

MEDEDINGING

Rechtspraak

Het arrest *Alrosa*: een gepolijst raamwerk voor de toezeggingsbeschikking

Mr. J.M.M. van de Hel

In het arrest *Alrosa* heeft het Gerecht van Eerste Aanleg zich voor het eerst uitgesproken over een toezeggingsbeschikking van de Europese Commissie in het kader van een procedure op grond artikel 81 en 82 EG-Verdrag. Het arrest verduidelijkt het toetsingskader bij de beoordeling van toezeggingen van ondernemingen en geeft meer inzicht in de beroepsmogelijkheden voor ondernemingen tegen een toezeggingsbeschikking en de mate waarin een dergelijke beschikking door het Gerecht wordt getoetst. De belangrijkste overwegingen uit het arrest en de gevolgen voor de praktijk worden hieronder besproken.

Gerecht van Eerste Aanleg, arrest van 11 juli 2007, T-170/06, Alrosa Company Limited tegen Commissie, n.n.g.

De toezeggingsbeschikking

Met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 betreffende de toepassing van artikel 81 en 82 EG-Verdrag heeft de Europese Commissie (hierna: 'Commissie') de bevoegdheid gekregen om de toezegging van een onderneming zich voortaan van concurrentie beperkend gedrag te onthouden bindend te verklaren en het lopende onderzoek naar de betreffende onderneming te beëindigen.¹ Deze bevoegdheid past in de doelstelling van Verordening 1/2003 om de efficiëntie van de handhaving van de mededingingsregels te vergroten door de Commissie meer kans te geven prioriteiten te stellen en zich te richten op de meest ernstige schendingen van het mededingingsrecht.

Deze bevoegdheid is niet nieuw. Ook vóór de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 had de Commissie de mogelijkheid onder voorwaarden af te zien van het instellen van een procedure tot beëindiging van een inbreuk op artikel 81 en/of 82 EG-Verdrag. De Commissie beschikt immers bij de beslissing of een inbreukprocedure wordt gestart en welke prioriteiten daarbij worden gesteld over de nodige discretionaire ruimte.² Dit brengt met zich dat de Commissie ook de mogelijkheid heeft een lopend onderzoek te beëindigen indien de noodzaak hiervoor is verdwenen, bijvoorbeeld omdat de

betrokken onderneming bepaalde toezeggingen heeft gedaan. De Commissie heeft in het verleden enkele keren van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Een voorbeeld is de beëindiging van het onderzoek naar vermeend misbruik van een economische machtspositie door computerfabrikant IBM midden jaren tachtig nadat door partijen de toezegging was gedaan bepaalde technische informatie aan derden openbaar te maken en bepaalde producten niet langer gebundeld aan te bieden.³

Aan het 'oude' systeem kleefden een aantal bezwaren. Niet-naleving door een onderneming van de toezeggingen kon namelijk niet worden beboet tenzij het onderzoek werd heropend. Bij gebrek aan een wettelijke regeling was echter niet duidelijk onder welke omstandigheden de procedure kon worden heropend. Ook werd onder het 'oude' systeem geen rekening gehouden met de belangen van derden. Zo was er bijvoorbeeld voor derden geen mogelijkheid om over een voorgenomen informele schikking door de Commissie te worden gehoord.

Met de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 is de mogelijkheid voor de Commissie om onder voorwaarden onderzoeken te beëindigen geformaliseerd en is geprobeerd de bezwaren van het 'oude' systeem te ondervangen. De kern van de procedure is vastgelegd in artikel 9 lid 1 van Verordening 1/2003:

'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 in haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, kan de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter verleent. 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.'

Mr. J.M.M. van de Hel is advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Amsterdam.

¹ Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* Nr. L 001 van 04/01/2003 p. 001-0025.

² Zie HvJEG 18 september 1992 zaak T-24/90, *Automec II*, *Jur.* I-2250.

³ Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid (XIV) 1984, punt 94-95. Voor andere voorbeelden zie R. Wish, *Competition Law*, 2003, p. 210.

Indien een onderneming toezeggingen heeft gedaan is de Commissie verplicht alle mededingingsautoriteiten van de lidstaten een afschrift van de belangrijkste documenten toe te zenden die zij met het oog op de voorgenomen beschikking heeft verzameld en een adviescomité met vertegenwoordigers van de mededingingsautoriteiten te raadplegen.⁴ Ook verplicht Verordening 1/2003 tot openbaarmaking van een beknopte samenvatting van de zaak en de hoofdlijnen van de voorgestelde toezeggingen. Belanghebbenden kunnen vervolgens hun opmerkingen binnen een door de Commissie vastgestelde periode (van ten minste één maand) kenbaar maken.⁵

Verordening 1/2003 biedt de Commissie de mogelijkheid om in de toezeggingsbeschikking aan de betreffende onderneming een dwangsom op te leggen van ten hoogste 5% van de (gemiddelde) dagomzet voor elke dag waarmee de in de beschikking vastgestelde termijn voor het nakomen van de toezeggingen wordt overschreden.⁶ Ook is in Verordening 1/2003 duidelijk vastgelegd dat de Commissie de procedure kan heropenen indien blijkt dat er een wezenlijke verandering in de feiten is opgetreden, de onderneming de Commissie onjuiste of misleidende informatie heeft verstrekt of in strijd met de gedane toezeggingen heeft gehandeld.⁷ De Commissie kan in dat geval alsnog de beëindiging van de inbreuk gelasten en een 'gewone' geldboete opleggen.⁸

Zowel voor de Commissie als voor ondernemingen levert het afdoen van een procedure door middel van een toezeggingsbeschikking verschillende voordelen op. Voor de Commissie is het belangrijkste voordeel dat schendingen van het mededingingsrecht op effectieve en efficiënte wijze kunnen worden afgedaan. Het is in dit geval niet langer noodzakelijk een diepgaand en tijdrovend onderzoek te verrichten en een lange administratieve procedure te doorlopen.

