RETTENS DOM (Femte Afdeling)

14. april 2011 *

I sag T-461/07,

Visa Europe Ltd, London (Det Forenede Kongerige),

Visa International Service, Wilmington, Delaware (De Forenede Stater),

først ved S. Morris, QC, barristers H. Davies og A. Howard, solicitors V. Davies og H. Masters, derefter ved S. Morris og solicitor P. Scott, A. Howard, V. Davies og solicitor C. Thomas,

sagsøgere,

mod

Europa-Kommissionen, først ved F. Arbault, N. Khan og V. Bottka, derefter ved N. Khan og V. Bottka, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående principalt en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2007) 4471 endelig af 3. oktober 2007 om en procedure efter artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/D1/37860 — Morgan Stanley/Visa International og Visa Europe) og subsidiært en påstand om annullation eller nedsættelse af den bøde, som sagsøgerne blev pålagt ved denne beslutning,

har

RETTEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne V. Vadapalas og M. Prek (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig N. Rosner,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 20. maj 2010,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Visa International Service, der er registreret i De Forenede Stater, er en juridisk person, der drives med gevinst for øje, og som ejes af finansieringsinstitutter, der er

medlemmer deraf (herefter »Visa International«). Visa International forvalter og koordinerer det internationale system for betaling med kort af samme navn (herefter »Visa-systemet«), hvilket bl.a. omfatter fastsættelse af systemets regler og levering af autorisations- og clearingtjenester til finansieringsinstitutternes medlemmer. Ansvaret for udstedelse af Visa-kortene og indgåelse af aftaler om kortaccept med handlende om at acceptere disse kort påhviler medlemmerne af finansieringsinstitutterne.

2 Morgan Stanley (tidligere Morgan Stanley Dean Witter & Co., herefter »Morgan Stanley«) er et finansieringsinstitut, der er registreret i De Forenede Stater, hvor selskabet under hele den administrative procedure ejede kortsystemet Discover Card/Novus, der fungerede sammen med Discover-kortene (herefter »Discover-systemet«).

3 Den 23. februar 1999 oprettede Morgan Stanley et datterselskab i Det Forenede Kongerige, Morgan Stanley Bank International Ltd.

4 Den 22. marts 2000 blev Morgan Stanley informeret om, at selskabet ikke kunne blive medlem af Visa Internationals »EU-region«.

5 Den 12. april 2000 indgav Morgan Stanley en klage i henhold til artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), om, at der forelå en overtrædelse af artikel 81 EF og 82 EF, idet selskabet blev nægtet medlemskab af Visa Internationals »EU-region«. Morgen Stanley anlagde samtidig sag vedrørende den samme adfærd ved High Court of Justice (England & Wales). Dette søgsmål blev udsat på afslutningen af Europa-Kommissionens procedure.

6 Morgan Stanleys klage vedrørte anvendelsen på selskabet af bestemmelse 2.12, litra b), i Visa Internationals vedtægter (herefter »bestemmelsen«), hvis forskellige versioner var blevet meddelt Kommissionen. Bestemmelsen har fra den 4. december 1989 været affattet således: »Hvis den gældende lovgivning tillader det, kan bestyrelsen (herunder de regionale råd og gruppemedlemmerne) undlade at acceptere en kandidat som medlem, hvis denne betragtes som en konkurrent til selskabet.«

7 Før den 1. juli 2004 var beslutningskompetencen med hensyn til Visa Internationals »EU-region« — der foruden Den Europæiske Unions medlemsstater omfatter Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Tyrkiet og Israel — delegeret til Visa Internationals regionale bestyrelse for Den Europæiske Union. Denne kompetence blev fra den 1. juli 2004 udøvet af Visa Europe Ltd (herefter »Visa Europe«), som den regionale bestyrelse har givet enebeføjelse til at regulere alle forhold inden for »EU-regionen« og især til at beslutte, om en ansøgning om medlemskab af Visa Europe skal accepteres eller afslås. Bestemmelsen blev fra oktober 2004 gentaget i § 5, stk. 3, i Visa Europes medlemsbestemmelser.

8 Den 2. august 2004 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Visa International og Visa Europe (herefter »sagsøgerne«) for overtrædelse af artikel 81 EF. Den 3. december 2004 fremsendte sagsøgerne skriftlige bemærkninger til Kommissionens klagepunktsmeddelelse. Ved denne lejlighed anmodede de om en høring, men denne anmodning blev dog trukket tilbage den 5. april 2005.

9 Den 1. og 2. september, den 19. november og den 17. december 2007 fik sagsøgerne aktindsigt i Kommissionens sagsakter.

10 Den 15. oktober 2004 fremsendte Kommissionen en ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen til Morgan Stanley. Den 22. oktober 2004 fremsatte Morgan Stanley skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen. Sagsøgerne kommenterede disse bemærkninger den 23. februar 2005.

11 Den 23. december 2004 fremsendte Kommissionen den første sagsfremstilling (herefter »den første sagsfremstilling«) til sagsøgerne, som svarede ved skrivelser af 14. januar og 23. februar 2005.

12 Den 6. juli 2006 fremsendte Kommissionen endnu en sagsfremstilling (herefter »den anden sagsfremstilling«) til sagsøgerne, som svarede ved skrivelse af 22. september 2006.

13 Den 21. september 2006 indgik Morgan Stanley og sagsøgerne en aftale, hvorved det blev fastslået, at Morgan Stanley blev optaget som medlem af Visa Europe, og at klagen til Kommissionen blev trukket tilbage, og sagen ved High Court of Justice blev hævet.

14 Den 22. september 2006 blev Morgan Stanley medlem af Visa Europe og trak klagen til Kommissionen tilbage. Kommissionen fandt imidlertid, at den havde en legitim interesse i at vedtage en beslutning, der sanktionerer sagsøgernes konkurrencebegrænsende adfærd.

Den anfægtede beslutning

15 Den 3. oktober 2007 vedtog Kommissionen beslutning K(2007) 4471 endelig om en procedure i henhold til artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/D1/37860 — Morgan Stanley/Visa International og Visa Europe) (herefter »den anfægtede beslutning«), hvis væsentligste forhold gengives nedenfor.

A — *Afgrænsning af det relevante marked*

16 Kommissionen har fundet, at de tjenesteydelser, der blev leveret i forbindelse med betalingskortsystemet, kan opdeles i tre forskellige grupper:

— tjenesteydelser, der leveres ved et betalingskortssystem til finansieringsinstitutter, hvor de forskellige betalingskortsystemer konkurrerer

— tjenesteydelser, der leveres af de pengeinstitutter, der udsteder betalingskortene til kortindehaverne

— merchant acquiring-tjenester for transaktioner, der leveres til de erhvervsdrivende.

17 Heraf udledte Kommissionen, at der kan sondres mellem tre særskilte markeder: et forudliggende marked, bestående af netværkstjenester, hvor kortsystemerne leverer tjenester til forskellige finansieringsinstitutter, et første efterfølgende marked, hvor udstederne af betalingskort konkurrerer indbyrdes med hensyn til kortudstedelse og levering af tjenester i tilknytning hertil til privatpersoner (herefter »markedet for udstedelse«), et andet efterfølgende marked, hvor indløserne af de transaktioner, der foretages med kortene, konkurrerer med hensyn til at indgå indløsningsaftaler med de erhvervsdrivende om alle de tjenester, der er nødvendige for, at de erhvervsdrivende kan tage imod kortene (herefter »markedet for indløsning«).

18 Kommissionen understregede, at bestemmelsen kunne have konkurrencebegrænsende virkninger på de to efterfølgende markeder, og erklærede, at den udelukkende havde baseret sig på markedet for indløsning, hvor bestemmelsens konkurrencebegrænsende virkninger var mest mærkbare.

19 Kommissionen har dermed afgrænset det relevante marked som et marked for merchant acquiring-tjenester for transaktioner, der foretages med kreditkort og betalingskort med forskudt debitering, til de erhvervsdrivende i Det Forenede Kongerige (herefter »det relevante marked« eller »det pågældende marked«).

B — *Den anfægtede adfærd*

20 I 25. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen understreget, at den adfærd, der er foreholdt sagsøgerne, ikke var bestemmelsen i sig selv, men den omstændighed, at den blev anvendt på Morgan Stanley (herefter »den anfægtede adfærd«).

C — *Anvendelse af artikel 81 EF*

21 Kommissionen har for at nå frem til den konklusion, at den anfægtede adfærd er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, for det første fundet, at reglerne og bestemmelserne om rammerne for Visa-systemets drift (herunder Visa Internationals vedtægter og Visa Europes medlemsbestemmelser, der indeholder bestemmelsen) og beslutningen om at anvende disse regler på en virksomhed enten kan betragtes som en aftale mellem virksomheder eller som vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder. Kommissionen har baseret sig på den omstændighed, dels at sagsøgerne og deres medlemmer udøver økonomisk virksomhed og dermed er virksomheder som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, dels at sagsøgerne er »andre organisationer« (membership organisations).

22 Kommissionen har for det andet fundet, at den anfægtede adfærd havde konkurrencebegrænsende virkninger, idet den omstændighed, at Morgan Stanley ikke blev optaget i »EU-regionen« og derefter i Visa Europe (herefter samlet i »Visa«), bevirkede, at en potentiel konkurrent forhindredes i at indtræde på et marked med en høj koncentrationsgrad, og hvor konkurrencen havde kunnet være styrket uden at være ineffektiv.

23 Kommissionen har i denne forbindelse bemærket, at den omstændighed, at Morgan Stanley ikke blev optaget i Visa, ikke alene forhindrede selskabet i at deltage i Visatransaktioner, men generelt udelukkede selskabet fra det samlede marked for indløsning, herunder markedet for Mastercard-transaktioner. Kommissionen har baseret sig på den omstændighed, at de erhvervsdrivende ønskede at indgå aftaler om kortaccept for de mest udbredte kort i Det Forenede Kongerige, Visa og Mastercard, med en og samme indløser.

24 Kommissionen har i den anfægtede beslutning undersøgt muligheden — som sagsøgerne har fremført — for, at Morgan Stanley kan indtræde på markedet for indløsning ved at indgå et »fronting-arrangement« med et finansieringsinstitut, der er medlem af Visa. Kommissionen har defineret fronting-arrangementet i det væsentlige således, at det omfatter de omstændigheder, hvor medlemmet af Visa, fronting-partneren, er ophørt med sin merchant acquiring-virksomhed og har fungeret som en grænseflade mellem Visa og en erhvervende tredjemand, der ligeledes er den faktiske indløser, der bærer ansvaret for næsten alle elementer i merchant acquiring-tjenesten og bærer risikoen for den erhvervsdrivendes indkomststrømme. Kommissionen har konkluderet, at indgåelsen af et fronting-arrangement for et internationalt pengeinstitut som Morgan Stanley ikke udgjorde et effektivt middel til at indtræde på det relevante marked.

25 Som svar på sagsøgernes forskellige argumenter, der er fremsat under den administrative procedure med henblik på at begrunde den anfægtede adfærd, fandt Kommissionen, at det ikke var realistisk at antage, at Morgan Stanley kunne udvide sit Discover-system i EU og således konkurrere med Visa, når man først var aktiv på dette marked. Kommissionen finder ligeledes, at den omstændighed, at Morgan Stanley ikke blev optaget som medlem, ikke kan begrundes af hensynet til at undgå eventuelle »frihjulsproblemer« (free-riding) fra en direkte konkurrent til Visa, der således kan få adgang til fortrolige oplysninger. Kommissionen har i den forbindelse bemærket, at visse medlemmer af Visa har et system for kreditkort og betalingskort med forskudt debitering, der er i direkte konkurrence med Visa, og at bestemmelsen ikke er blevet anvendt på disse medlemmer.

26 Kommissionen har lagt til grund, at artikel 81, stk. 3, EF ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

27 Kommissionen fandt endelig, at den havde en legitim interesse i at vedtage en beslutning, der sanktionerer sagsøgernes konkurrencebegrænsende adfærd, selv om overtrædelsen ophørte den 22. september 2006 ved Morgan Stanleys optagelse som medlem af Visa.

D — *Beregning af bøden*

28 Selv om Kommissionen fandt, at overtrædelsen begyndte den 22. marts 2000 og varede i seks år og seks måneder, har den ved bødeberegningen taget udgangspunkt i en kortere periode fra datoen for klagepunktsmeddelelsen den 2. august 2004 til Morgan Stanley optagelse i Visa den 22. september 2006. Kommissionen har fundet, at overtrædelsen var alvorlig, og at der hverken forelå nogen skærpende eller formildende omstændigheder.

