat gebeurt ter afsluiting van de procedure die tegen De Beers was ingeleid op grond van artikel 82 EG-Verdrag. De procedure op grond van 81 EG-Verdrag tegen De Beers en Alrosa gezamenlijk wordt niet met een beschikking afgesloten.

Alrosa, die zich aldus geconfronteerd ziet met de door haar handelspartner De Beers aangegane verplichting niet langer diamanten van haar af te nemen, gaat in beroep bij het Gerecht. Zij beklaagt zich over de door de Commissie gevolgde procedure, nu zij ervan uit was gegaan dat zij met De Beers gezamenlijk een tweede set toezeggingen zou gaan doen en niet bedacht was op individuele toezeggingen van De Beers die buiten haar tot stand zouden komen. Daarnaast meent Alrosa dat de Commissie buiten de grenzen van artikel 9 Verordening (EG) 1/2003 is getreden door haar de facto te binden aan een toezeggingsbeschikking die niet aan haar is gericht. Alrosa raakt immers een handelspartner kwijt, louter omdat die handelspartner een daartoe strekkende toezegging heeft gedaan en de Commissie die toezegging heeft aanvaard. Bovendien, en dat is de derde klacht van Alrosa, meent zij dat de verbindend verklaarde toezegging hoe dan ook onevenredig is, niet met artikel 82 EG-Verdrag is te verenigen en een ontoelaatbare inbreuk op de contractvrijheid maakt.

Het Gerecht vernietigt de toezeggingsbeschikking nu het met Alrosa eens is dat de verbindendverklaring van de toezegging door De Beers disproportioneel was. De Commissie had niet mogen negeren dat er ook minder verstrekkende oplossingen voorhanden waren dan een algeheel handelsverbod, zoals een verbod voor De Beers om een belangrijk deel van de export van Alrosa naar de EER voor zichzelf te reserveren, en had moeten uitleggen waarom niet met daartoe strekkende gezamenlijke toezeggingen van De Beers en Alrosa genoegen genomen had kunnen worden. Hoewel volgens het Gerecht reeds deze schending van het evenredigheidsbeginsel volstaat om het besluit te vernietigen acht het ten overvloede ook de klacht van Alrosa over de schending van haar rechten van de verdediging gegrond. In de jaren dat het onderzoek van de Commissie liep, zijn Alrosa en De Beers steeds gezamenlijk opgetrokken. Weliswaar ging het formeel om twee onderzoeken, waarbij Alrosa geen partij was in het op De Beers gerichte artikel 82 EG-Verdrag-onderzoek (De Beers was immers de enige partij met een economische machtspositie), maar nu de Commissie de procedures steeds als een geheel heeft behandeld en Alrosa in de uiteindelijke beschikking wel expliciet word genoemd ook al is zij formeel geen partij, moet zij ook in die procedure als de 'betrokken onderneming' in de zin van Verordening (EG) 1/2003 worden aangemerkt. In die hoedanigheid heeft zij echter onvoldoende gelegenheid gekregen zich uit te laten over de toezeggingen die De Beers heeft gedaan.

Het Hof van Justitie denkt over dit alles diametraal anders en vernietigt op zijn beurt het arrest van het Gerecht. Het Hof van Justitie stelt voorop dat de regeling van de toezegging een nieuw, door overwegingen van proceseconomie ingegeven, mechanisme is met als doel een doeltreffender handhaving mogelijk te maken en de betrokken ondernemingen in staat te stellen oplossingen voor te stellen die hun zelf het meest passend en geschikt lijken. Het evenredigheidsbeginsel is evenzeer maatstaf bij toepassing van artikel 9 maar heeft wel een andere draagwijdte dan bij toepassing van artikel 7, gelet op de verschillen tussen beide bepalingen. Artikel 7 bepaalt expliciet dat de Commissie de betrokken ondernemingen alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen kan opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. Bij de toepassing van artikel 9 is de Commissie echter juist niet verplicht de inbreuk aan te wijzen en te constateren, zoals ook uit overweging 13 blijkt, omdat haar rol in dat geval beperkt is tot het onderzoeken en het eventueel aanvaarden van de door de ondernemingen voorgestelde toezeggingen tegen de achtergrond van de in artikel 9 genoemde 'voorlopige beoordeling'. Hieruit trekt het Hof van Justitie de conclusie dat in de context van artikel 9 de toepassing van het evenredigheidsbeginsel is beperkt tot het verifiëren, met inachtneming van de belangen van derden, of de toezeggingen tegemoetkomen aan de zorgen van de Commissie, alsook of de ondernemingen geen minder belastende, even passende toezeggingen hebben aangeboden. Deze interpretatie heeft ook consequenties voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing: deze is beperkt tot de vraag of de beoordeling van de Commissie kennelijk onjuist is.