Voor ondernemingen is het belangrijkste voordeel dat via een toezeggingsbeschikking aan een nader onderzoek en daarmee aan een geldboete van de Commissie kan worden ontkomen. Bijkomend voordeel voor ondernemingen is dat eventuele gedupeerden minder middelen in handen krijgen om succesvol een schadevergoedingsactie in te stellen. Ook kan hiermee negatieve publiciteit worden vermeden. Daarnaast geeft het ondernemingen de mogelijkheid enige grip op de procedure te krijgen en geeft het hen de kans om met de Commissie over de toezeggingen te onderhandelen. Dit kan mogelijk tot een minder bezwaarlijke uitkomst leiden dan wanneer de Commissie zelfstandig bepaalde maatregelen zou hebben opgelegd. Verder geldt natuurlijk ook voor ondernemingen dat op deze manier een kostbare en tijdrovende administratieve procedure bij de Commissie en (eventueel) de Europese rechter wordt vermeden. Overigens heeft de Commissie aangegeven dat alleen niet-evidente of minder ernstige schendingen door middel van een toezeggingsbeschikking kunnen worden afgedaan.⁹ Ondernemingen die betrokken zijn (geweest) bij *hardcore* kartelinbreuken (zoals prijsafspraken of een marktverdelingsafspraken) kunnen hoogstens via de nieuwe schikkingsprocedure van de Commissie voor een verlaging van de boete in aanmerking komen.¹⁰

Aan een toezeggingsbeschikking van de Commissie kleven echter ook nadelen. Het belangrijkste nadeel is het risico dat ondernemingen zichzelf onnodig beperken door toezeggingen te doen terwijl de Commissie in het geheel niet in staat zou zijn te bewijzen dat sprake is van een schending van artikel 81 en/of 82 EG-Verdrag. Dit zou een negatief effect op de open markteconomie kunnen hebben. Een ander nadeel is dat Verordening 1/2003 onverlet laat dat nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties zelfstandig een

onderzoek kunnen instellen en eventueel een boete kunnen opleggen.¹¹ Voor ondernemingen is verder belangrijk dat een toezeggingsbeschikking derden er niet van zal (kunnen) weerhouden een civiele schadevordering tegen de betrokken onderneming in te stellen.¹²

Met de wettelijke introductie van de mogelijkheid voor de Commissie om onder voorwaarden onderzoeken te beëindigen zijn de bezwaren tegen het 'oude' systeem grotendeels ondervangen. Daar staat echter tegenover dat de introductie van de toezeggingsbeschikking nieuwe vragen heeft opgeroepen. Eén van de vragen is in hoeverre kan worden voorkomen dat de Commissie misbruik van haar macht maakt door van ondernemingen – onder dreiging van het instellen van een nader onderzoek en het opleggen van een boete – verdergaande toezeggingen te verlangen dan strikt noodzakelijk is om de vermeende inbreuk te beëindigen of de zorgen van de Commissie weg te nemen. In dit verband is relevant of – en in hoeverre – bij toezeggingsbeschikkingen het evenredigheidsbeginsel onverkort geldt. Deze vraag komt onder andere aan de orde in het onderhavige arrest. Ook heeft de introductie van de toezeggingsbeschikking verschillende procedurele vragen opgeroepen waaronder de vraag of derden recht hebben op toegang tot het dossier en om door de Commissie te worden gehoord. Daarnaast is de vraag gesteld of – en zo ja, door welke partijen – tegen een toezeggingsbeschikking succesvol beroep kan worden ingesteld en in welke mate een dergelijke beschikking door de Europese rechter kan worden getoetst.¹³

⁴ Artikel 11 lid 2 en artikel 14 lid 1 en 2 Verordening 1/2003.

⁵ Artikel 27 lid 5 Verordening 1/2003.

⁶ Artikel 24 lid 1 letter c Verordening 1/2003.

⁷ Artikel 9 lid 2 Verordening 1/2003.

⁸ Artikel 7 en 23 Verordening 1/2003. Voor een nadere uiteenzetting over toezeggingsbeschikkingen, zie o.a.: J. Temple Lang, 'Commitment decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspects of a new Kind of Competition Decision', *ECLR* 2003, 24(8), p. 348-350; M. Sousa Ferro, 'Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions', *ECLR* 2005(8), p. 451-459; W.W. Geursen, 'De toezegging als alternatieve handhavingmethode: niet repressief maar oplossingsgericht', *AM* 2005, nr. 8, p. 185-189; W.P.J. Wils, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003', *World Competition* 2006 29(3), p. 4 e.v.; C.J. Cook, 'Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9', *World Competition* 2006 29(2), p. 212-213; M.J. Frese, 'Het toezeggingsbesluit; kenmerken van een nieuw handhavinginstrument', *M&M* 2007, nr. 2, p. 40.

⁹ Commissie Memo 04/217. Zie in dit verband ook considerans 13 Verordening 1/2003.

¹⁰ Verordening (EG) nr. 662/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004, wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken, *Pb.* Nr. L 171/3 van 07/01/2007 p. 003-005.

¹¹ Considerans 13 Verordening 1/2003.