29 Artikel 1 og 2 i konklusionen i den anfægtede beslutning har følgende ordlyd:

»*Artikel 1*

[Visa International] og [Visa Europe] har — førstnævnte i perioden fra den 22. marts 2000 til den 22. september 2006, og sidstnævnte fra dets oprettelse den 1. juli 2004 til den 22. september 2006 — overtrådt EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 ved at forhindre [Morgan Stanley] i at blive optaget som medlem af Visa Europe.

Artikel 2

For ovennævnte overtrædelse pålægges [Visa International] og [Visa Europe], in solidum, en bøde på 10 200 000 EUR.«

Retsforskrifter

30 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 19. december 2007 har sagsøgerne anlagt nærværende sag.

31 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 24. juli 2009 har sagsøgerne i medfør af artikel 114, stk. 1, i Rettens procesreglement dels anmodet om, at der indledningsvis træffes afgørelse om sagernes formalitet med hensyn til visse argumenter og beviser, og dels foreslået, at der anordnes foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i medfør af procesreglementets artikel 64, stk. 4.

32 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 18. september 2009 har Kommissionen fremsat sine bemærkninger til sagsøgernes anmodninger.

33 Ved kendelse af 14. december 2009 har Retten (Femte Afdeling) besluttet at behandle sagsøgernes påstand i henhold til procesreglementets artikel 114, stk. 1.

34 Ved afgørelse truffet af Rettens præsident blev sammensætningen af Rettens Femte afdeling ændret med henblik på denne procedure.

35 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 stillet Kommissionen en række skriftlige spørgsmål. Kommissionen har besvaret spørgsmålene inden for den fastsatte frist.

36 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under retsmødet den 20. maj 2010.

Parternes påstande

37 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Principalt annulleres den anfægtede beslutning.

— Subsidiært annulleres den anfægtede beslutnings artikel 2.

— Mere subsidiært nedsættes den pålagte bøde til et rimeligt beløb.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — *Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning*

39 Til støtte for denne påstand har sagsøgerne fremsat tre anbringender.

40 Ved deres første og tredje anbringende bestrider sagsøgerne Kommissionens vurdering, hvorefter den anfægtede adfærd har konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

41 Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelsen af sagsøgernes ret til forsvar, idet det retlige kriterium, som Kommissionen har anvendt i den anfægtede beslutning i forbindelse med vurderingen af den anfægtede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger, adskiller sig fra det, der blev drøftet under den administrative procedure.

1. *Indledende spørgsmål*

a) Formaliteten med hensyn til visse argumenter og et dokument

42 Sagsøgerne har i deres skriftlige indlæg og ved særskilt dokument af 24. juli 2009, der er indgivet i medfør af procesreglementets artikel 114, stk. 1, gjort gældende, at Kommissionen både i den anfægtede beslutning og i sine skriftlige indlæg har baseret sig på argumenter og et dokument, om hvilke sagsøgerne ikke har haft mulighed for at fremsætte deres synspunkter under den administrative procedure. Der er dels tale om argumenter vedrørende Morgan Stanleys strategi, der er baseret på indløsningen hos de erhvervsdrivende af de transaktioner, der foretages med kreditkort, som Morgan Stanley har udstedt (herefter »strategien for indløsning af »on-us«-transaktioner«), dels om bilag 57 til den anden sagsfremstilling, der indeholder en fremstilling af Morgan Stanley med henblik på høringen.

43 For så vidt angår argumenterne om strategien for indløsning af »on-us«-transaktionerne har sagsøgerne gjort gældende, at de ikke er blevet fremsat af Kommissionen under den administrative procedure.

44 Hvad angår bilag 57 til den anden sagsfremstilling har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at de ikke har fået tilstrækkeligt kendskab til dette, da sagsfremstillingens brødtekst ikke henviser til dette bilag.

45 Kommissionen har anført, at den var berettiget til både i den anfægtede beslutning og i sine skriftlige indlæg at basere sig på disse argumenter og på dette dokument.

46 Retten skal tage stilling til, om disse argumenter og dette dokument kan antages til realitetsbehandling i forbindelse med undersøgelsen af de anbringender, som de vedrører.

b) Formaliteten med hensyn til bilaget til stævningen

47 Kommissionen bestrider, at bilag A5 til stævningen, der indeholder en kollektiv ekspertrapport, kan antages til realitetsbehandling (herefter »den kollektive ekspertrapport«).

48 Kommissionen har hævdet, at sagsøgerne har anført argumenter i den kollektive ekspertrapport, der ikke er indeholdt i stævningen, og at dette er i strid med bilagenes rent bevismæssige og instrumentale funktion.

49 Ifølge sagsøgerne er de anbringender og argumenter, som er fremført til støtte for den kollektive ekspertrapport, tilstrækkeligt fremført i stævningen, og dermed er procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), overholdt.

50 Stævningen skal ifølge artikel 21 i statutten for Domstolen og artikel 44, stk. 1, litra c), i procesreglementet indeholde søgsmålets genstand, påstandene og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. For at et søgsmål kan admitteres, er det ifølge fast

retspraksis nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt fremgår af selve stævningen. Selv om dennes indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte passager i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen. Det tilkommer endvidere ikke Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender og argumenter der kan antages at udgøre grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning (Jf. Rettens dom af 17.9.2007, sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, Sml. II, s. 3601, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

51 Det fremgår ganske vist i det foreliggende tilfælde, at de forskellige anbringender og argumenter, til støtte for hvilke der henvises til den kollektive ekspertrapport, er klart identificerbare i selve stævningen. Sagsøgerne henviser således til dette dokument i forbindelse med deres kritik af Kommissionens vurdering, hvorefter konkurrencen på det pågældende marked havde kunnet være styrket, for at benægte relevansen af de virkninger for konkurrencen, som et finansieringsinstituts indtræden på det pågældende marked tidligere kunne have, og til støtte for, at Kommissionen med urette har beskrevet Morgan Stanley som en effektiv, vigtig og erfaren aktør.

52 Det skal imidlertid bemærkes, at den kollektive ekspertrapport overskrider bilagenes rent bevismæssige og oplysningsmæssige funktion. En gennemlæsning af rapporten viser, at den ikke kun støtter eller udbygger faktiske og retlige omstændigheder, der udtrykkeligt påberåbes i selve stævningen, men indfører nye argumenter.

53 Retten skal derfor kun tage bilag A5 til stævningen i betragtning, for så vidt som det støtter eller supplerer de anbringender eller argumenter, som sagsøgerne udtrykkeligt

har fremsat som en del af hovedteksten i deres skriftlige indlæg, og for så vidt som det er muligt præcist at fastslå, hvilke punkter i bilaget der støtter eller supplerer de pågældende anbringender eller argumenter (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt i præmis 50 ovenfor, præmis 99).

2. *Det andet anbringende om tilsidesættelsen af sagsøgernes ret til forsvar*

a) Parternes argumenter

54 Sagsøgerne har kritiseret Kommissionen for at have ændret sin vurdering under den administrative procedure, uden at sagsøgerne har haft lejlighed til at gøre deres synspunkter gældende, hvilket udgør en tilsidesættelse af deres ret til forsvar, som bør medføre annullation af den anfægtede beslutning. I klagepunktsmeddelelsens afsnit 198-200 og afsnit 5-9 i den anden sagsfremstilling har Kommissionen begrundet de mærkbare virkninger på konkurrencen med den begrænsede konkurrence på markedet for indløsning. I 200. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen imidlertid udtalt for første gang, at den ikke betragter konkurrencen som ineffektiv på dette marked. Heraf udleder sagsøgerne, at Kommissionens vurdering er baseret på et kriterium, der for første gang er fastslået i den anfægtede beslutning, der anfører, at selv om der er en effektiv konkurrence på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige, kan konkurrencen være styrket yderligere.

55 Kommissionen finder, at der ikke er sket en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til at blive hørt.

b) Rettens bemærkninger

56 Det følger af retspraksis, at klagepunktsmeddelelsen skal være formuleret i vendinger, der, selv om de er kortfattede, er tilstrækkeligt klare til, at parterne reelt kan forstå, hvilken adfærd Kommissionen lægger dem til last (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-352/94, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. II, s. 1989, præmis 63). Retten til forsvar kræver i en procedure, der kan medføre sanktioner som den omtvistede, at de pågældende virksomheder og virksomhedssammenslutninger under den administrative procedure skal sættes i stand til at tage stilling til, om de faktiske forhold, klagepunkter og andre omstændigheder, som Kommissionen påberåber sig, virkelig foreligger og er relevante (Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 553). Dette krav er opfyldt, hvis beslutningen ikke beskylder de pågældende for andre overtrædelser end de i fremstillingen af klagepunkter nævnte og kun tager hensyn til faktiske omstændigheder, som de pågældende har haft lejlighed til at udtale sig om. Heraf følger, at Kommissionen kun kan tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke disse har haft lejlighed til at udtale sig (Rettens dom af 23.2.1994, forenede sager T-39/92 og T-40/92, CB og Europay mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 47).

57 Det følger ligeledes af fast retspraksis, at beslutningen ikke nødvendigvis skal være en nøjagtig kopi af klagepunktsmeddelelsen. Kommissionen skal nemlig i sin beslutning kunne tage hensyn til de berørte virksomheders svar på klagepunktsmeddelelsen. Den skal i denne henseende ikke blot kunne acceptere eller forkaste de pågældende virksomheders argumenter, men ligeledes foretage sin egen analyse af de faktiske omstændigheder, disse har fremført for enten at frafalde klagepunkter, der måtte vise sig ugrundede, eller for såvel faktisk som retligt at tilpasse eller supplere sin argumentation til støtte for de klagepunkter, den fastholder. Endvidere kan retten til forsvar kun findes at være blevet tilsidesat, hvis de berørte virksomheder i den endelige beslutning lægges andre overtrædelser til last, eller hvis der lægges andre faktiske omstændigheder til grund end i klagepunktsmeddelelsen Dette er ikke tilfældet, når de påståede forskelle mellem klagepunktsmeddelelsen og den endelige beslutning ikke drejer sig om andre handlinger end dem, som de berørte virksomheder allerede har udtalt sig om, og som derfor ikke vedrører eventuelle nye klagepunkter (jf. Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98, T-212/98 — T-214/98, Atlantic

Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 191 og den deri nævnte retspraksis).

58 Desuden er det for at påstå, at retten til forsvar er blevet tilsidesat for så vidt angår de klagepunkter, som er indeholdt i den anfægtede beslutning, ikke tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder blot påberåber sig, at der er forskelle mellem klagepunktsmeddelelsen og den anfægtede beslutning; de må præcist og konkret angive, hvordan hver enkelt af disse forskelle i det foreliggende tilfælde udgør et nyt klagepunkt, som de ikke har haft lejlighed til at udtale sig om. Problemet vedrørende en tilsidesættelse af retten til forsvar skal nemlig ifølge fast retspraksis undersøges ud fra de specielle omstændigheder i hvert enkelt tilfælde, eftersom det hænger nøje sammen med de klagepunkter, som Kommissionen har anført for at bevise den overtrædelse, som de pågældende virksomheder kritiseres for (jf. dommen i sagen Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 57 ovenfor, præmis 192 og den deri nævnte retspraksis).

59 I klagepunktsmeddelelsens afsnit 198-200 har Kommissionen baseret sig på visse kendetegn ved markedet og bl.a. dets betydelige koncentration for at fastslå, at konkurrencen var begrænset på markedet, især for så vidt angår indløsning af de transaktioner, der foretages hos små og mellemstore erhvervsdrivende.

60 I deres bemærkninger af 3. december 2004 har sagsøgerne bestridt Kommissionens vurdering og bl.a. henvist til nedsættelsen af de afgifter, der er pålagt de erhvervsdrivende, eller de erhvervsdrivendes lette adgang til at skifte indløser. Det er som svar på disse bemærkninger, at Kommissionen har i 200. betragtning til den anfægtede beslutning anført, at konkurrencen på markedet ikke er »ineffektiv«, og at den kan styrkes yderligere.

61 Det må fastslås, at Kommissionen ikke opstiller et nyt klagepunkt mod sagsøgerne i 200. betragtning til den anfægtede beslutning og ikke baserer sig på en ny faktisk omstændighed. Kommissionen har begrænset sig til at supplere sin vurdering under hensyntagen til sagsøgernes bemærkninger, og den er forpligtet til dette i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 56 og 57 ovenfor.

62 Denne ændring i den anfægtede beslutnings begrundelse i forhold til den begrundelse, der oprindeligt var anført i klagepunktsmeddelelsen, som langt fra er udtryk for en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar, viser således derimod, at sagsøgerne kan gøre deres synspunkter gældende med hensyn til Kommissionens klagepunkt, hvorefter den anfægtede adfærd havde konkurrencebegrænsende virkninger i forhold til det konkurrenceniveau, der findes på det pågældende marked.