Het Hof van Justitie is het eens met de Commissie dat het Gerecht heeft miskend dat het doel van beide bepalingen uiteen loopt: het beëindigen van een vastgestelde inbreuk (artikel 7) en het tegemoetkomen aan de zorgen van de Commissie op basis van een voorlopige beoordeling (artikel 9). Ondernemingen die toezeggingen op grond van artikel 9 van Verordening (EG) nr. 1/2003 doen aanvaarden, aldus het Hof van Justitie, willens en

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

wetens dat hun toezeggingen mogelijkerwijs verdergaan dan hetgeen de Commissie zelf na een grondig onderzoek in een door haar overeenkomstig artikel 7 van deze verordening vastgestelde beschikking zou kunnen bepalen. Daar staat tegenover dat deze ondernemingen vaststelling van een inbreuk en in voorkomend geval oplegging van een boete kunnen vermijden. Bovendien, zo meent het Hof van Justitie, doet het bindend karakter van door de Commissie aanvaarde toezeggingen niet af aan de mogelijkheid voor andere ondernemingen om de eventuele rechten te beschermen die zij hebben jegens de ondernemingen die de toezeggingen doen.

Het Hof van Justitie oordeelt voorts dat het Gerecht de in dezen geldende grenzen van de rechterlijke toetsing heeft overschreden, doordat het heeft miskend dat de Commissie niet zelf verplicht is minder ingrijpende alternatieven te zoeken voor de gedane toezeggingen, maar uitsluitend af hoeft te gaan op de voorstellen van partijen. Het Gerecht had dus hoogstens de conclusie van de Commissie omtrent de aangeboden toezeggingen ontoereikend mogen achten wanneer het zou hebben vastgesteld dat de conclusie van de Commissie gelet op de door haar vastgestelde feitelijke elementen kennelijk ongegrond was. In plaats daarvan heeft het Gerecht zelf alternatieven onderzocht die niet door De Beers en Alrosa waren aangedragen en zijn eigen evaluatie van ingewikkelde economische omstandigheden en eigen beoordeling in de plaats gesteld van die van de Commissie, in plaats van de rechtmatigheid van de beoordeling van de Commissie te toetsen.

Tot slot sneuvelt het arrest van het Gerecht ook op het punt van de procedurele rechten van Alrosa. Het Hof van Justitie roept in herinnering dat zowel een procedure tegen Alrosa en De Beers gezamenlijk als een procedure tegen De Beers afzonderlijk was ingeleid en dat in beide procedures afzonderlijke punten van bezwaar zijn uitgebracht. Alrosa was dus geen 'betrokken onderneming' in de zin van artikel 27 Verordening (EG) 1/2003 in de procedure die uiteindelijk tot de bindende toezeggingsbeschikking heeft geleid. Het Gerecht heeft niet vastgesteld dat de Commissie zonder objectieve reden één feitencomplex aan twee gescheiden procedures heeft onderworpen en er bestond ook geen aanleiding dergelijk misbruik van bevoegdheid door de Commissie vast te stellen, nu het objectief gerechtvaardigd was twee procedures te voeren gelet op de verschillende materiële rechtsgrondslagen – artikel 81 EG-Verdrag en artikel 82 EG-Verdrag – van beide procedures. Een derde onderneming die zich door een krachtens artikel 7 of 9 vastgestelde beschikking benadeeld acht, kan daartegen beroep instellen maar is daarmee nog geen betrokken onderneming. Alrosa had dus slechts de beperktere rechten van een derde-belanghebbende en de Commissie was Alrosa ook geen gemotiveerde uitleg verschuldigd voor haar gewijzigde standpunt omtrent de eerdere gezamenlijke toezeggingen teneinde Alrosa in staat te stellen nieuwe gezamenlijke toezeggingen te doen. De Commissie was niet afhankelijk van de inbreng van Alrosa voor het aanvaarden van de door De Beers gedane toezeggingen: de Commissie beschikt blijkens artikel 9 over een ruime beoordelingsmarge om een voorstel van toezeggingen verbindend te verklaren dan wel af te wijzen. Het arrest van het Gerecht wordt dan ook vernietigd.