¹² In dit geval zal overigens door de betrokken derde moeten worden aangetoond dat sprake is geweest van een inbreuk op de mededingingsregels. Voor een nadere uiteenzetting over de voor- en nadelen van toezeggingsbeschikkingen, zie o.a. C.J. Cook, a.h.w., p. 212-213; M.S. Ferro, a.h.w., p. 457; M.J. Frese, a.h.w., p. 43.

¹³ Zie o.a. M.F. Furse, 'The Decision to Commit', *ECLR* 2004, nr. 1, p. 5; J. Temple Lang, a.h.w., p. 355; M.S. Ferro, a.h.w., p. 451; W.P.J. Wils, a.h.w. p. 22.

Tot op heden heeft de Commissie elf zaken met een toezeggingsbeschikking afgedaan.¹⁴ Alleen in de onderhavige zaak is tegen de beschikking van de Commissie beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: 'Gerecht') ingesteld. Het is dan ook voor het eerst dat het Gerecht in de gelegenheid is gesteld zich over de hiervoor genoemde onduidelijkheden uit te spreken. Na een uiteenzetting van de feiten worden hieronder de belangrijkste overwegingen uit het arrest *Alrosa* en de gevolgen voor de praktijk besproken.

Feiten

Het Zuid-Afrikaanse/Luxemburgse bedrijf De Beers en het Russische bedrijf Alrosa, respectievelijk de nummers één en twee op de wereldmarkt voor ruwe diamanten, hebben eind 2001 een vijfjarige overeenkomst gesloten waarbij Alrosa zich verplichtte jaarlijks ter waarde van US\$ 800 miljoen ruwe diamanten aan De Beers te leveren. Deze waarde kwam overeen met ongeveer de helft van de totale jaarproductie van Alrosa en met de gehele jaarproductie die destijds door Alrosa uit het (voormalige) Gemeenebest van Onafhankelijke Staten (hierna: 'GOS') werd uitgevoerd. Begin 2002 hebben partijen deze overeenkomst – onder het oude regime – bij de Commissie aangemeld voor een negatieve verklaring dan wel ontheffing van het kartelverbod.

De Commissie vermoedde echter dat De Beers over een economische machtspositie op de markt voor ruwe diamanten beschikte en dat de overeenkomst *de facto* betekende dat De Beers alle door Alrosa geëxporteerde diamanten in handen zou krijgen. Dit kon De Beers de mogelijkheid geven een aanzienlijk deel van de markt te controleren en haar marktaandeel verder te vergroten. Tevens zou Alrosa als concurrent van De Beers (buiten het GOS) worden geëlimineerd. Dit kon de groei en ontwikkeling van de concurrentie op de markt voor ruwe diamanten beperken. Daarnaast vermoedde de Commissie dat de overeenkomst de concurrentie zou kunnen beperken omdat De Beers als gevolg hiervan als distributeur voor de helft van de jaarlijkse productie van haar grootste concurrent zou optreden. Om deze redenen heeft de Commissie twee procedures geïnitieerd: één procedure gebaseerd op het verbod van misbruik van een economische machtspositie (artikel 82 EG-Verdrag) en één procedure gebaseerd op het kartelverbod (artikel 81 EG-Verdrag). De eerste procedure had alleen betrekking op De Beers.¹⁵

Met het oog op de toepassing van artikel 9 van Verordening 1/2003 stelden De Beers en Alrosa eind 2004 in het kader van de

procedure op grond van het kartelverbod aan de Commissie voor de levering van ruwe diamanten door Alrosa aan De Beers geleidelijk af te bouwen tot een waarde van US\$ 275 miljoen vanaf het jaar 2010. De Commissie verzocht partijen echter verdergaande toezeggingen te doen nadat zij diverse negatieve reacties van marktpartijen op de voorgestelde toezeggingen had ontvangen.

Begin 2006 stelde De Beers in het kader van de procedure op grond van het verbod van misbruik van een economische machtspositie eenzijdig voor om de levering van ruwe diamanten door Alrosa geleidelijk af te bouwen en de levering vanaf het jaar 2009 geheel te beëindigen. De Commissie heeft deze eenzijdige toezeggingen van De Beers vervolgens aan Alrosa gezonden en Alrosa verzocht haar opmerkingen daarover kenbaar te maken. Alrosa en de Commissie hebben daarna enkele keren overleg gevoerd over onder meer de toegang tot het dossier, de rechten van verdediging en het recht van Alrosa om te worden gehoord. Daarnaast heeft Alrosa schriftelijk gereageerd op de individuele toezeggingen van De Beers en de opmerkingen van derden. Vervolgens heeft de Commissie bij beschikking gericht tot De Beers de toezeggingen van De Beers verbindend verklaard en beide procedures gesloten.

Aangezien Alrosa door deze toezeggingsbeschikking haar belangrijkste handelspartner (buiten het GOS) dreigde kwijt te raken heeft Alrosa vervolgens beroep ingesteld bij het Gerecht strekkende tot vernietiging van de beschikking. De gronden van beroep van Alrosa kwamen er in grote lijnen op neer dat de beschikking in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel en dat de Commissie bij het nemen van de beschikking het recht van Alrosa om te worden gehoord zou hebben geschonden.

Arrest

In het arrest buigt het Gerecht zich over de centrale vraag of de Commissie bij de toepassing van artikel 9 van Verordening 1/2003 tot naleving van het evenredigheidsbeginsel verplicht is en of de toezeggingsbeschikking gericht tot de Beers in strijd met dit beginsel tot stand is gekomen.

Toepasselijkheid evenredigheidsbeginsel?