63 Den omstændighed, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har baseret sig på muligheden for at styrke konkurrencen på det relevante marked, udgør således ikke en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar.

64 Det andet anbringende skal derfor forkastes.

3. *Det første og tredje anbringende, der bestrider, at den anfægtede adfærd er konkurrencebegrænsende*

65 Sagsøgerne bestrider Kommissionens vurdering af den anfægtede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Med det første anbringende benægter sagsøgerne, at den anfægtede adfærd har forhindret Morgan Stanley i at indtræde på markedet. Med det tredje anbringende kritiserer sagsøgerne

Kommissionens vurdering af de virkninger på konkurrencen, som Morgan Stanleys tilstedeværelse på dette marked kunne have.

66 Inden rigtigheden af disse to anbringender undersøges, skal det bemærkes, at sagsøgerne ikke i forbindelse med nærværende sag gentager de argumenter, der blev fremført under den administrative procedure, hvorefter anvendelsen af bestemmelsen på Morgan Stanley skyldtes, at Discover-systemet var konkurrent til Visas, og skaber således ikke tvivl om Kommissionens vurdering i den anfægtede beslutning, der benægter, at den anfægtede adfærd er objektivt begrundet.

67 Det følger af fast retspraksis, at vurderingen af en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis, i henhold til artikel 81, stk. 1, EF skal tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de varer eller tjenesteydelser, der er tale om, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer, medmindre der er tale om en aftale, som indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger, som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol. I sidstnævnte tilfælde er det nemlig kun i henhold til artikel 81, stk. 3 EF, at sådanne begrænsninger kan afvejes i forhold til de påståede konkurrencefremmende virkninger med henblik på at fritage aftalen fra forbuddet i samme artikels stk. 1 (jf. Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 136 og den deri nævnte retspraksis).

68 Undersøgelsen af konkurrencevilkårene er ikke alene baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence, således at det kan fastslås, om der i betragtning af markedsstrukturen og den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion er reelle og konkrete muligheder for, at de pågældende virksomheder

konkurrerer indbyrdes, eller for, at en ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 67 ovenfor, præmis 137).

69 Hvis en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må det undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder og den samordnede praksis ikke fandtes (jf. i denne retning Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

70 Hvad angår omfanget af domstolskontrollen med Kommissionens vurdering skal der henvises til fast retspraksis, hvorefter Unionens retsinstanser ganske vist generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende artikel 81, stk. 1, EF er opfyldt, men at den kontrol, som de udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, må begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt i præmis 69 ovenfor, præmis 34). Selv om det anerkendes, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn, indebærer dette imidlertid ikke, at Unionens retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, samt oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner (jf. dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt i præmis 50 ovenfor, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis).

71 Spørgsmålet, om sagsøgernes to anbringender skal tages til følge, skal vurderes i lyset af disse betragtninger.

a) Det første anbringende om Kommissionens manglende hensyntagen til muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde på det pågældende marked ved hjælp af et fronting-arrangement

Parternes argumenter

72 Det første anbringende fremføres af sagsøgerne som omfattende to led.

73 Sagsøgerne har med første led anført, at Kommissionens argumentation er behæftet med en retlig fejl som følge af anvendelsen af et urigtigt retligt kriterium, idet den har udelukket muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde ved hjælp af et fronting-arrangement, idet en sådan aftale dels ikke i praksis sikrer et pengeinstitut, såsom Morgan Stanley, den nødvendige grad af effektivitet for at indtræde på markedet, dels ikke for Morgan Stanley kan træde i stedet for indløsning i eget navn.

74 Med det andet led har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionens forskellige begrundelser er behæftet med fejl med hensyn til de faktiske omstændigheder og indeholder et åbenbart urigtigt skøn. Det er således for det første med urette, at Kommissionen har fundet, at fronting-arrangementerne ikke anvendes af de store internationale banker.

75 For det andet er argumentet om, at et fronting-arrangement ikke gjorde det muligt for Morgan Stanley at føre en strategi, der er baseret på samordningen af indløsning og udstedelse, fejlagtigt. Dette argument skal, for så vidt som det vedrører strategien for indløsning af »on-us«-transaktioner, afvises, i det omfang det er nævnt for første gang i den anfægtede beslutning, og sagsøgerne ikke fik kendskab til det under den administrative procedure.

76 For det tredje er det med urette, at Kommissionen har fastslået, at det var vanskeligt for Morgan Stanley at finde en fronting-partner. Kommissionen har for det første uden grund udelukket de store banker, der er aktive på markedet for indløsning, for det andet undervurderet muligheden for at finde en fronting-partner blandt medlemmer af Visa, der ikke er aktive på markedet for indløsning, og for det tredje set bort fra Morgan Stanleys mulighed for at indgå fronting-arrangementer med et udenlandsk pengeinstitut.

77 For det fjerde er det forkert at anføre, at fronting-arrangementer medfører yderligere omkostninger og kompleksitet. Sagsøgerne har bl.a. gjort gældende, at kapitel 2.10 i Visa Europes regionale vedtægter, som Kommissionen henviser til i den anfægtede beslutning, ikke finder anvendelse på fronting-arrangementer. Der bør desuden tages hensyn til, at medlemmerne af Visa ligeledes er udsat for omkostninger i forbindelse med marketing. Det følger af et vidnesudsagn fra en af lederne i et behandlingsselskab, at fronting-arrangementerne ikke er mindre effektive end en direkte indløsning som medlem af Visa, men derimod indebærer fordele for den faktiske indløser. Det er endelig med urette, at Kommissionen har anført, at der foreligger »yderligere virkningsløshed« ved indgåelsen af et fronting-arrangement, idet Morgan Stanley ligeledes er medlem af MasterCards betalingskortssystem (herefter »MasterCard-systemet«).

78 Kommissionen anser anbringendet for ugrundet.

Rettens bemærkninger

79 Det første anbringende indebærer, at det må undersøges, om og under hvilke omstændigheder Kommissionen kunne udlede af Morgan Stanleys mulighed for at indgå et fronting-arrangement med et medlem af Visa, at den anfægtede adfærd indebar, at selskabet blev udelukket fra det pågældende marked.

80 Det skal indledningsvis bemærkes, at parterne er enige om beskrivelsen af fronting-arrangementet i 110. betragtning til den anfægtede beslutning, der lyder således:

»Bankerne er ophørt med deres merchant acquiring-virksomhed og har derefter fungeret som en grænseflade (eller en »forside«) mellem på den ene side Visa og MasterCard og på den anden side en erhvervende tredjemand. Det er således den erhvervende tredjemand, der bærer ansvaret for næsten alle elementer i merchant acquiring-tjenesten og bærer risikoen for den erhvervsdrivendes indkomststrømme. For at sikre overholdelsen af VISA-systemets regler er de aftaler, der er indgået med de erhvervsdrivende, generelt trepartsaftaler mellem den erhvervsdrivende, den erhvervende tredjemand og det pengeinstitut, der er medlem af Visa/masterCard-systemet. Disse aftaler mellem det pengeinstitut, der er medlem af systemet, og en erhvervende tredjemand, der ikke er et pengeinstitut, kaldes undertiden »fronting-aftaler«.«

81 Som det således er nævnt i præmis 67 ovenfor, skal vurderingen af en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis i henhold til artikel 81, stk. 1, EF tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår

i, de varer eller tjenesteydelser, der er tale om, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.

82 Den omstændighed, at Visa-systemets regler forbeholder medlemmerne indløsning af de transaktioner, der foretages hos de erhvervsdrivende, udgør ganske vist et element i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvor den anfægtede adfærd skal vurderes. Der skal imidlertid ligeledes tages hensyn til de øvrige elementer, der afgør muligheden for at komme ind på det pågældende marked (jf. i denne retning og analogt Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 20).

83 I denne forbindelse er den omstændighed, at der foreligger en mulighed for de erhvervsdrivende, der ikke bestemmer over medlemmerne af Visa, for at indtræde på det pågældende marked ved at indgå et fronting-arrangement med et medlem af Visa, et element i den økonomiske og retlige sammenhæng, der i givet fald skulle have været taget i betragtning, hvis den havde udgjort en reel og konkret mulighed for Morgan Stanley til at indtræde på det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (jf. i denne retning og analogt Delimitis-dommen, nævnt i præmis 82 ovenfor, præmis 21).

84 For at undersøge, om indgåelsen af et fronting-arrangement med et medlem af Visa udgør en reel og konkret mulighed for Morgan Stanley til at indtræde på det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder, bør der tages hensyn til alle konkurrencevilkårene på det pågældende marked.

85 Det følger nødvendigvis heraf, at en mulighed for at indtræde på det pågældende marked, der i forhold til de nævnte betingelser er urealistisk eller teoretisk, ikke kan tages i betragtning.

86 Sagsøgerne har i forbindelse med det første led i anbringendet om, at Kommissionen har begået en retlig fejl, kritiseret de udtryk, som Kommissionen har anvendt i 212. betragtning til den anfægtede beslutning, der affattes således:

»Selv om de pengeinstititutter, der påtænker at indtræde på markedet for indløsning for transaktioner, der foretages med kreditkort og betalingskort med forskudt debitering til de erhvervsdrivende, i teorien kan gøre dette på grundlag af et fronting-arrangement, sikrer en sådan aftale ikke i praksis et pengeinstitut såsom Morgan Stanley den nødvendige grad af effektivitet til at indtræde på markedet, og kan ikke for Morgan Stanley træde i stedet for indløsning i eget navn.«

87 Det er ikke muligt at udlede af denne betragtning alene, at Kommissionen har begået en retlig fejl på grund af anvendelsen af et urigtigt retligt kriterium, da en sådan fejl kun kan opdages ved undersøgelsen af de begrundelser, hvorpå Kommissionen støtter sin konklusion, som bestrides i forbindelse med anbringendets andet led.

88 Dette anbringendes to led skal derfor undersøges samlet.

89 Kommissionen har i den anfægtede beslutning baseret sig på fire begrundelser vedrørende for det første den omstændighed, at fronting-arrangementerne ikke er anvendt af de store internationale banker, for det andet at det er umuligt for Morgan Stanley at føre en strategi, der er baseret på samordningen af indløsning og udstedelse ved hjælp af et fronting-arrangement, og for det tredje at det var vanskeligt for Morgan Stanley at finde en fronting-partner, og for det fjerde den kompleksitet og yderligere omkostninger, der er forbundet med denne type indløsning.

90 Det er i det foreliggende tilfælde tilstrækkeligt at undersøge berettigelsen af de grunde, som fremføres af Kommissionen vedrørende Morgan Stanleys vanskeligheder med hensyn til at finde en fronting-partner.

91 Det fremgår af eksemplerne på fronting-arrangementer, som er anført i den anfægtede beslutning, men også af de eksempler, sagsøgerne har fremført, at sådanne aftaler hovedsageligt blev indgået med de faktiske indløsere, der allerede befinder sig på markedet for indløsning — finansieringsinstitutter eller behandlingsselskaber — og således ikke har indebåret, at en ny konkurrent kan indtræde på det pågældende marked, men snarere har styrket den konkurrencemæssige position for dem, der allerede befinder sig på markedet.

92 De eneste eksempler på, at en ny konkurrent er indtrådt på markedet ved hjælp af et fronting-arrangement, vedrører de behandlingsselskaber, der råder over nære handelsforbindelser med det medlem af Visa, der fungerer som fronting-partner. Det må imidlertid fastslås, at Morgan Stanleys sitution i selskabets egenskab af finansieringsinstitut og dermed konkurrent til medlemmerne af Visa på andre markeder end markedet for indløsning, ikke kan sammenlignes med situationen for de behandlingsselskaber, der ikke udøver bankvirksomhed.

93 Under disse omstændigheder er den af sagsøgerne hævdede mulighed for Morgan Stanley — der er et finansieringsinstitut, som ikke er til stede på det pågældende marked — for at finde en fronting-partner blandt de store banker, der eventuelt er tilbøjelige til at forlade det pågældende marked, nemlig medlemmer af Visa, der ikke er aktive på dette marked eller en udenlandsk bank, der er medlem af Visa, der ønsker at åbne en bank i Det Forenede Kongerige, hovedsageligt af teoretisk og spekulativ karakter.

94 Det er således med rette, at Kommissionen har fundet, at det var vanskeligt for Morgan Stanley at finde en fronting-partner. Det skal bemærkes, at denne konstatering i sig selv begrunder, at Kommissionen udelukker muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde på det pågældende marked ved hjælp af et fronting-arrangement.