Commentaar

Het arrest van het Hof van Justitie markeert een belangrijke fase in de ontwikkeling van een handhavingsinstrument dat zich in een toenemende populariteit bij de Commissie kan verheugen. Sinds 1 mei 2004 zijn zeventien zaken afgesloten met het verbindend verklaren van toezeggingen van partijen, circa de helft daarvan betrof artikel 102 VWEU-zaken. Steeds ging het om prominente zaken, variërend van de toezegging van RWE haar hogedruk gastransportnet af te stoten[2] tot de toezegging van Microsoft om in het Windows-besturingsprogramma een afzonderlijk keuzescherm op te nemen waarmee ook andere browsers dan Internet Explorer kunnen worden gekozen.[3] Het is dan ook niet verbazend dat de Commissie in beroep ging van het arrest van het Gerecht en zich daarbij mede beriep op haar handhavingsbelang. Dit lijkt in ieder geval in zoverre begrijpelijk dat het Gerecht in tamelijk vergaande mate op de stoel van de Commissie was gaan zitten. Wanneer we de uitspraak van het Gerecht vergelijken met de rechtspraak waarin in de context van het concentratietoezicht remedies worden beoordeeld, is het verschil opvallend; zo overwoog het Gerecht in de zaak *easyJet*[4] dat het niet aan het Gerecht staat zijn eigen beoordeling in de plaats van die van de Commissie te stellen, maar dat het slechts moet nagaan of de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt – precies de redenering die het Gerecht in de zaak *Alrosa* tegengeworpen krijgt door het Hof! Mogelijk (maar dit is speculatie mijnerzijds) was het arrest van het Gerecht (mede) ingegeven door irritatie over de procedurele gang van zaken die op het eerste gezicht inderdaad de nodige verwondering wekt. Immers, ook al was formeel sprake van twee procedures, het lijkt toch moeilijk vol te houden dat er geen grote feitelijke verwevenheid tussen beide procedures bestaat terwijl het onderzoek van de Commissie jaren duurde en steeds Alrosa en De Beers gezamenlijk optrokken. Pas op het laatste moment is de switch gemaakt naar de artikel 82 EG-Verdrag-procedure waarbij alleen De Beers betrokken was en had Alrosa het nakijken. Of hier ook een *misbruik* van procedure door de Commissie aan de orde was, is een andere vraag, maar opvallend is het naar mijn mening wel. Niettemin is het Hof van Justitie op dit punt strikt en formeel:

2. Beschikking van 18 maart 2009, zaak COMP/39.402, *RWE Gas Foreclosure*.
3. Beschikking van 19 december 2009, zaak COMP/C-3/39.530, *Microsoft (tying)*.
4. GvEA 4 juli 2006, zaak T-177/04, *Jur*. 2006, p. II-1931, r.o. 128. Het Gerecht verwijst hier ook naar GvEA 30 september 2003, zaak T-158/00, *ARD/Commissie*, *Jur*. 2003, p. II-3825, r.o. 328 en 329 en GvEA 3 april 2003, zaak T-119/02, *Royal Philips Electronics/Commissie*, *Jur*. 2003, p. II-1433, r.o. 79 en 80.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Alrosa was geen partij bij de procedure tegen De Beers op grond van artikel 82 EG-Verdrag en is dus een 'gewone' derde. Daarmee wordt weinig recht gedaan aan de specifieke positie van Alrosa die in elk geval de facto met een verbod tot zakendoen met De Beers wordt geconfronteerd. Hoe Alrosa dit op een betekenisvolle wijze aan de orde kan stellen in rechte is mij niet duidelijk. Op welke grond het Hof van Justitie tot de apodictische conclusie komt dat derden, zoals dus ook Alrosa, voldoende mogelijkheid hebben hun positie in rechte aan de orde te stellen blijkt niet, zeker gezien de uiterst terughoudende toetsingsmaatstaf die het Hof van Justitie in deze zaak aanlegt.
In de hiervoor genoemde zaak *easyJet* overwoog het Gerecht ook dat het bij de uitoefening van zijn rechterlijk toezicht rekening diende te houden met het specifieke doel van de tijdens de eerste fase aangegane verbintenissen, zoals in die zaak aan de orde was. Immers, anders dan de verbintenissen van de tweede fase, hebben eerstefaseverbintenissen tot doel elke ernstige twijfel omtrent de gevolgen van de concentratie weg te nemen:

> 'Wanneer het Gerecht moet onderzoeken of de tijdens de eerste fase aangegane verbintenissen, gelet op hun inhoud en strekking, de Commissie in staat stellen een goedkeuringsbeschikking te geven zonder de tweede fase in te leiden, moet het derhalve nagaan of de Commissie zich zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken op het standpunt kon stellen dat deze verbintenissen een rechtstreeks en toereikend antwoord vormden dat de gerezen ernstige twijfel duidelijk kon wegnemen.'

Deze redeneertrant is ook terug te herkennen in het arrest van het Hof van Justitie in *Alrosa*, met name waar het Hof het verschil tussen artikel 7 en artikel 9 benadrukt op grond van de overwegingen dat (1) beide bepalingen anders zijn geformuleerd (r.o. 38), (2) artikel 9 tot doel heeft tegemoet te komen aan zorgen van de Commissie op basis van een voorlopige beoordeling (r.o. 46) en (3) ondernemingen die een toezegging doen zelf willens en wetens aanvaarden dat hun toezeggingen verder kunnen gaan dan na grondig onderzoek op grond van artikel 7 aan hen kan worden opgelegd, maar dat daar ook voordelen tegenover staan (r.o. 48). Deze redenering is naar mijn mening niet in alle opzichten overtuigend.
Ofschoon ontegenzeggelijk juist is dat de formulering van beide bepalingen verschillend is, is niet zonder meer duidelijk wat de reikwijdte van die verschillen is. Zowel artikel 7 als artikel 9 is een handhavingsinstrument voor de Commissie. Het toezeggingsinstrument is geformuleerd als een *alternatief* voor een artikel 7-beschikking waar de Commissie, binnen de haar toekomende discretionaire ruimte, voor kan kiezen. Uitgangspunt is echter steeds dat een toezeggingsbeschikking wordt genomen ter afsluiting van een procedure die ook tot een verbodsbeschikking zou kunnen leiden. Zo bezien is het belangrijkste verschil tussen beide bepalingen dus met name gelegen in de 'voorlopige beoordeling'. Het Hof van Justitie geeft in de zaak *Alrosa* geen uitwerking van dit begrip, hetgeen te betreuren is omdat daarmee de reikwijdte van het onderscheid tussen artikel 7 en artikel 9 onduidelijk blijft. Duidelijk lijkt in elk geval wel dat aan de voorlopige beoordeling niet de eisen gesteld hoeven te worden die gelden voor punten van bezwaar, maar het is evenmin een oppervlakkig document. Dit lijkt ook te volgen uit de, ook door het Hof van Justitie aangehaalde dertiende overweging in de considerans van Verordening (EG) 1/2003, waarin onder meer wordt gesteld:

> '(...) 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. (...)'

Het feit dat geen conclusie behoeft te worden getrokken omtrent het al dan niet gepleegd zijn van inbreuken duidt op de mogelijkheid van een meer oppervlakkig onderzoek. Onderzoek zal er echter hoe dan ook gedaan moeten worden. Raadpleging van de tot nu toe genomen artikel 9-beschikkingen laat zien dat deze weliswaar aanmerkelijk korter zijn dan sommige 'gewone' beschikkingen, maar niettemin wel tientallen pagina's beslaan en een tamelijk volledige analyse bevatten. Bovendien komt ook een toezeggingsbeschikking niet 'uit de lucht vallen' maar zal er integendeel in de regel het nodige onderzoek aan vooraf zijn gegaan (zo ook in de *Alrosa*-zaak waar tussen melding en uiteindelijke beschikking ruim vier jaar verstreken), hetgeen ook nodig is, wil een redelijk voldragen resultaat aan een markttoets kunnen worden onderworpen en een bruikbare basis voor toezeggingen zijn. In de *Best Practices* formuleert de Commissie het als volgt:

> '107. Pursuant to Article 9 of Regulation 1/2003 the Commission summarises in the Preliminary Assessment the main facts of the case and identifies the competition concerns that would warrant a decision requiring that the infringement is brought to an end.
>
> 108. The Preliminary Assessment will serve as a basis for the parties to formulate appropriate commitments addressing the competition concerns expressed by the Commission, or to define previously discussed commitments better.
>
> 109. In case a Statement of Objections was sent to the parties, it is not excluded that commitments may still be accepted. In these circumstances, a Statement of Objections fulfils the requirements of a Preliminary Assessment, as it contains a summary of the main facts as well as an assessment of the competition concerns identified.
>
> 110. The Commission and the undertaking(s) concerned may decide at any moment during the commitment discussions to discontinue the negotiations.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> The Commission will then normally continue formal proceedings pursuant to Article 7 of Regulation 1/2003.'

Kortom, ook de voorlopige beoordeling moet voldoende aanknopingspunten bieden voor partijen en zal doorgaans op uitgebreid onderzoek zijn gebaseerd. Dat laat de overwegingen inzake proceseconomie en efficiency onverlet, omdat ook aanzienlijke tijdwinst geboekt wordt wanneer een op zich uitgebreid onderzoek met toezeggingen kan worden 'kortgesloten'. De door het Hof van Justitie gesignaleerde voordelen die inherent zouden zijn aan het instrument, zijn dus ook met een meer omvangrijk onderzoek te verenigen.

Ook de overweging dat nu het partijen zelf zijn die de toezeggingen doen, zij ook willens en wetens aanvaarden in verdergaande mate gebonden te raken dan anders het geval zou zijn geweest, overtuigt niet zonder meer. De overwegingen van het Hof van Justitie vertonen inhoudelijk een tamelijk grote gelijkenis met de toetsingsmaatstaf voor remedies in het concentratietoezicht, met name in de eerste fase: grote terughoudendheid gelet op de discretionaire marge van de Commissie en de noodzaak de voorlopig gesignaleerde problemen met een paar klappen buiten gevecht te stellen, waarbij zonodig enige *overkill* op de koop toe moet worden genomen, te meer nu het uiteindelijk partijen zelf zijn die bepalen waar voor hen de grens ligt. De toezeggingsbeschikking van artikel 9 is evenwel een instrument voor *handhaving* door de Commissie, in het kader van een onderzoek dat de Commissie uit eigen beweging of naar aanleiding van een klacht entameert en waarin wordt overwogen eenverbodsbeschikking op te leggen – toch een voorwaarde alvorens voor het alternatief van de toezeggingsbeschikking kan worden geopteerd. Ook de tijdsdruk die inherent is aan concentratietoezicht ontbreekt. Dit is toch een andere situatie dan die waarin partijen eigener beweging een voorgenomen concentratie ter beoordeling aan de Commissie voorleggen (en ook dan komt geregeld voor dat partijen zich onder druk gezet voelen).

Bovendien wordt bij de rechterlijke toetsing van concentratiebesluiten de eigenlijke concurrentieanalyse van de Commissie aan een zelfstandige en meer intensieve toetsing onderworpen. De beoordeling van de vraag of de Commissie vervolgens terecht al dan niet bepaalde remedies heeft willen aanvaarden staat daar los van. Uit de zaak *Alrosa* lijkt te volgen dat dat bij toezeggingsbeschikkingen anders ligt: de rechterlijke beoordeling van toezeggingsbesluiten is dan immers beperkt tot een met grote terughoudendheid uit te voeren toetsing van de vraag of de Commissie de toezeggingen juist beoordeeld heeft. Daarmee wordt ook op het punt van de materiële analyse een zeer terughoudende toets aangelegd.