Het Gerecht stelt voorop dat de Commissie bij de toepassing van artikel 9 van Verordening 1/2003 tot naleving van het evenredigheidsbeginsel is verplicht, ook al wordt dit beginsel niet in het artikel genoemd. Artikel 9 van Verordening 1/2003 wijkt daarmee af van artikel 7 van Verordening 1/2003 – op grond waarvan de Commissie de beëindiging van een inbreuk kan gelasten – waarin dit beginsel wel is vastgelegd. Dit verschil doet volgens het Gerecht niet terzake. Het Gerecht memoreert aan het feit dat het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is. Volgens het Gerecht is het doel van beide artikelen hetzelfde en valt het samen met het hoofddoel van Verordening 1/2003, namelijk een doeltreffender handhaving van de mededingingsregels. Om dit te kunnen bereiken beschikt de Commissie bij haar keuze om één van de twee artikelen toe te passen over een beoordelingsmarge. Deze beoordelingsmarge ontslaat de Commissie echter niet van haar verplichting tot naleving van het evenredigheidsbeginsel wanneer zij toezeggingen van ondernemingen bindend verklaart.

Het Gerecht herinnert er vervolgens aan dat het evenredigheidsbeginsel volgens vaste rechtspraak verlangt dat handelingen van de Commissie niet verder mogen gaan dan voor het te bereiken

¹⁴ Distrigaz, zaak 37966; Duitse Bundesliga, zaak 37.214; Fiat, zaak 39.141; Daimler Chrysler, zaak 39.140; General Motors, zaak 39.143; Toyota, zaak 39.142; Cannes Overeenkomst, zaak 38.681; Coca-Cola, zaak 39.116; De Beers, zaak 38.381; Repsol, zaak 38.348; Engelse Premier League, zaak 38.173. De Commissie heeft onlangs bekend gemaakt dat E.ON en RWE toezeggingen hebben aangeboden in het kader van het onderzoek van de Commissie in de energiesector, zie MEMO/08/132 en MEMO 08/355.

¹⁵ Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de Commissie in dezelfde periode bezwaar heeft gemaakt tegen het toenmalige distributiestelsel van De Beers. Nadat De Beers haar distributiestelsel had aangepast heeft de Commissie de procedure beëindigd. Tegen deze beschikking van de Commissie is door belanghebbenden beroep ingesteld bij het Gerecht (zaak T-104/07 en zaak T-108/07). Aangezien deze kwestie los staat van de onderhavige zaak wordt hier verder aan voorbijgegaan.

doel passend en noodzakelijk is (arresten *Air Inter*¹⁶ en *Van den Bergh Foods*¹⁷). Indien een keuze tussen meerdere maatregelen mogelijk is, dient die maatregel te worden gekozen die de minste belasting met zich brengt en dienen de veroorzaakte nadelen niet onevenredig zwaar te zijn. De controle van de evenredigheid van een maatregel is volgens het Gerecht dan ook een objectieve controle aangezien het passende en noodzakelijke karakter van de maatregel moet worden getoetst aan het beoogde doel. Volgens het Gerecht dient hierbij in het geval van een toezeggingsbeschikking onder andere in aanmerking te worden genomen dat:

- de beschikking tot doel heeft tegemoet te komen aan de bezorgdheden van de Commissie die rechtvaardigen dat zij voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven;
- de Commissie weliswaar niet is gehouden het bestaan van een inbreuk aan te tonen, maar dat zij wel het bestaan van haar bezorgdheden moet aantonen. Dit verlangt een marktanalyse en een vaststelling – hoewel niet definitief – van de inbreuk, hetgeen controle van het passende karakter van de toezegging mogelijk maakt;
- het in strijd met de opzet van Verordening 1/2003 is indien de Commissie een toezeggingsbeschikking neemt die in het licht van een beschikking tot beëindiging van een inbreuk als niet-evenredig kan worden aangemerkt.

Volgens het Gerecht ontslaat ook het vrijwillige karakter van toezeggingen de Commissie niet van inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Dat een onderneming om haar moverende redenen van mening is dat het op een gegeven moment wenselijk is bepaalde toezeggingen te doen, betekent volgens het Gerecht niet dat die toezeggingen daarom noodzakelijk zijn.

Dat toezeggingen door ondernemingen zelf worden voorgesteld, beperkt volgens het Gerecht ook niet het rechterlijk toezicht op toezeggingsbeschikkingen. De mate van rechterlijk toezicht hangt af van de beoordelingsmarge die aan een beschikking ten grondslag ligt. Een beperkte rechterlijke controle is voorbehouden aan beschikkingen die op een ingewikkelde economische beoordeling berusten, behalve op gebieden waar het bestaan van een discretionaire bevoegdheid van wezenlijk belang is voor de uitoefening van de bevoegdheden (arrest *Tetra Laval*¹⁸). Het Gerecht brengt in dit verband in herinnering dat de Commissie op het gebied van het concentratietoezicht over een ruime beoordelingsmarge beschikt (arrest *ARD*¹⁹). Het rechterlijk toezicht is in dit geval beperkt tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout dan wel van misbruik van bevoegdheid (arrest *Aalborg Portland*²⁰). Dit wordt gerechtvaardigd door het toekomstgerichte karakter van de economische analyse van de concentratie die door de Commissie dient te worden verricht (arrest *Gencor*²¹). Een dergelijke rechtvaardiging geldt niet automatisch voor een procedure op grond van Verordening 1/2003. De analyse die de Commissie in het kader van een dergelijke procedure moet verrichten, ongeacht of het gaat om een procedure op grond van artikel 7 of artikel 9 van Verordening 1/2003, heeft betrekking op bestaande praktijken. Dit sluit volgens het Gerecht niet uit dat een ingewikkelde economische beoordeling noodzakelijk is maar maakt niet mogelijk dat bij gebreke van een dergelijke economische beoordeling het rechterlijk toezicht hoe dan ook tot kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie beperkt is. Het Gerecht is dan ook van oordeel dat dient te worden nagegaan of de bij beschikking ver-

bindend verklaarde toezeggingen van De Beers passend en noodzakelijk zijn om het in het kader van de voorlopige beoordeling van de Commissie vastgestelde misbruik te doen beëindigen.