95 For fuldstændighedens skyld skal det bemærkes, at velbegrundetheden af Kommissionens konklusion bestyrkes af de anførte begrundelser om, at en indløsning i forbindelse med et fronting-arrangement er mere kompliceret og forbundet med større omkostninger end en indløsning som medlem af Visa.

96 Hvad for det første angår den omstændighed, at indløsning i forbindelse med et fronting-arrangement er mere kompliceret, bør der tages hensyn til konstateringen i 117. betragtning til den anfægtede beslutning, hvorefter de aftaler, der indgås med erhvervsdrivende i forbindelse med et fronting-arrangement, almindeligvis er trepartsaftaler, idet de også omfatter fronting-partneren. Det skal fastslås, at hvis sagsøgerne bestrider det præcise indhold af den faktiske indløsers forpligtelser i forbindelse med denne type aftaler, benægter de ikke de pågældende aftalers trepartssammensætning.

97 Kommissionen har ligeledes i det væsentlige i 118. betragtning til den anfægtede beslutning fundet, at fronting-partneren havde forpligtelser over for Visa, og at sådanne forpligtelser også var konkurrencebegrænsende for den faktiske indløser.

98 Sagsøgerne bestrider omfanget af disse forpligtelser og anfører, at kapitlet i Visa Europes vedtægter, som Kommissionen har lagt til grund, ikke finder anvendelse på de faktiske indløsere.

99 For det første skal det bemærkes, at sagsøgerne ikke har redegjort for de præcise regler om de respektive forpligtelser for fronting-partneren og den faktiske indløser, da formularen i bilaget til sagsøgernes replik ikke er tilstrækkeligt i den forbindelse.

100 For det andet skal det fastslås, at sagsøgerne ikke bestrider, at fronting-partneren fungerer som grænseflade mellem Visa og den faktiske indløser. Det kan imidlertid med rimelighed udledes af denne rolle som grænseflade, at der foreligger forpligtelser, der påhviler både fronting-partneren og den faktiske indløser, der ikke forefindes, når et medlem af Visa opererer direkte på markedet for indløsning.

101 Kommissionen har følgelig med rette kunnet fastslå, at indløsning i forbindelse med et fronting-arrangement var mere kompliceret end en indløsning som medlem af Visa, og uden at det er nødvendigt at tage stilling til relevansen og rigtigheden af Kommissionens vurdering, hvorefter indgåelse af et fronting-arrangement medfører »yderligere virkningsløshed«, fordi Morgan Stanleys er medlem af MasterCard-systemet.

102 Hvad for det andet angår de yderligere omkostninger, der er forbundet med indløsning gennem et fronting-arrangement, har Kommissionen henvist til den omstændighed, at den faktiske indløser ikke alene godtgør sin fronting-partner for købet af partnerens indløsningsportefølje, men ligeledes for betalingen af afgifter.

103 Sagsøgerne bestrider denne vurdering med den begrundelse, at et medlem af Visa, der opererer direkte på markedet for indløsning, ligeledes er underlagt udgifter, bl.a. i forbindelse med marketing. De afgifter, der betales af den faktiske indløser til fronting-partneren, er således modydelsen fra bl.a. fronting-partnerens kundehenvisninger.

104 Denne argumentation ændrer ikke ved rigtigheden af Kommissionens vurdering. Hvis en del af de betalte afgifter faktisk kan svare til de udgifter, som et medlem af Visa, der opererer direkte på markedet for indløsning, under alle omstændigheder har afholdt, kan Kommissionen imidlertid med rimelighed vurdere, at betalingerne til fronting-partneren ligeledes er modydelse for de ydede grænsefladetjenesteydelser og i det mindste delvis svarer til de udgifter, som et medlem af Visa, der opererer direkte på markedet for indløsning, ikke har afholdt.

105 Det er således uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn, at Kommissionen har anført, at indløsning gennem fronting-arrangement var mere kompliceret og dyrt end indløsning som medlem af Visa.

106 Som anført i præmis 84 ovenfor, er det i lyset af konkurrencevilkårene på det pågældende marked, at betydningen af disse betragtninger vedrørende sagsøgernes påstand om muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde på markedet ved hjælp af et fronting-arrangement, skal undersøges.

107 Det skal bemærkes, at Kommissionen har konstateret, at der foreligger to gunstige faktorer for en ny aktørs adgang til markedet, nemlig muligheden for at udøve konkurrence på andre variabler end prisen, navnlig kvaliteten af ydelsen, og de erhvervsdrivendes mulighed for under enkle og mindre omkostningsfulde procedurer at skifte indløser.

108 Kommissionen har imidlertid — uden at være blevet modsagt af sagsøgerne på dette punkt — også konstateret i den anfægtede beslutning, at den pågældende markedsstruktur var kendetegnet ved et højt koncentrationsniveau. Det følger således af 166.-168. betragtning til den anfægtede beslutning, at — på grundlag af oplysninger, der er i Kommissionens besiddelse —de to største indløsere i 2003 repræsenterede 61 % af markedet for indløsning, og de fire største indløsere repræsenterede 90 % af dette

marked, idet resten af markedet var delt mellem fire indløsere. Kommissionen har ligeledes i 169. betragtning til den anfægtede beslutning understreget en tendens til konsolidering af dette marked ved at henvise til den omstændighed, at flere indløsere af gennemsnitsstørrelse er ophørt med eller har uddelegeret deres merchant acquiring-virksomhed til et lille antal finansieringsinstitutter og behandlingsselskaber.

109 Det anføres desuden i den anfægtede beslutning, at den sidste indtræden på det pågældende marked går tilbage til 1996, og at ingen af de finansieringsinstitutter, som Kommissionen har henvendt sig til, påtænkte at indtræde på markedet.

110 Det skal dermed konstateres, at strukturen på markedet for indløsning — på trods af de to gunstige faktorer, som Kommissionen har lagt til grund for en ny aktørs adgang — gør Morgan Stanleys indtræden på det pågældende marked ved hjælp af et fronting-arrangement, der fra begyndelsen vil stille selskabet ringere i forhold til dets etablerede hovedkonkurrenter, mindre sandsynlig.

111 På baggrund af det ovenstående skal det konstateres, at Kommissionens konklusion, der udelukker muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde på det pågældende marked ved hjælp af et fronting-arrangement, er tilstrækkelig begrundet ved betragtningerne vedrørende vanskelighederne med at finde en fronting-partner og endvidere vedrørende den kompleksitet og yderligere omkostninger, der er forbundet med fronting-arrangementerne. Kommissionen har således ikke — i modsætning til hvad sagsøgerne har anført — anvendt et forkert retligt kriterium.

112 Under disse omstændigheder er det ikke nødvendigt at undersøge de øvrige kritikpunkter vedrørende Kommissionens begrundelser om, at de store internationale banker ikke anvender fronting-arrangementer, og at det er umuligt at føre en strategi, der er baseret på samordningen af indløsning og udstedelse. Det er således ikke nødvendigt at tage stilling til sagsøgernes formalitetsindsigelser vedrørende Kommissionens

argumenter om Morgan Stanlyes påståede vilje til at føre en strategi for indløsning af »on-us«-transaktioner.

113 Det første anbringende må derfor forkastes.

b) Det tredje anbringende om de virkninger på konkurrencen, som Morgan Stanleys tilstedeværelse på dette marked kunne have

114 Sagsøgerne har som led i dette anbringende for det første kritiseret Kommissionen for at have anvendt et forkert økonomisk og retligt kriterium med henblik på at vurdere den anfægtede adfærds virkninger på konkurrencen, og for det andet for at have undervurderet graden af konkurrence på det pågældende marked. Sagsøgerne kritiserer ligeledes Kommissionens vurdering af de virkninger på konkurrencen, som Morgan Stanleys indtræden på dette marked kunne have.

Anbringendets første led om anvendelsen af et forkert økonomisk og retligt kriterium

— Parternes argumenter

115 Sagsøgerne kritiserer Kommissionen for at have begået en retlig fejl ved at have anvendt et forkert økonomisk og retligt kriterium, nemlig »muligheden for at styrke den eksisterende konkurrence« på det pågældende marked, idet den dog anerkender denne konkurrences effektivitet.

116 Sagsøgerne har anført, at med udtrykket konkurrence i artikel 3, stk. 1, litra g), EF og artikel 81 EF menes en effektiv konkurrence. Det er ikke et mål i traktaten at sikre konkurrencen på et højere niveau end effektivitetsniveauet, og Kommissionen har anvendt et forkert kriterium ved at sanktionere den omstændighed, at Morgan Stanley ikke blev optaget af denne årsag.

117 Sagsøgerne har under henvisning til den kollektive ekspertrapport gjort gældende, at konkurrencen efter sin natur er en dynamisk proces, der konstant kan styrkes, uanset dens effektivitet. Kommissionens synspunkt svarer således til, at det konkluderes, at der aldrig kan være en effektiv konkurrence på et marked.

118 Hvad angår Kommissionens påstand i svarskriftet om, at indtræden på marked altid er blevet betragtet som konkurrencebegrænsende, har sagsøgerne indledningsvis anført, at påstanden ikke har støtte i retspraksis. Sagsøgerne anfører endvidere, at nævnte påstand svarer til at kritisere sagsøgerne for, at den anfægtede adfærd har haft til formål at begrænse konkurrencen, selv om den anfægtede beslutning er baseret på virkningerne af, at Morgan Stanley ikke fik adgang. Endelig har sagsøgerne bemærket, at en sådan vurdering er helt i strid med retspraksis, da den indebærer, at der kan foreligge begrænsninger uafhængigt af graden af konkurrencen på det pågældende marked. Vurderingen er også i strid med visse af Kommissionens dokumenter og navnlig Kommissionens retningslinjer vedrørende anvendelsen af artikel 81, stk. 3 [EF] (EUT 2004 C 101, s. 97). Det fremgår således af fodnote 31 i disse retningslinjer, at Kommissionens eget synspunkt er, at formålet med artikel 81 er at værne om konkurrencen på markedet til gavn for forbrugerne.

119 Sagsøgerne bestrider argumentet i svarskriftet om, at en ny konkurrents indtræden kan have virkninger på konkurrencen i visse undersektorer på det pågældende marked, der er vigtigere end dem, som det globale billede af markedet for indløsning tyder på. Dette argument er ganske vist anført i klagepunktsmeddelelsen, men er ikke

gentaget af Kommissionen i den anfægtede beslutning efter sagsøgernes afvisning af argumentet.

120 Kommissionen har bestridt sagsøgernes påstande.

— Rettens bemærkninger

121 Sagsøgerne støtter i det væsentlige deres påstand om, at der foreligger en retlig fejl, dels på, at Kommissionen i 200. betragtning til den anfægtede beslutning har anerkendt den manglende »ineffektivitet« ved konkurrencen på det pågældende marked, dels på, at der i 187. og 200. betragtning til den anfægtede beslutning nævnes muligheden for at »styrke konkurrencen« på det pågældende marked. Hvad angår sagsøgernes henvisning til den kollektive ekspertrapport bliver denne kun taget i betragtning inden for de i præmis 53 nævnte grænser.

122 For at undersøge rigtigheden af disse argumenter bør der tages hensyn til hele udviklingen i den anfægtede beslutning vedrørende vurderingen af den anfægtede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

123 Det følger heraf, at Kommissionen har baseret sig på adskillige forhold vedrørende dels den faktiske grad af konkurrence på det pågældende marked, dels den potentielle konkurrence. Hvad angår det første aspekt har Kommissionen — som allerede nævnt i præmis 108 og 109 ovenfor — fundet, at den pågældende markedsstruktur var kendetegnet ved et højt koncentrationsniveau og var ved at blive konsolideret. Hvad

angår den potentielle konkurrence fandt Kommissionen i det væsentlige i 169.-174. betragtning til den anfægtede beslutning, at beslutningen alene var rettet til de store banker eller de store, internationale behandlingsselskaber, der var i stand til at opnå mindstemålene for at blive konkurrenter til de faktiske indløsere. Kommissionen har bemærket, at Morgan Stanley udgjorde den eneste potentielle aktør, der har givet udtryk for at ville indtræde på nævnte marked.

124 Det må fastslås, at en sådan vurdering ikke er juridisk forkert som hævdet af sagsøgerne.

125 For det første bemærkes, at i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 68 ovenfor, er undersøgelsen af konkurrencevilkårene på et bestemt marked således ikke alene baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence.

126 For det andet fremgår det af Domstolens retspraksis, at artikel 81 EF i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres interesser, men ligeledes at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan (Domstolens dom af 4.6.2009, sag C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., Sml. I, s. 4529, præmis 38, og af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 9291, præmis 63).