Zoals hiervoor opgemerkt is de toezeggingsbeschikking een populair handhavingsinstrument aan het worden, dat onder meer in prominente artikel 102-zaken is gehanteerd. Deze bepaling is tevens de *final frontier* van de economisering van het mededingingsrecht, nu niettegenstaande de door de Commissie beleden wens naar een meer *effects-based* toepassing de Luxemburgse rechtspraak onverkort blijft vasthouden aan het sinds de vroege jaren zeventig ontwikkelde stramien. Dit is nog onlangs bevestigd in een aantal uitspraken van het Gerecht. Mede in het licht van de prioriteringsrichtsnoeren uit 2009[5] bestond enige hoop dat de rechter tot een meer effectgerichte benadering te bewegen zou zijn. Die hoop is ijdel gebleken. Zo bijvoorbeeld in de zaak *Tomra*[6] waarin de kortingssystematiek van een leverancier van *reverse vending machines* (de apparaten in de supermarkt waar lege flessen tegen een statiegeldbon kunnen worden omgeruild) aan de orde was. Het Gerecht bevestigt een *per se* benadering waarin toetsing van de daadwerkelijke effecten hoogstens een extra is (r.o. 289):

> 'Om schending van artikel 82 EG vast te stellen behoeft immers niet te worden aangetoond dat het betrokken misbruik een concreet gevolg heeft gehad op de betrokken markten. Het volstaat het aan te tonen dat de als misbruik aangemerkte gedraging van de onderneming met een machtspositie ingaat tegen de mededinging, of anders gezegd dat de gedraging naar de aard ervan een beperking van de mededinging tot gevolg kan hebben (arrest Michelin II, punt 239, en British Airways/Commissie, reeds aangehaald, punt 293).'

Ook in het kort daarvoor gewezen arrest in *AstraZeneca* bevestigt het Gerecht dat het uitgaat van een per se benadering: [7]

> 'The applicants claim that an abuse of a dominant position can be identified only where the behaviour in question has a direct effect on competition and that, in this case, the unlawful SPC applications had only remote effects on competition. In this respect, the Court would point out that it is not at all apparent from the case-law that, in order to constitute an abuse of a dominant position, behaviour must have a direct effect on competition. In a situation such as that of the present case, where the practices in question – if they are established – cannot, in any way, be regarded as being covered by normal competition between products on the basis of an undertaking's performance, it is sufficient for it to be established that, in view of the economic or regulatory context of which those practices form part, they are capable of restricting competition. Thus, the ability of the practice in question to restrict competition may be indirect, provided that it is shown to the requisite legal standard that it is actually liable to restrict competition.'

5. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, Pb. EU 2009, C 45, p. 7-20.
6. GvEA 9 september 2010, zaak T-155/06, n.n.g.
7. GvEA 1 juli 2010, zaak T-321/05, n.n.g., r.o. 376.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Beide uitspraken verdienen uiteraard afzonderlijke bespreking, maar in relatie tot de zaak *Alrosa* verdient opmerking dat een *per se* benadering in artikel 102-zaken kan leiden tot navenant lagere eisen aan de, reeds zeer terughoudend getoetste, voorlopige beoordeling in die zaken waarin de Commissie besluit aan te sturen op toezeggingen om een eind te maken aan wat zij zal percipiëren als per se inbreuken op artikel 102. Het is wellicht niet te zeer overdreven hierin een gevaar te zien voor *cease and desist-orders* van de Commissie over de band van artikel 9, die vrijwel aan rechterlijke toetsing onttrokken zullen zijn. De onder meer door Forrester[8] indringend gesignaleerde terugtred van de communautaire rechter in mededingingszaken zou zo nog versterkt worden.

Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Alrosa* heeft een aantal aspecten van het nog jonge, maar toenemend populaire handhavingsinstrument van artikel 9 Verordening (EG) 1/2003 opgehelderd – met name wordt de ook elders in het mededingingsrecht te signaleren rechterlijke terugtred ook op dit terrein bevestigd. Zeker in combinatie met de in artikel 102 gevolgde *per se* benadering kan dit problematisch zijn uit een oogpunt van rechtsbescherming. Tal van vragen resteren nog en zullen door de praktijk verder moeten worden ontwikkeld, nu het maar de vraag is of de rechtspraak in de toekomst nog veel richting zal kunnen geven gezien de door het Hof van Justitie als principe geponeerde terughoudende toetsing. Al met al is dat naar mijn mening geen goede zaak.

8. 'A bush in need of pruning – the luxuriant growht of light judicial review', www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2009/2009-COMPETITION-Forrester.pdf