Toeze-gingsbeschikking De Beers in strijd met evenredigheidsbeginsel?

Teneinde te kunnen beoordelen of de toezeggingsbeschikking gericht tot De Beers in strijd met het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen, stelt het Gerecht aan de hand van de punten van bezwaar allereerst vast dat de Commissie tot doel had een einde te maken aan gedragingen die Alrosa beletten zich als effectieve concurrent op de markt te positioneren en derden toegang tot een alternatieve bevoorradingsbron te geven. Volgens de Commissie was een handelsverbod tussen De Beers en Alrosa de enige manier om dit doel te bereiken en waren alternatieve oplossingen moeilijk te vinden. Hiervoor zou volgens de Commissie een ingewikkelde economische beoordeling noodzakelijk zijn geweest, hetgeen artikel 9 van Verordening 1/2003 juist beoogt te voorkomen. Dit argument wordt door het Gerecht verworpen.

Het Gerecht ziet in het verweer van de Commissie allereerst de bevestiging dat in deze zaak dus geen ingewikkelde economische analyse is verricht die een beperking van het rechterlijk toezicht kan rechtvaardigen. Het Gerecht herhaalt vervolgens dat de Commissie in het kader van een toezeggingsbeschikking weliswaar niet is verplicht het bewijs van de vermeende inbreuk te leveren, maar dat dit de Commissie niet ontslaat van de verplichting voldoende analytische gegevens te verzamelen teneinde een effectieve rechterlijke toetsing van de evenredigheid van de beschikking mogelijk te maken. Vervolgens stelt het Gerecht vast dat de beschikking gericht tot De Beers hoe dan ook op een kennelijke beoordelingsfout berust. Volgens het Gerecht waren er minder belastende oplossingen mogelijk geweest en hadden zich geen technische moeilijkheden voor gedaan op grond waarvan de Commissie zich aan een nader onderzoek van deze oplossingen kon onttrekken.

Het Gerecht herinnert er in dit verband aan dat het binden van kopers door een onderneming met een economische machtspositie, in de zin dat zij zich verplichten voor al of voor een groot deel van hun behoeften uitsluitend bij de betreffende onderneming te bevoorraden, misbruik van een economische machtspositie kan opleveren (arrest *Hoffman-La Roche*²²). Dit betekent volgens het Gerecht dat het feit dat De Beers de gehele uit het GOS uitgevoerde productie van Alrosa voor zichzelf reserveerde, misbruik van een economische machtspositie kan vormen. Volgens het Gerecht was dan ook de

¹⁶ GvEA arrest van 19 juni 1997, zaak T-260/94, *Air Inter/Commissie*, *Jur.* II-997, punt 144.

¹⁷ GvEA arrest van 23 oktober 2003, zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commissie*, *Jur.* II-4653, punt 201.

¹⁸ HvJEG arrest van 15 februari 2005, *Commissie/Tetra Laval*, C-12/03 P, *Jur.* I-987, punt 38-40.

¹⁹ GvEA arrest van 30 september 2003, *ARD/Commissie*, T-158/00, *Jur.* II-3825, punt 328-329.

²⁰ HvJEG arrest van 7 januari 2004, *Aalborg Portland/Commissie*, gevoegde zaken C-204/00 P, *Jur.* I-123, punt 279.

²¹ GvEA arrest van 25 maart 1999, *Gencor/Commissie*, T-102/96, *Jur.* II-753, punt 163.

²² HvJEG, arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffman-La Roche/Commissie*, *Jur.* 461, punt. 89.

beste oplossing geweest partijen te verbieden nog langer overeenkomsten te sluiten waardoor De Beers de gehele of een aanzienlijk deel van de uit het GOS uitgevoerde productie van Alrosa voor zichzelf kon reserveren, zonder dat het direct noodzakelijk was alle aankopen door De Beers van de door Alrosa geproduceerde diamanten te verbieden.

Vervolgens verwijst het Gerecht naar het feit dat partijen de Commissie eind 2004 hadden voorgesteld de levering van ruwe diamanten geleidelijk af te bouwen tot een waarde van US\$ 275 miljoen vanaf het jaar 2010. De Commissie heeft niet uitgelegd waarom deze gezamenlijke toezegging ongeschikt was om aan de bezwaren van de Commissie tegemoet te komen. Hoewel de Commissie op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 niet verplicht is aangeboden toezeggingen verbindend te verklaren en haar standpunt hieromtrent te motiveren, verlangt het evenredigheidsbeginsel echter wel dat, indien de Commissie bekend is met minder belastende maatregelen, eerst dient te worden onderzocht of deze maatregelen geschikt zijn alvorens voor de strengere maatregelen kan worden gekozen.