127 Kommissionen har dermed ved at basere sin vurdering af den anfægtede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger på den potentielle konkurrence, som Morgan Stanley repræsenterer, og på den pågældende markedsstruktur foretaget en korrekt fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF og har således ikke begået en retlig fejl som hævdet af sagsøgerne.

128 Hvad nærmere angår 200. betragtning til den anfægtede beslutning udgør den som allerede nævnt i præmis 60-62 ovenfor alene Kommissionens anerkendelse — som svar på sagsøgernes argumenter, der blev fremført under den administrative procedure — af, at der foreligger en konkurrencegrad mellem aktørerne på det pågældende marked.

129 En sådan anerkendelse forhindrer imidlertid ikke, at den anfægtede adfærd har kunnet have konkurrencebegrænsende virkninger, således som Kommissionen har anført.

130 For det første medfører den omstændighed, at sagsøgernes argumentation tiltrædes, at vurderingen af den anfægtede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger indgår i undersøgelsen af den konkurrencegrad, der aktuelt findes på det pågældende marked. Det skal fastslås, at et sådan ræsonnement modsiger den retspraksis, der er nævnt i præmis 68 ovenfor, idet det påstår, at undersøgelsen af konkurrencevilkårene på et bestemt marked således ikke alene er baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence.

131 For det andet kunne Kommissionen i betragtning af det pågældende markeds kendetegn med rette antage, at en ny aktørs indtræden kunne styrke den konkurrence, der findes på et marked, der er kendetegnet ved en høj koncentrationsgrad. Anvendelsen af udtrykket »muligheden for at styrke konkurrencen« i 187. og 200. betragtning til den anfægtede beslutning er dermed ikke fejlagtig, som sagsøgerne påstår.

132 Anbringendets første led må følgelig forkastes.

Anbringendes andet led om en fejlagtig vurdering af graden af konkurrence på det pågældende marked

— Parternes argumenter

133 Sagsøgerne finder, at Kommissionen åbenlyst har undervurderet styrken af den konkurrence, der rent faktisk findes på markedet for indløsning. Selv om sagsøgerne er enige i størstedelen af de forhold, Kommissionen har taget i betragtning, har de kritiseret Kommissionen for at have vurderet dem forkert og have truffet en usammenhængende konklusion. En korrekt vurdering af disse forhold burde have ledt Kommissionen til at konkludere, at der foreligger en skærpet konkurrence på markedet for indløsning.

134 Kommissionen har for det første med urette fokuseret på antallet af aktører på det pågældende marked og dets tendens til konsolidering, for så vidt som sådanne indikatorer ikke i sig selv er bestemmende for vurderingen af konkurrenceniveauet på markedet. Ifølge sagsøgerne burde Kommissionen snarere have baseret sin vurdering på følgende konkurrenceindikatorer: muligheden for at indtræde på markedet, udviklingen af markedsandele, udviklingen af de omkostninger, de erhvervsdrivende betaler til deres erhvervende pengeinstitut, den ikke-prismæssige konkurrence og de erhvervsdrivendes udskiftning af indløsere.

135 For det andet kritiserer sagsøgerne Kommissionen for ikke at have draget konklusionerne på baggrund af det bevismateriale, sagsøgerne har fremlagt for den.

136 For det første har sagsøgerne f.eks. gjort gældende, at Kommissionen har anset de faktiske indløseres indtræden på markedet for et bidrag til en større konsolidering af markedet — idet de simpelthen har erstattet deres fronting-partnere på dette marked — selv om den anerkender, at disse nye aktører kan bidrage til forbedringen af merchant acquiring-tjenesten og nedsættelsen af deres omkostninger. Sagsøgerne har i den forbindelse anført, at det fremgår af selve den anfægtede beslutning, at visse faktiske indløsere har tilsluttet sig banker, der ikke udøver udstedelsesvirksomhed, eller udenlandske banker.

137 For det andet er det med urette, at Kommissionen, selv om den anerkender, at visse udenlandske banker er indtrådt på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige, har undgået dette fænomen, idet den har betegnet det som en »niche«, selv om det fremgår af det bevismateriale, som den er i besiddelse af, at de grænseoverskridende indløseres del af det samlede beløb er steget med 50 % mellem 2002 og 2004. Sagsøgerne kritiserer desuden i det væsentlige Kommissionen for at have begrænset vurderingen af den aktuelle konkurrence til de grænseoverskridende indløsere og dermed for at have forsømt den potentielle konkurrence, som de repræsenterer.

138 Sagsøgerne har for det tredje bemærket, at Kommissionen har anerkendt, at det pågældende marked er kendetegnet ved enkle og mindre omkostningsfulde procedurer for at skifte indløser, og har gjort gældende, at Kommissionen burde drage den konsekvens, at denne mulighed for udskiftning har styrket konkurrencen mellem de selskaber, der allerede er til stede på dette marked.

139 For det tredje har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for at have støttet sig på erfaringerne fra den sidste banks indtræden på det pågældende marked i 1996 uden at have undersøgt det konkurrenceniveau, der eksisterede på dette tidspunkt. Det fremgår imidlertid af den kollektive ekspertrapport, at konkurrencen på dette tidspunkt ikke var ligeså effektiv, hvilket fratager disse erfaringer enhver relevans.

140 Kommissionen har bestridt rigtigheden af sagsøgernes argumenter og nedlagt påstand om, at de forkastes.

— Rettens bemærkninger

141 Sagsøgerne finder i det væsentlige, at Kommissionen har undervurderet graden af både den aktuelle og den potentielle konkurrence, der findes på det pågældende marked. Sagsøgerne bestrider ligeledes, at Kommissionen har taget hensyn til konkurrencevirkningerne af den sidste indtræden på det pågældende marked i 1996.

142 Hvad for det første angår den aktuelle konkurrence på det pågældende marked skal det bemærkes, at Kommissionen med rette har kunnet basere sin vurdering på antallet af aktører, der er til stede på markedet, og dets tendens til konsolidering, da sådanne forhold, der er forbundet med det pågældende markeds struktur, henset til den retspraksis, der er nævnt i præmis 126 ovenfor, er særlig relevante.

143 Hvad nærmere angår de konkurrencevirkninger, som flere faktiske indløseres tilstedeværelse på det pågældende marked kan fremkalde, har Kommissionen i 115. betragtning til den anfægtede beslutning fundet, at for størstedelens vedkommende erstatter den faktiske indløser en bank, der er aktiv på markedet for indløsning. Kommissionen har ligeledes i det væsentlige i 169. betragtning til den anfægtede beslutning fundet, at tilstedeværelsen af de store banker og behandlingsselskaber, der optræder som faktiske indløsere, bidrager til en konsolidering af markedet, idet de har tendens til at genoptage virksomheden for de mindre indløsere, der ønsker at forlade dette marked.

144 Det må konstateres, at denne vurdering ikke forekommer åbenlyst forkert, og at sagsøgernes kritik i den henseende ikke er overbevisende. Den omstændighed, at de pågældende faktiske aktører kan bidrage til forbedringen af merchant acquiring-tjenesten og nedsættelsen af deres omkostninger, er således ikke i modstrid med Kommissionens fremgangsmåde, der er baseret på det pågældende markeds struktur.

145 Hvad angår de eksempler, som sagsøgerne har givet om de faktiske indløsere, der er forbundet med banker, der ikke udøver udstedelsesvirksomhed, eller udenlandske banker, skal de bemærkes, at disse aftaler ikke har ført til en ny aktørs indtræden på det pågældende marked, men til en styrkelse af stillingen for de indløsere, der allerede er til stede på det pågældende marked.

146 Hvad angår den omstændighed, at Kommissionen har anerkendt, at der foreligger enkle og mindre omkostningsfulde procedurer for at skifte indløser, er det tilstrækkelig at bemærke, som det er anført i præmis 129-131 ovenfor, at Kommissionen med rette kunne til antage, at der foreligger konkurrence mellem aktørerne på det pågældende marked, idet den konkluderer, at udelukkelsen af en potentiel konkurrent har haft konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

147 Hvad for det andet angår den potentielle konkurrence på det pågældende marked skal det bemærkes, at i 169.-174. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen vedrørende den høje koncentrationsgrad og den konsolidering, der er observeret på det pågældende marked, draget den konklusion, at den potentielle konkurrence kun kan medføre store banker eller de store, internationale behandlingsselskaber, der er i stand til at opnå den nødvendige størrelse for at blive konkurrenter til de faktiske indløsere. Kommissionen har navnlig taget hensyn til, at virksomhederne for at udøve deres merchant acquiring-virksomhed og være rentable skal kunne arbejde med betydelige mængder og opnå væsentlige stordriftsfordele. Kommissionen har i den forbindelse understreget, at hvad angår indløsning af transaktioner er det væsentligt,

at omsætningen i form af de erhvervede transaktioner er høj, da indløsernes hovedindtægt, nemlig de afgifter, der er pålagt de erhvervsdrivende, er beregnet som en procentdel af værdien af de foretagne transaktioner.

148 Kommissionen har på grundlag af den af sagsøgerne fremlagte liste vurderet, at Morgan Stanley, der er et nyt finansieringsinstitut, der er etableret i Det Forenede Kongerige, kan betragtes som en potentiel konkurrent. Sagsøgerne har ikke bestridt denne konstatering fra Kommissionen.

149 Sagsøgernes kritik vedrører således den manglende hensyntagen til den potentielle konkurrence, som de grænseoverskridende indløsere har medført. Det skal i den forbindelse anføres, at på trods af forhøjelsen af de grænseoverskridende indløseres andel mellem 2002 og 2004, som sagsøgerne henviser til, fremgår det af 65.-68. betragtning til den anfægtede beslutning, hvis rigtighed ikke anfægtes, at de vigtigste grænseoverskridende indløseres merchant acquiring-virksomhed i 2004 kun udgjorde 0,3 % af samtlige de handlende, der er tilsluttet. Henset til dette tal er det med rette, at Kommissionen har fundet, at konkurrencevilkårene mellem de forskellige nationale markeder for indløsning ikke var tilstrækkelig ensartede til, at den grænseoverskridende indløsning kan udøve et konkurrencepres på de aktører, der er til stede på det pågældende marked, og at vurderingen af den potentielle konkurrence dermed skal ske mellem de aktører, der er etableret på markedet i Det Forenede Kongerige.

150 Hvad for det tredje angår kritikken vedrørende Kommissionens hensyntagen til den sidste banks indtræden på det relevante marked i 1996 er det tilstrækkeligt at anføre, at Kommissionens fremgangsmåde, der består i at undersøge konkurrencevirkningerne af den sidste indtræden på det pågældende marked på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, ikke er baseret på en fejlagtig argumentation.

151 Det fremgår desuden af 181. betragtning til den anfægtede beslutning, at denne indtræden blev gennemført i forbindelse med et prisfald, som denne banks tilstedeværelse på dette marked havde medvirket til at fremskynde. Der findes således en ubestridelig lighed med markedssituationen i den pågældende periode, der ligeledes er kendetegnet ved et prisfald for de erhvervsdrivende. Et sådan eksempel har således til formål at godtgøre, at den omstændighed, at priserne falder på referencemarkedet på grund af konkurrencen mellem virksomhederne, der i øjeblikket er til stede på dette marked, ikke ændrer på de konkurrencevirkninger, som tilstedeværelsen af en ny aktør på dette marked kan have. Henset til omstændighederne i den foreliggende sag var det således særlig relevant.

152 Anbringendets andet led må derfor forkastes.

Anbringendets tredje led om en utilstrækkelig og fejlagtig undersøgelse af konkurrencevirkningerne af, at Morgan Stanley ikke blev optaget

— Parternes argumenter

153 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen har tilsidesat sin forpligtelse til at foretage en sammenlignende undersøgelse dels af konkurrencesituationen på det pågældende marked, hvis Morgan Stanley ikke er til stede, dels af, hvordan markedet ville have været, hvis Morgan Stanley var blevet optaget i Visa før september 2006.

154 Som et første klagepunkt har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for at have foretaget en retlig fejl, idet den ikke har anvendt de kriterier, der følger af dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 67 ovenfor, på Morgan Stanleys muligheder for at indtræde, da Kommissionen har stillet sig tilfreds med Morgan Stanleys erklærede hensigt om at indtræde på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige.

155 Sagsøgerne sammenligner Kommissionens undersøgelse af Morgan Stanleys muligheder for at indtræde på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige med den, der blev fulgt i den anfægtede beslutning, for så vidt angår den potentielle indtræden i Discover-systemet på det europæiske marked for betalingskortsystemer, som Kommissionen har henvist til i mangel af forhold, såsom bebudelse af en officiel indledning, der kan godtgøre iværksættelsen af en strategi for indtræden. Sagsøgerne finder, at dette udgør en streng anvendelse af de kriterier, der følger af Rettens dom af 3. april 2003, BaByliss mod Kommissionen (sag T-114/02, Sml. II, s. 1279), der er nævnt i den anfægtede beslutning. Sagsøgerne kritiserer Kommissionen for at have set bort fra disse kriterier, da den påtog sig at beslutte, om Morgan Stanley var en potentiel aktør på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige.

156 Den teoretiske karakter af Kommissionens undersøgelse er ligeledes i strid med Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EFT 2000 C 291, s. 1).

157 Som et andet klagepunkt har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for at have påstået, at Morgan Stanley, når selskabet først var medlem af Visa, ville være indtrådt på markedet for indløsning alene på grundlag af Morgan Stanleys påståede »faste hensigt«, der ikke er støttet af noget uafhængigt bevis. Sagsøgerne har anført, at Morgan Stanley ikke har anmodet om at blive optaget i Visa for at gennemføre en særlig strategi, der omfatter indløsning, således som Kommissionen hævder, men at Morgan Stanley alene var interesseret i muligheden for at udstede Visa-kort. Sagsøgerne bestrider i den forbindelse Kommissionens fortolkning af Morgan Stanleys klage.

158 Sagsøgerne har gjort gældende, at Morgan Stanleys erklærede hensigt om at indtræde på markedet for indløsning er fremsat efter klagen i et internt dokument, da strategiplanen om merchant acquiring-virksomhed i Europa er fra juni 2002, og at dette dokument ikke udgør bevis. Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at det andet dokument, som Kommissionens støtter sig til, nemlig Morgan Stanleys gennemførelsesprogram, er en del af bilag 57 til den anden sagsfremstilling og af de i præmis 42 og 44 nævne årsager skal afvises fra realitetsbehandling. Det kan under alle omstændigheder ikke tillægges bevisværdi. Sagsøgerne finder desuden, at det er med urette, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den omstændighed, at Morgan Stanley efter selskabets optagelse i Visa ikke har forsøgt at indtræde på markedet for indløsning, men at selskabet udelukkende har fokuseret på at udstede Visa-kort, hvilket ifølge sagsøgerne er dets egentlige formål.

159 Som et tredje klagepunkt har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for ikke selv at have undersøgt de mulige konkurrencevirkninger af Morgan Stanleys indtræden på det pågældende marked indgående. Kommissionens konklusioner vedrørende de positive virkninger, som Morgan Stanleys indtræden kunne have på konkurrencen, udgør kun ikke-underbyggede påstande.

160 Sagsøgerne har bl.a. gjort gældende, at Morgan Stanley ikke — i betragtning af markedets kendetegn — var i stand til at tilføre kvaliteten af og prisen på de tjenesteydelser, der allerede udbydes på dette marked, nogen merværdi. Sagsøgerne bestrider ligeledes de forskellige forhold, som Kommissionen har angivet med henblik på at betegne Morgan Stanley som en »effektiv, vigtig og erfaren indløser«. Selv om det antages, at dette måtte være tilfældet, adskiller det under alle omstændigheder på ingen måde Morgan Stanley fra de indløsere, der allerede er til stede på det pågældende marked. Ingen af de forhold, som Kommissionen har fremført, kan godtgøre, at Morgan Stanley var overlegen i forhold til de indløsere, der allerede er på markedet.

161 Kommissionen har påstået samtlige disse anbringender forkastet.

— Rettens bemærkninger

162 Hvad angår sagsøgernes første klagepunkt om, at Kommissionen har anvendt et forkert retligt kriterium ved bedømmelsen af Morgan Stanleys mulighed for at indtræde på det pågældende marked, svarer det i realiteten til at anfægte, at Kommissionen har godtgjort, at Morgan Stanley er en potentiel konkurrent.

163 Det bemærkes, at sagsøgerne hovedsageligt har støttet sig til den omstændighed, at Kommissionen har stillet sig tilfreds med Morgan Stanleys erklærede hensigt om at indtræde på det pågældende marked.

164 Sagsøgerne henviser ligeledes til den definition af en »potentiel leverandør«, som Kommissionen har angivet i retningslinjerne for vertikale begrænsninger. Sagsøgerne minder om, at det fremgår deraf, at en ren teoretisk mulighed for at træde ind på markedet ikke er tilstrækkelig, og at en indtræden på et marked skal ske i løbet af et år.

165 Det skal for det første bemærkes, at Morgan Stanleys ønske om at indtræde på det pågældende marked ikke er det eneste forhold, som Kommissionen har støttet sig på med henblik på at konkludere, at Morgan Stanley er en potentiel konkurrent. Det fremgår således af den anfægtede beslutning, navnlig af 190.-198. betragtning, at Kommissionen kom frem til dette resultat ved i det væsentlige at basere sig på to begrundelser vedrørende Morgan Stanleys ønske om at indtræde på det pågældende marked, men også på selskabets evne til at gøre det. Hvad angår dette andet aspekt har Kommissionen fundet, at Morgan Stanley har en mangeårig erfaring inden for merchant acquiring-virksomhed. Kommissionen har desuden henvist til den erfaring, som Morgan Stanley har opnået som medlem af MasterCard-systemet vedrørende

regler og procedurer i systemet med fire parter. På dette grundlag har Kommissionen i 198. betragtning konkluderet følgende:

»I forbindelse med koncentration af markederne for indløsning […] er Morgan Stanley en af de få større, internationale banker, der kan betragtes som en seriøs potentiel indløser på europæisk plan. Morgan Stanley har erklæret, at selskabet agter at indtræde på markederne for indløsning i Det Forenede Kongerige og i flere EØS-medlemsstater og har udvist interesse for grænseoverskridende indløsning, et område, der ligeledes er forbudt, hvis der ikke foreligger en tilladelse fra Visa.«

166 Hvad for det andet angår de retlige kriterier, der skal anvendes med henblik på at fastslå, om Morgan Stanley udgjorde en potentiel konkurrent på det pågældende marked, følger det af den retspraksis, der er nævnt i præmis 68 og 69 ovenfor, at Kommissionen burde have kontrolleret — hvis bestemmelsen ikke anvendes over for selskabet — om der fandtes reelle og konkrete muligheder for, at det kunne indtræde på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige og konkurrere med de virksomheder, som er etableret dér.

167 Det fremgår endvidere af retspraksis, at et sådant bevis ikke skal baseres på en formodning, men skal understøttes af faktiske forhold eller af en relevant markedsstrukturanalyse (jf. i denne retning dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 67 ovenfor, præmis 142-145). En virksomhed kan således ikke betegnes som en potentiel konkurrent, hvis dens indtræden på markedet ikke svarer til en holdbar økonomisk strategi (jf. i denne retning og analogt Rettens dom af 4.7.2006, sag T-177/04, easyJet mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 123-125).

168 Det følger nødvendigvis heraf, at hvis en virksomheds planer om at indtræde på et marked eventuelt har betydning for vurderingen af, om den kan betragtes som en potentiel konkurrent på dette marked, er det væsentlige element, som en sådan betegnelse skal baseres på, imidlertid dens evne til at indtræde på dette marked.

169 I denne forbindelse bør det nævnes, at en begrænsning af den potentielle konkurrence, som alene en virksomheds tilstedeværelse uden for markedet kan udgøre, ikke kan være betinget af et bevis for denne virksomheds planer om på kort sigt at indtræde på dette marked. Denne virksomheds tilstedeværelse kan således alene føre til et konkurrencepres på de virksomheder, der er aktive på dette marked, idet presset består i risikoen for en ny konkurrents indtræden i tilfælde af udvikling af markedets tiltrækningskraft.

170 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der ligeledes bør tages hensyn til de kriterier, som Kommissionen har opstillet i retningslinjerne for vertikale begrænsninger, skal det bemærkes, at henset til de konkrete omstændigheder er sagsøgernes henvisning til definitionen af »potentiel leverandør« i disse retningslinjer uden relevans. Man bør snarere henholde sig til den definition af »potentiel konkurrent«, der i øvrigt i det væsentlige er tilsvarende, i retningslinjerne for anvendelsen af artikel 81 [EF] på horisontale samarbejdsaftaler (EFT 2001 C 3, s. 2, herefter »retningslinjerne for horisontale aftaler«).

171 Det præciseres således i fodnote 9 i retningslinjerne for horisontale aftaler, at »[e]n virksomhed betragtes som en potentiel konkurrent, hvis det kan godtgøres, at den, i fravær af aftalen, kunne og sandsynligvis ville foretage de nødvendige supplerende investeringer eller påtage sig andre omstillingsomkostninger for at komme ind på det relevante marked som reaktion på en beskeden, varig stigning i de relative priser«. Desuden nævnes at »[d]enne vurdering skal baseres på realistiske forhold; den

teoretiske mulighed for at komme ind på et marked er ikke tilstrækkelig i sig selv«. Det er ligeledes nævnt, at »[i]ndtrængningen på et marked skal foregå tilstrækkeligt hurtigt, således at truslen om en potentiel indtrængning lægger begrænsninger på markedsdeltagernes adfærd«, og at »[n]ormalt betyder det, at indtrængningen skal finde i sted inden for et kort tidsrum«. Kommissionen henviser i denne forbindelse til en frist på et år og bemærker, at »[i] individuelle tilfælde kan der dog opereres med en længere tidshorisont«, og at »[d]en tid, som de eksisterende virksomheder på markedet har behov for at tilpasse deres kapacitet, kan benyttes som målestok for beregningen af denne tidshorisont«.

172 Det må konstateres, at en sådan definition gentager og præciserer de kriterier, der hidrører fra den retspraksis, der er nævnt i præmis 166 og 167 ovenfor. For så vidt som definitionen ikke er i strid med den relevante retspraksis, kan den tages i betragtning med henblik på at undersøge, om det er med rette, at Kommissionen har betegnet Morgan Stanley som en potentiel konkurrent.

173 Hvad for det tredje angår anvendelsen af disse kriterier i det foreliggende tilfælde, skal det bemærkes, at sagsøgerne — således som de udtrykkeligt har erkendt under retsmødet — ikke anfægter Kommissionens vurdering med hensyn til Morgan Stanleys evne til at indtræde på det pågældende marked.

174 Sagsøgernes kritik, for så vidt som den i det væsentlige er baseret på Morgan Stanleys påståede manglende planer om at indtræde på det pågældende marked, er hovedsageligt rettet mod vurderingen, der — af de i præmis 166-169 nævnte årsager — ikke er det væsentlige element, der gør det muligt at bedømme rigtigheden af at betegne Morgan Stanley som en potentiel konkurrent.

175 Under alle omstændigheder kan det ikke bebrejdes Kommissionen, at den har taget hensyn til Morgan Stanleys mulige indtræden på det pågældende marked, såfremt der ikke foreligger den omtvistede adfærd.

176 Sagsøgernes kritik, der er baseret på den omstændighed, at Morgan Stanley ikke har truffet nogle konkrete foranstaltninger med henblik på at indtræde på markedet, er ikke begrundet henset til omstændighederne i den foreliggende sag.

177 For så vidt som medlemskab af Visa for det første udgør en nødvendig forudsætning for at indtræde på markedet for indløsning, kan det ikke drages nogen slutninger vedrørende Morgan Stanleys manglende vedtagelse af en foranstaltning, såsom gennemførelsen af en strategi for indtræden, før selskabets optagelse i Visa den 22. september 2006. Herved, og uden at det er nødvendigt at undersøge, om Kommissionen har set bort fra de kriterier, der blev lagt til grund i dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, nævnt i præmis 155 ovenfor, hvortil sagsøgerne har henvist, er det tilstrækkeligt at bemærke, at omstændighederne i denne sag adskiller sig fra omstændighederne i den sag, der gav anledning til nævnte dom.

178 Hvad for det andet angår den omstændighed, at Morgan Stanley ikke har foretaget sig noget i forhold til at indtræde på markedet for indløsning efter selskabets optagelse af Visa, skal det bemærkes, at denne optagelse fandt sted mere end seks år efter fremsættelsen af anmodningen derom. Det kan følgelig ikke udledes heraf, hvad der kunne være Morgan Stanleys hensigt eller adfærd, hvis medlemskab af Visa var blevet tildelt selskabet tidligere.

179 For det andet gælder det, at selv om Morgan Stanley ganske rigtigt ikke udtrykkeligt henviste til markedet for indløsning i klagen til Kommissionen af 12. april 2000, henviser mindst to dokumenter, der hidrører fra Morgan Stanley, til det pågældende marked.