Volgens het Gerecht kwamen de door partijen voorgestelde toezeggingen tegemoet aan de bezorgdheden van de Commissie. Zelfs indien dit niet het geval zou zijn geweest, was het naar het oordeel van het Gerecht tenminste mogelijk geweest de toezeggingen aan te passen zonder dat het noodzakelijk was partijen te verplichten alle handelsbetrekkingen te beëindigen. De Commissie dient zich weliswaar niet in de plaats van partijen te stellen bij het aanpassen van toezeggingen, maar niets belet de Commissie om de voorgestelde toezeggingen slechts gedeeltelijk of in bepaalde mate verbindend te verklaren. Daarbij merkt het Gerecht ten overvloede nog op dat ook indien De Beers op grond van artikel 7 van Verordening 1/2003 zou worden verplicht alle handelsbetrekkingen met Alrosa te beëindigen dit in strijd met het evenredigheidsbeginsel zou zijn geweest. Alleen uitzonderlijke omstandigheden – bijvoorbeeld indien ondernemingen over een collectieve machtspositie beschikken – kunnen volgens het Gerecht rechtvaardigen dat het ondernemingen door middel van een toezeggingsbeschikking wordt verboden contractuele betrekkingen met elkaar aan te knopen. Van dergelijke omstandigheden was geen sprake.

Het verweer van de Commissie dat de verkoop van de voorgestelde hoeveelheid diamanten ertoe zou leiden dat Alrosa niet met De Beers zou kunnen concurreren omdat zij hierdoor geen regelmatige levering van aanzienlijke hoeveelheden ruwe diamanten aan derden kon aanbieden, wordt door het Gerecht bij gebrek aan bewijs terzijde geschoven. Ook het verweer van de Commissie dat De Beers de diamanten van Alrosa zou kunnen gebruiken om marktlieder te blijven, slaagt niet. Het Gerecht herinnert eraan dat artikel 82 EG-Verdrag niet tot doel heeft machtsposities te verbieden maar uitsluitend het misbruik daarvan. Van een onderneming met een machtspositie kan niet worden verlangd dat zij geen aankopen doet die haar in staat stellen haar positie op de markt te handhaven of te versterken indien daarbij geen gebruik wordt gemaakt van met de mededingingsregels onverenigbare methoden. De verplichting van de Commissie om alle handelsbetrekkingen tussen partijen te staken had volgens het Gerecht duidelijk tot doel De Beers als marktlieder te verzwakken. Hiervoor biedt artikel 82 EG-Verdrag geen grondslag.

Het Gerecht oordeelt dan ook dat Alrosa terecht heeft gesteld dat een algeheel handelsverbod tussen De Beers en Alrosa verderging dan voor het beoogde doel noodzakelijk was en dat er alterna-

tieve – minder belastende – oplossingen bestonden die wel evenredig waren. De Commissie had niet mogen weigeren deze alternatieve oplossingen in haar beoordeling mee te nemen maar zij had juist moeten onderzoeken of deze alternatieven uitvoerbaar waren. Het beroep van Alrosa op het evenredigheidsbeginsel wordt daarom gegrond verklaard.

Schending recht Alrosa te worden gehoord?

Ten overvloede gaat het Gerecht vervolgens nog in op het middel dat het recht van Alrosa te worden gehoord zou zijn geschonden. Het Gerecht stelt voorop dat Alrosa geen 'klaagster' en ook geen 'betrokken onderneming' in de zin van Verordening 1/2003 is. Dit betekent volgens het Gerecht echter niet dat Alrosa als een eenvoudige 'belanghebbende derde' dient te worden beschouwd, aan wie enkel het recht is toegekend opmerkingen aan de Commissie kenbaar te maken. Alrosa was een contractant van De Beers in het kader van een langdurige handelsbetrekking waaraan de beschikking van de Commissie een einde maakte. Daarbij was Alrosa betrokken bij beide procedures die door de Commissie waren ingeleid. Bovendien hadden zowel de Commissie als partijen de twee procedures de facto steeds als één enkele procedure behandeld. Het Gerecht is onder deze omstandigheden van oordeel dat aan Alrosa dezelfde rechten als aan 'een betrokken onderneming' hadden moeten worden toegekend, ook al was Alrosa dit eigenlijk niet. Aan Alrosa kwam dan ook het recht toe door de Commissie te worden gehoord en het dossier van de Commissie in te zien.

Vervolgens stelt het Gerecht vast dat de Commissie heeft nagelaten aan Alrosa de wezenlijke feiten kenbaar te maken op basis waarvan de Commissie nieuwe toezeggingen van partijen verlangde. Alrosa had van de Commissie slechts summiere informatie ontvangen over de conclusies die de Commissie uit de opmerkingen van derden had getrokken. Daarnaast had de Commissie de opmerkingen van derden pas zes weken nadat Alrosa daarom had verzocht toegezonden. Het Gerecht stelt tevens vast dat de Commissie de opmerkingen van derden tegelijkertijd met een kopie van de individuele toezeggingen van De Beers had toegezonden, zodat het voor Alrosa onmogelijk was om daarop naar behoren te reageren en om nieuwe gezamenlijke toezeggingen met De Beers voor te stellen. Alrosa was daarom niet in de gelegenheid gesteld haar recht te worden gehoord ten volle te benutten. De beschikking van de Commissie wordt om deze redenen door het Gerecht vernietigd.

Commentaar

Uit dit arrest kunnen enkele algemene conclusies worden getrokken ten aanzien van het toetsingskader bij de beoordeling van toezeggingsbeschikkingen. Deze worden hieronder besproken. Daarbij worden enkele kanttekeningen geplaatst. Ten slotte zal worden ingegaan op de gevolgen van dit arrest voor de praktijk.