180 For det første har Morgan Stanley udtrykkeligt nævnt i sin anmodning, der er fremsat for High Court of Justice den 27. september 2000, at anvendelsen af bestemmelsen har medført, at en indtræden på markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige er blevet forhindret.

181 Morgan Stanley har for det andet iværksat strategiplanen om merchant acquiring-virksomhed, der blev vedtaget i juni 2002. Det er ganske vist korrekt, at denne kun blev udleveret til sagsøgerne i en ikke-fortrolig version, der udelod adskillige aspekter. Der fremgik ikke desto mindre af dette dokument, som blev fremsendt til sagsøgerne, forskellige elementer vedrørende analysen af markedet for indløsning i Det Forenede Kongerige og i andre EØS-medlemsstater. Tilsvarende røbede dokumentet det, som kunne være Morgan Stanleys strategi for indtræden.

182 Hvad angår den bevismæssige betydning, som disse to dokumenter må tillægges, skal det bemærkes, at det i EU-retten gældende princip er princippet om fri bevisbedømmelse, og det eneste relevante kriterium for bedømmelsen af de fremlagte beviser er deres troværdighed (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 84). Ved vurderingen af et dokuments bevisværdi skal der således for det første tages hensyn til sandsynligheden af den information, dokumentet indeholder. Der må herved navnlig tages hensyn til, fra hvem dokumentet hidrører, under hvilke omstændigheder det er blevet til, dets adressat, og om dokumentet efter sit indhold virker fornuftigt og troværdigt (Rettens dom i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 56 ovenfor, præmis 1838, og dom af 27.9.2006, forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3567, præmis 121).

183 Det er ganske vist er korrekt, at disse to dokumenter hidrører fra Morgan Stanley, at de blev udstedt under den administrative procedure, og at sådanne omstændigheder har indflydelse på deres bevismæssige værdi.

184 Da medlemskab af Visa — som understreget ovenfor i præmis 177 — imidlertid, og henset til omstændighederne i den foreliggende sag, udgør en nødvendig forudsætning for at indtræde på markedet for indløsning, kunne Kommissionen ikke støtte sig på elementer af større bevismæssig værdi, såsom gennemførelsen af en strategi for indtræden.

185 Troværdigheden af dette bevismateriale styrkes, som Kommissionen har bemærket, af den omstændighed, at Morgan Stanley har erfaring inden for merchant acquiring-virksomhed på andre markeder.

186 Morgan Stanleys mulighed for at indtræde på det pågældende marked er dermed ikke ren teoretisk, men er derimod sandsynlig. Det er således med rette, at Kommissionen af Morgan Stanleys erklæringer har kunnet udlede et ønske om indtræden på det pågældende marked.

187 For så vidt som det følger af det foregående, dels at Kommissionens vurdering med hensyn til Morgan Stanleys evne til at indtræde på det pågældende marked ikke anfægtes, dels at Morgan Stanleys mulighed for at indtræde på det pågældende marked ikke er ren teoretisk, skal det konkluderes, at Kommissionen ikke har begået en retlig fejl ved at betegne Morgan Stanley som en potentiel konkurrent. Det første klagepunkt skal derfor forkastes.

188 Denne konklusion afsvækkes ikke af den omstændighed, at Kommissionen ikke har anslået den frist, som Morgan Stanley havde behov for, for at kunne indtræde på det pågældende marked, og dette i åbenlys modstrid med definitionen i retningslinjerne for horisontale aftaler, der fastsætter en frist på et år.

189 Det fremgår således af denne definition, der er gengivet i præmis 171 ovenfor, at det væsentlige element er kravet om, at den potentielle indtræden på markedet kan ske så hurtigt, at den disciplinerer deltagerne på markedet, da fristen på et år kun er vejledende.

190 Kommissionen har imidlertid i 186. betragtning til den anfægtede beslutning lagt til grund, at der foreligger »gunstige faktorer for en ny aktørs adgang«, herunder muligheden for, at de erhvervsdrivende under enkle og mindre omkostningsfulde procedurer kan skifte indløser. Det må konstateres, at dette forhold, der i øvrigt ikke er bestridt af sagsøgerne, som påberåber sig det til støtte for deres argumentation, der er forbundet med de forhold, som Kommissionen har anvendt med henblik på at vurdere Morgan Stanleys evne til at indtræde på det pågældende marked, nævnt i 193.-198. betragtning til den anfægtede beslutning, herunder Morgan Stanleys mangeårige erfaring inden for merchant acquiring-virksomhed, godtgør, at den pågældende indtræden kan gennemføres tilstrækkeligt hurtigt i overensstemmelse med Kommissionens definition på en potentiel konkurrent i retningslinjerne for horisontale aftaler. Kommissionens vurdering er dermed i overensstemmelse ikke alene med retspraksis, der er nævnt i præmis 166 og 167 ovenfor, men ligeledes med dens egne kriterier, som angivet i retningslinjerne for horisontale aftaler.

191 Hvad angår sagsøgernes andet klagepunkt om, at Kommissionen med urette har antaget, at Morgan Stanley var indtrådt på det pågældende marked, skal det forkastes af de grunde, der er anført i præmis 175 og 186 ovenfor, og dette uden at det er nødvendigt at behandle spørgsmålet, om Morgan Stanleys gennemførelsesprogram i bilag 57 til den anden sagsfremstilling udgør et bevis, der kan antages til realitetsbehandling.

192 Hvad angår sagsøgernes tredje klagepunkt om, at Kommissionen ikke har foretaget en dybtgående undersøgelse af de mulige virkninger af Morgan Stanleys indtræden på det pågældende marked, kan det heller ikke tages til følge.

193 Det skal for det første fremhæves, at sagsøgerne i denne sammenhæng har gentaget deres vurdering af, at den anfægtede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger indgår i undersøgelsen af den konkurrencegrad, der aktuelt findes på det pågældende marked. Som det allerede er blevet understreget i denne doms præmis 23, kan denne argumentation imidlertid ikke tiltrædes.

194 For det andet og under alle omstændigheder skal det konstateres, at sagsøgernes argumentation i forbindelse med det foreliggende klagepunkt er baseret på et faktisk forkert postulat, nemlig at der foreligger en høj grad af konkurrence på det pågældende marked. Som det er fremhævet som svar på dette anbringendes første led, er den omstændighed, at foreligger en konkurrencegrad mellem aktørerne, der er aktive på dette marked, ikke i strid med Kommissionens konstateringer vedrørende den høje koncentration, der er på det pågældende marked.

195 Hvad angår et marked, der omfatter et begrænset antal konkurrenter, kunne Kommissionen imidlertid med rette konkludere, at en ny aktørs indtræden har medført en forbedring af konkurrencesituationen blot på grund af dette, uden at skulle påvise, at den nye aktør var overlegen i forhold til de aktører, der allerede er etablerede.

196 Drøftelserne vedrørende Morgan Stanleys evne i forhold til de aktører, der er på det pågældende marked, er følgelig uden betydning, da sagsøgerne ikke bestrider selskabets evne til at indtræde på det pågældende marked. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge sagsøgernes argumenter, der tager sigte på at bestride Morgan Stanleys erfaring og kvalifikationer.

197 Det tredje klagepunkt skal således forkastes, og følgelig må anbringendet forkastes i det hele.

198 Henset til samtlige ovenfor anførte betragtninger må annullationspåstanden forkastes.

B — *Påstanden om annullation eller nedsættelse af bøden*

199 Sagsøgerne har principalt gjort gældende, at pålæggelsen af en bøde i det foreliggende tilfælde er behæftet med retlige fejl og fejlskøn og har nedlagt påstand om, at den bøde, som de er blevet pålagt, annulleres. Sagsøgerne har subsidiært anmodet Retten om at nedsætte den pålagte bøde.

1. *Det fjerde anbringende vedrørende eksistensen af retlige fejl og fejlskøn ved bødepålæggelsen*

200 Dette anbringende består af tre led vedrørende for det første tilsidesættelse af ligebehandlings- og retssikkerhedsprincippet samt manglende begrundelse og for det andet tilsidesættelse af forpligtelsen til at vedtage den anfægtede beslutning inden for rimelig frist og for det tredje manglende hensyntagen til uvisheden for så vidt angår ulovligheden af den omtvistede adfærd.

a) Om anbringendes første led om tilsidesættelse af ligebehandlings- og retssikkerhedsprincippet samt manglende begrundelse

Parternes argumenter

201 Sagsøgerne kritiserer Kommissionen for at have pålagt dem en bøde, selv om bestemmelsen var blevet anmeldt til Kommissionen i henhold til forordning nr. 17. Sagsøgerne anfører indledningsvis, at det tidspunkt, som Kommissionen har valgt som udgangspunkt ved bødeberegningen, ikke er tidspunktet for ikrafttrædelsen af Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF] EFT 2003 L 1, s. 1), men tidspunktet for modtagelsen af klagepunktsmeddelelsen. Kommissionen har således selv erkendt, at der var berettigede forventninger med hensyn til bødefritagelse indtil dette tidspunkt. Sagsøgerne har endvidere bemærket, at dette er det eneste eksempel på, at Kommissionen har pålagt en bøde i henhold til forordning nr. 1/2003 for en aftale, som er blevet anmeldt.

202 De tjenestemænd i Kommissionen, der behandler sagen, har desuden flere gange givet udtryk for, at den foreliggende sag ikke udgør et tilfælde, hvor der pålægges en bøde.

203 Sagsøgerne har sammenlignet pålæggelsen af en bøde, i forhold til dem, med den opfattelse, Kommissionen fulgte i to sager, der ifølge sagsøgerne er sammenlignelige, og som vedrører henholdsvis MasterCard (sag COMP/34.579, herefter »MasterCard-sagen«) og Groupement des Cartes Bancaires (sag COMP/38.606, herefter »GCB-sagen«). Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ikke har pålagt bøde i disse sager, fordi de pågældende foranstaltninger var blevet anmeldt i henhold til forordning nr. 17. Hvad nærmere angår GCB-sagen har sagsøgerne i det væsentlige

bemærket, at denne sag var mere alvorlig end den foreliggende sag, idet der dels var tale om ikke alene konkurrencebegrænsende virkninger, men ligeledes et konkurrencebegrænsende formål, og idet den pågældende foranstaltning dels fortsat havde virkninger, indtil Kommissionen vedtog beslutningen.

204 Sagsøgerne bestrider de forskelle, som Kommissionen har fremhævet i sit svarskrift.

205 Sagsøgerne finder for det første, at forskellen, der angår den omstændighed, at klagepunktsmeddelelsen i MasterCard-sagen ikke nævnte muligheden for en bøde, er uden relevans. Det væsentlige er årsagen til, at Kommissionen i MasterCard-sagen havde en anden opfattelse end i klagepunktsmeddelelsen, efter hvilken den ikke ville pålægge en bøde, fordi der var sket anmeldelse.

206 Sagsøgerne bestrider for det andet, at den anfægtede adfærd ikke er blevet anmeldt. Sagsøgerne bemærker indledningsvis, at det fremgår af den anfægtede beslutning selv og navnlig af fodnote 312, at anvendelsen af bestemmelsen på Morgan Stanley blev anmeldt, og at det er denne omstændighed, der har begrundet bødefritagelsen indtil klagepunktsmeddelelsen. Sagsøgerne har endvidere gjort dette synspunkt gældende under den administrative procedure uden at være blevet modsagt af Kommissionen på dette punkt. Sagsøgerne har endelig for alle tilfældes skyld bemærket, at de i 1990 har anmeldt ikke alene bestemmelsen selv, men også den omstændighed, at de betragtede Morgan Stanley som konkurrent. Efterfølgende angav alle de forskellige versioner af Visas vedtægter, der er anmeldt til Kommissionen, at Morgan Stanley blev betragtet som en konkurrent til Visa. Desuden blev Kommissionen fra juli eller august 2000 — som svar på en begæring om oplysninger — informeret om, hvorfor Morgan Stanley ikke opfyldte optagelsesbetingelser.

207 Hvad for det tredje angår sammenligningen med GCB-sagen har sagsøgerne anført, at da den omhandlede foranstaltnings virkninger fortsatte til trods for dens udsættelse, kan denne ikke begrunde den forskelsbehandling, der blev gennemført til skade for dem. Sagsøgerne har desuden bemærket, at der ikke forelå en udsættelse af den anfægtede foranstaltning i MasterCard-sagen, og at der alligevel ikke er blevet pålagt nogen bøde.

208 Sagsøgerne udleder af ovenstående, at der foreligger en tilsidesættelse af både ligebehandlingsprincippet og retssikkerhedsprincippet. Da Kommissionen ikke har givet nogen forklaring herom i den anfægtede beslutning, har sagsøgerne anført, at begrundelsespligten også er tilsidesat.