De belangrijkste conclusie is dat de Commissie ook bij het nemen van toezeggingsbeschikkingen aan het evenredigheidsbeginsel is gebonden. Een toezegging kan slechts verbindend worden verklaard voor zover deze passend en noodzakelijk is. Tevens is belangrijk dat het Gerecht van oordeel is dat het feit dat toezeggingen vrijwillig door ondernemingen worden aangedragen, niet inhoudt dat daarmee aan het evenredigheidsbeginsel is voldaan. Hieruit lijkt te volgen dat ook ondernemingen die de Commissie toezeggingen hebben gedaan de mogelijkheid hebben om in een beroepsprocedure

met succes te betogen dat de door hen aangedragen toezeggingen in strijd met het evenredigheidsbeginsel zijn.

Ook maakt het arrest duidelijk dat het Gerecht zich in beginsel niet terughoudend opstelt in haar beoordeling of een toezeggingsbeschikking aan het evenredigheidsbeginsel voldoet. Op grond hiervan lijkt dan ook de conclusie gerechtvaardigd dat de eerder genoemde vrees dat de Commissie misbruik van haar macht zou kunnen maken door van ondernemingen verdergaande toezeggingen te verlangen dan strikt noodzakelijk is, onterecht is geweest. Het Gerecht herinnert er aan dat een beschikking terughoudend dient te worden getoetst voorzover aan deze beschikking een economische analyse ten grondslag ligt. Het is interessant dat het Gerecht in dit verband aangeeft dat dit niet geldt voor concentratiebeschikkingen. Dergelijke beschikkingen worden per definitie terughoudend getoetst omdat de Commissie in deze zaken vanwege het toekomstgerichte karakter van de te verrichten economische analyse over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt. Het Gerecht maakt duidelijk dat hiervan geen sprake is in het geval van beschikkingen op grond van artikel 81 of 82 EG-Verdrag aangezien de in dit kader te verrichten analyses uitsluitend betrekking hebben op bestaande praktijken.

Verder is belangrijk dat het Gerecht overweegt dat derden onder omstandigheden recht hebben op toegang tot het dossier en om door de Commissie te kunnen worden gehoord. Dit is opmerkelijk omdat in Verordening 1/2003 dit recht niet aan derden is toegestaan. Het oordeel van het Gerecht komt voort uit de bijzondere positie van Alrosa in deze procedure. Alrosa was de handelspartner van De Beers en als zodanig betrokken bij beide procedures waarin door de Commissie werd geprobeerd aan de handelsrelatie tussen Alrosa en De Beers een einde te maken. Hiermee geeft het Gerecht dan ook blijk van een pragmatische houding ten aanzien van het recht voor derden om te worden gehoord en het dossier in te zien. Gelet op de bijzondere positie van Alrosa betwijfel ik echter of deze houding grote gevolgen voor de praktijk van de Commissie zal hebben.

Op het eerste gezicht is in ieder geval niet onbegrijpelijk dat het Gerecht van oordeel is dat een algemeen handelsverbod tussen De Beers en Alrosa verder ging dan voor het beoogde doel noodzakelijk was. Er waren immers evident minder vergaande oplossingen voorhanden die de Commissie niet heeft onderzocht. Het Gerecht geeft daarbij uitdrukkelijk aan dat een toezeggingsbeschikking zich er in beginsel niet voor leent ondernemingen te verbieden handelsrelaties met elkaar aan te gaan. Het is interessant dat het Gerecht in dit verband tevens overweegt dat van een onderneming met een economische machtspositie niet kan worden verlangd geen aankopen meer te doen waarmee zij haar positie op de markt zou kunnen handhaven of versterken. Dit is in lijn met vaste rechtspraak waaruit blijkt dat een dominante onderneming niet het recht verliest haar commerciële belangen te verdedigen en over de mogelijkheid beschikt om in de mate van het redelijke te handelen zoals zij zelf ter verdediging van haar belangen wenselijk acht.²³

Het is opmerkelijk dat het Gerecht vooropstelt dat De Beers in theorie wel misbruik van haar economische machtspositie had kunnen maken door (*de facto*) alle door Alrosa geëxporteerde diamanten voor zichzelf te reserveren. Het Gerecht memoreert in dit verband aan het arrest Hoffman-La Roche, waarin is bepaald dat het binden van kopers door een dominante leverancier misbruik van een economische machtspositie kan vormen. Dit betekent – andersom – volgens het Gerecht dat ook het binden van leveranciers door een dominante koper misbruik van een economische machtspositie kan vormen. Bij mijn weten is het de eerste keer dat in de Europese

rechtspraak expliciet wordt aangegeven dat een (*de facto*) exclusieve leveringsovereenkomst waarbij een dominante koper is betrokken misbruik van een economische machtspositie kan opleveren.

Ook is opvallend dat het Gerecht ten aanzien van de gezamenlijke toezegging van partijen de levering van diamanten geleidelijk tot een bepaalde waarde af te bouwen uitdrukkelijk aangeeft dat deze toezegging aan de bezwaren van de Commissie tegemoet kon komen. Het Gerecht overweegt hiertoe dat deze toezeggingen derden een effectieve toegang tot een alternatieve en onafhankelijke bevoorradingsbron konden geven waardoor een beperking van de concurrentie kon worden voorkomen. Dit suggereert dat bij de bepaling of sprake is van misbruik van een economische machtspositie de mate van marktafsluiting (*foreclosure*) van belang is. Dit zou betekenen dat het Gerecht afwijkt van eerdere (vaste) rechtspraak waarin deze suggestie steeds is verworpen en is aangegeven dat een dergelijke analyse niet behoeft te worden verricht.²⁴ Het verschil in benadering lijkt te kunnen worden verklaard doordat bij een onderzoek naar misbruik van een economische machtspositie dient te worden vastgesteld dat van misbruik sprake is terwijl bij een onderzoek naar een toezegging in het kader van misbruik van een economische machtspositie dient te worden onderzocht of met de toezegging misbruik kan worden voorkomen. In dit geval lijkt een dergelijke analyse welhaast onontbeerlijk.

Wat hier van zij, voor de Commissie heeft dit arrest tot gevolg dat zij bij het nemen van toezeggingsbeschikkingen voortaan duidelijk(er) het bestaan van haar bezorgdheden zal moeten aantonen en uitsluitend toezeggingen (geheel of gedeeltelijk) verbindend kan verklaren voorzover deze passend en noodzakelijk zijn om aan haar bezorgdheden tegemoet te kunnen komen. Hiervoor is een onderzoek naar de betreffende gedraging vereist. Bovendien zal in het geval er minder belastende maatregelen voorhanden zijn door de Commissie moeten worden onderzocht of met deze maatregelen kan worden volstaan. Dit betekent dat (minder ernstige) schendingen van het mededingingsrecht minder eenvoudig via een toezeggingsbeschikking kunnen worden afgedaan dan wellicht in eerste instantie door de Commissie zal zijn gedacht.

Interessant is de vraag of het arrest vergelijkbare gevolgen heeft voor de toezeggingspraktijk van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 'NMa'). Sinds vorig jaar beschikt ook de NMa over de wettelijke bevoegdheid onder voorwaarden af te zien van een onderzoek of een lopend onderzoek te beëindigen indien de betrokken onderneming toezegt een bepaalde gedragsverandering door te voeren. Voorop dient te worden gesteld dat de NMa bij het nemen van een besluit met name is gebonden aan de Algemene wet bestuursrecht en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een besluit van de NMa blijk dient te geven van een zorgvuldige voorbereiding en een draagkrachtige motivering waarmee de deugdelijkheid en evenredigheid van een besluit aannemelijk wordt gemaakt. Hieruit volgt mijns inziens dat de NMa ook bij het nemen van een toezeggingsbesluit steeds voldoende onderzoek naar de vermeende inbreuk en de toezeggingen dient te verrichten. Daarbij neem ik aan dat ook hier te lande geldt dat het feit dat een

²³ GvEA 30 januari 2007, zaak T-340/03, France Telecom/Commissie, n.n.g., punt 185.

²⁴ HvJEG arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie, zaak C-95/04, *Jur.* II-04071, punt 57-77; GvEA, arrest van 30 september 2003, Michelin/Commissie, zaak T-203/01, *Jur.* I-02331, punt 241.

onderneming uit zichzelf bepaalde toezeggingen heeft aangedragen niet betekent dat deze toezeggingen om die reden passend en noodzakelijk zijn.²⁵ Ook ligt voor de hand dat een toezeggingsbesluit van de NMa in beginsel niet terughoudend door de rechter zal worden getoetst. Het is in Nederland – in navolging van Europese jurisprudentie – vaste rechtspraak dat de NMa weliswaar een zekere beoordelingsvrijheid heeft in zijn waardering van de economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mededingingswet, maar dat besluiten van de NMa niettemin ‘indringend’ door de rechter worden beoordeeld.²⁶

Overigens lijkt de NMa zich bewust van de op haar rustende verplichting om ook bij toezeggingsbeschikkingen voldoende onderzoek naar de vermeende inbreuk en de aangedragen toezeggingen te verrichten. Dit blijkt uit het eerste toezeggingsbesluit van de NMa waarin de toezegging van enkele Amsterdamse kinderopvangorganisaties om zich voortaan van concurrentiebeperkend gedrag te onthouden werd aanvaard.²⁷ Aan het toezeggingsbesluit is een toelichting gehecht waarin uitvoerig wordt ingegaan op de door de NMa geconstateerde mededingingsrechtelijke bezwaren en de door partijen aangedragen toezeggingen. In de toelichting wordt tevens gemotiveerd waarom de toezeggingen van partijen tegemoet komen aan de door de NMa gesignaleerde problemen en waarom het nemen van een toezeggingsbesluit in dit geval passend en doelmatig is. Het is niet uitgesloten dat het onderhavige arrest hieraan ten grondslag heeft gelegen.

Slotopmerking

De Commissie heeft tegen het arrest hoger beroep ingesteld bij het Hof van Justitie. Voor de Commissie is dit uiteraard dé gelegenheid om de grenzen van haar bevoegdheden in het kader van toezeggingsbeschikkingen op te zoeken. Het is daarom afwachten of het hiervoor uiteengezette raamwerk voor de beoordeling van toezeggingsbeschikkingen zich nog verder zal uitkristalliseren.

²⁵ Interessant is in dit verband de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: ‘CBB’) ten aanzien van de door Wegener aangeboden remedies naar aanleiding van bezwaren van de NMa tegen de overname van VNU Dagbladen; CBB 5 december 2003, AWB 00/867 en 00/870, LJN: AD6693. Het CBB was in dit geval – anders dan de Rechtbank Rotterdam – van oordeel dat de remedies niet onevenredig waren omdat Wegener deze remedies zelf had voorgesteld en dus uitvoerbaar achtte. Hoewel dit een concentratiezaak betrof, lijkt mij dit oordeel van het CBB moeilijk houdbaar in het licht van het onderhavige arrest van het Gerecht.

²⁶ CBB 31 december 2007, Mobiele Operators / NMa, AWB 06/657, LJN: BC1396; CBB 27 september 2002, Essen en Edon / NMa, AWB 01/633, LJN: AE8688.

²⁷ Besluit NMa 30 juni 2008, zaaknummer 5709, Kinderopvang Amsterdam.