209 Kommissionen bestrider sagsøgernes påstande.

Rettens bemærkninger

210 Hvad for det første angår det første klagepunkt om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet skal det bemærkes, at selv om det antages, at det er anerkendt, at den anfægtede adfærd og ikke blot bestemmelsen kan betragtes som anmeldt, kan sagsøgerens argumentation ikke tiltrædes.

211 For det første følger Kommissionens mulighed for at pålægge en bøde for en aftale, som er blevet anmeldt i henhold til forordning nr. 17, af artikel 34, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, der præciserer, at anmeldelserne bortfalder fra den dato, hvor forordningen finder anvendelse. Det følger nødvendigvis heraf, at bødefritagelsen for aftaler, der er anmeldt i henhold til artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17, ophører med

ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003. Kommissionen er derfor under alle omstændigheder berettiget til at pålægge sagsøgerne en bøde for, at den anfægtede adfærd fortsatte efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003. Kommissionen har imidlertid overholdt denne forpligtelse, idet den ved fastsættelsen af bøden har taget udgangspunkt i datoen for klagepunktsmeddelelsen, den 2. august 2004, der ligger efter datoen for ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003, som var den 1. maj 2004.

212 Det skal for det andet bemærkes, at Kommissionen råder over en skønsbeføjelse ved fastsættelsen af bøder, da bøderne udgør et instrument i Kommissionens konkurrencepolitik (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-150/89, Martinelli mod Kommissionen, Sml. II, s. 1165, præmis 59). Denne skønsbeføjelse vedrører nødvendigvis hensigtsmæssigheden af at pålægge en bøde (Rettens dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739, præmis 239).

213 Hvad nærmere angår den omstændighed, at Kommissionen tidligere ikke har pålagt bøder for så vidt angår konkurrencebegrænsende virkning, kan dette ikke berøve Kommissionen muligheden for at pålægge en bøde, hvis det er nødvendigt for at gennemføre konkurrencepolitikken. Det er derimod nødvendigt af hensyn til en effektiv gennemførelse af konkurrencereglerne, at Kommissionen til enhver tid har mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikkens krav (jf. i denne retning og analogt dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 169 og den deri nævnte retspraksis).

214 Endelig skal det for det fjerde bemærkes, at sagsøgerne på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen blev underrettet om, at Kommissionen påtænkte at pålægge en bøde.

215 Da Kommissionen pålagde sagsøgerne en bøde i den foreliggende sag, har den følgelig ikke tilsidesat retssikkerhedsprincippet.

216 Hvad for det andet angår klagepunktet om en påstået tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen burde have fulgt den samme fremgangsmåde for sagsøgernes vedkommende som den, der blev valgt i MasterCard-sagen og GCB-sagen.

217 Ifølge fast retspraksis indebærer det almindelige princip om ligebehandling og princippet om forbud mod forskelsbehandling ganske vist, dels at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, dels at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (jf. Domstolens dom af 15.4.2005, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2801, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis).

218 Kommissionen tager imidlertid i hver enkelt sag som led i sin skønsmæssige beføjelse stilling til, om det er hensigtsmæssigt at fastsætte en bøde med henblik på at pålægge en sanktion for den fastslåede overtrædelse og sikre effektiviteten i konkurrenceretten (dommen i sagen SCK og FNK mod Kommissionen, nævnt i præmis 212 ovenfor, præmis 239).

219 Hvis det antages, at Kommissionen med urette undlod at pålægge bøder i MasterCard-sagen og GCB-sagen, svarer sagsøgernes argumentation under alle omstændigheder til at påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre, hvilket er i strid med legalitetsprincippet (jf. Rettens dom af 16.11.2006, sag T-120/04, Peróxidos Orgánicos mod Kommissionen, Sml. II, s. 4441, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis).

220 Anbringendet om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet bør derfor forkastes.

221 Hvad for det tredje angår klagepunktet om tilsidesættelse af begrundelsespligten fremgår det af fast retspraksis, at med hensyn til bødefastsættelsen i forbindelse med konkurrenceretten opfylder Kommissionen sin begrundelsespligt, når den i sin beslutning giver oplysninger om de hensyn, der har givet den grundlag for at bedømme grovheden og varigheden af overtrædelsen, uden at den er forpligtet til at opstille en mere detaljeret redegørelse for metoden eller angivelse af taloplysninger vedrørende bødeberegningen (jf. Rettens dom af 8.10.2008, sag T-68/04, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. II, s. 2511, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis). Det må konstateres, at sådanne taloplysninger vedrørende grovheden og varigheden af den adfærd, som sagsøgerne kritiseres for, såfremt de først og fremmest vedrører bødeudmålingen, gør det muligt at forstå grundene til, at Kommissionen fandt det hensigtsmæssigt, at der pålægges en bøde. Da den anfægtede beslutning således indeholder alle de nødvendige evalueringskriterier i 350.-370. betragtning, må dette klagepunkt forkastes.

222 Hvad for det fjerde angår sagsøgernes henvisninger til de påståede erklæringer fra tjenestemænd i Kommissionen fremgår det ikke af sagsøgernes skriftlige indlæg, at de har anført, at disse erklæringer har affødt en berettiget forventning om, at der ikke pålægges bøde. Hvis det antages, at dette netop er sagsøgernes argumentation, skal det bemærkes, at betingelserne for, at de kan påberåbe sig princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning, under alle omstændigheder ikke er opfyldt.

223 Ifølge fast retspraksis omfatter dette princip enhver erhvervsdrivende, hos hvem administrationen har givet anledning til begrundede forhåbninger, hvorimod ingen kan påberåbe sig tilsidesættelse af princippet, såfremt administrationen ikke har givet præcise og ubetingede løfter fra en hertil bemyndiget og ansvarlig kilde (jf. Rettens dom af 29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01

og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 152 og den deri nævnte retspraksis).

224 Det må imidlertid konstateres, at de erklæringer, som sagsøgerne henviser til, ikke kan betegnes som præcise, ubetingede og samstemmende forsikringer, som sagsøgerne selv synes at antage, når de i deres skriftlige indlæg henviser til »erklæringer, der antyder«, at Kommissionen ikke betragter dette tilfælde som en sag, hvori den vil pålægge en bøde.

225 Henset til de ovenstående bemærkninger skal anbringendes første led således forkastes.

b) Anbringendets andet led om tilsidesættelse af forpligtelsen til at vedtage den anfægtede beslutning inden for rimelig frist

Parternes argumenter

226 Ifølge sagsøgerne er varigheden af den administrative procedure på mere end syv år uacceptabel og har forårsaget dem et betydeligt tab, som kan begrunde en annullation af bøden. Såfremt der ikke forelå en sådan forsinkelse, skulle Kommissionen have truffet den anfægtede beslutning i henhold til forordning nr. 17, og der var dermed ikke blevet pålagt en bøde. Sagsøgerne bemærker, at ved anvendelsen af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 er det kun muligt at pålægge en bøde for en anmeldt aftale i

de tilfælde, hvor en formel beslutning om ophævelse af bødefritagelsen er blevet truffet. Kommissionen har imidlertid ikke truffet en sådan beslutning på trods af Morgan Stanleys udtrykkelige anmodning derom.

227 Sagsøgerne bemærker desuden, at overholdelsen af en rimelig frist ved gennemførelsen af administrative procedurer på området for konkurrencepolitik udgør et generelt retsprincip, hvis manglende overholdelse kan begrunde annullation af en beslutning, hvis den har påvirket den pågældende virksomheds evne til at forsvare sig.

228 Med henblik på at fastslå, om proceduren har været unormalt lang, skal hele procedurens varighed tages i betragtning. Sagsøgerne har i denne forbindelse henvist til sagens tidsmæssige forløb og anført, at det fremgår deraf, at Kommissionen er blevet forsinket. Sagsøgerne har bl.a. gjort gældende, at i de tre år, der forløb fra klagens indgivelse, har Kommissionen kun fremsendt to begæringer om oplysninger og har ikke fremsendt nogen begæring om oplysninger til de erhvervsdrivende.

229 Denne administratives procedures varighed er så meget desto mere kritisabel, som Morgan Stanley selv havde anmodet Kommissionen om at handle hurtigt, og en sideløbende procedure blev suspenderet ved domstolene i Det Forenede Kongerige, hvilket kræver, at denne sag prioriteres.

230 Kommissionen har afvist, at den har gjort sig skyldig i en unødig og uberettiget forsinkelse i betragtning af den foreliggende sags kompleksitet. Det eneste afgørende er under alle omstændigheder, at Kommissionen har overholdt forældelsesfristen i artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 1/2003.

Rettens bemærkninger

231 Overholdelsen af en rimelig frist ved gennemførelsen af administrative procedurer på området for konkurrencepolitik udgør et generelt EU-retligt princip, hvis overholdelse domstolene sikrer (Domstolens dom af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 35). Dette princip er indarbejdet i artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der blev proklameret den 7. december 2000 i Nice (EFT C 364, s. 1).

232 Det skal bemærkes, at tilsidesættelsen af dette princip kan begrunde annullation af en beslutning, hvis den har påvirket de pågældende virksomheders evne til at forsvare deres standpunkt og dermed har tilsidesat deres ret til forsvar (jf. i denne retning dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt i præmis 231 ovenfor, præmis 42 og 43).

233 I det foreliggende tilfælde gør sagsøgerne imidlertid ikke gældende, at varigheden af den administrative procedure har tilsidesat deres ret til forsvar.

234 Under disse omstændigheder skal der henvises til den faste retspraksis vedrørende Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26. november 1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319, s. 1), der finder anvendelse på bøder, der er pålagt i forbindelse med gennemførelsen af forordning nr. 17. Det fremgår af denne praksis, at når der findes en fuldstændig ordning, som indeholder detaljerede bestemmelser om de frister, inden

for hvilke Kommissionen uden at gøre indgreb i det grundlæggende krav om retssikkerhed er berettiget til at pålægge virksomheder, som er genstand for procedurer i henhold til konkurrencereglerne, bøder, må enhver betragtning om en forpligtelse for Kommissionen til at udøve sin kompetence til at pålægge bøder inden for en rimelig frist forkastes (jf. Rettens dom af 1.7.2008, sag T-276/04, Compagnie maritime belge mod Kommissionen, Sml. II, s. 1277, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

235 Forældelsesfristerne, der er fastsat ved forordning nr. 1/2003, findes i forordningens artikel 25, som gentager de relevante bestemmelser i forordning nr. 2988/74, på grundlag af hvilke den retspraksis, der er nævnt i præmis 234 ovenfor, er blevet tilvejebragt.

236 Artikel 25, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1/2003 bestemmer således, at Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder forældes efter fem år. I henhold til denne forordnings artikel 25, stk. 2, regnes forældelsesfristen fra den dag, hvor overtrædelsen er begået, eller ved vedvarende eller gentagne overtrædelser regnes fristen fra den dag, hvor overtrædelsen er ophørt. Forældelsen kan dog afbrydes og suspenderes ifølge artikel 25, stk. 3, 4 og 6. I henhold til artikel 25, stk. 5, i forordning nr. 1/2003 løber forældelsesfristen på ny efter hver afbrydelse, idet den senest udløber den dag, hvor der er forløbet en periode svarende til den dobbelte forældelsesfrist, uden at Kommissionen har pålagt en bøde eller tvangsbøde.

237 Retspraksis vedrørende forordning nr. 2988/74 finder dermed ligeledes anvendelse ved bøder, der er pålagt i forbindelse med gennemførelsen af forordning nr. 1/2003.

238 I det foreliggende tilfælde er den pågældende overtrædelse vedvarende og ophørte på tidspunktet for Morgan Stanleys optagelse i Visa den 22. september 2006. Perioden mellem overtrædelsens ophør og den anfægtede beslutning om at pålægge bøden er således meget kortere end forældelsesfristen i artikel 25 i forordning nr. 1/2003.

239 Anbringendes andet led skal derfor forkastes.

c) Anbringendes tredje led om den manglende hensyntagen til uvisheden for så vidt angår ulovligheden af den omtvistede adfærd

Parternes argumenter

240 Sagsøgerne kritiserer Kommissionen for ikke at have overholdt retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, [KS] (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne fra 1998«), som finder anvendelse i dette tilfælde. Sagsøgerne har bemærket, at disse fastslår, at hvis der »hos en virksomhed har hersket rimelig tvivl med hensyn til ulovligheden af den konkurrencebegrænsende adfærd«, udgør dette formildende omstændigheder, der begrunder en nedsættelse af bødens grundbeløb. Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, idet de henviser til den fremgangsmåde, der blev fulgt i sag COMP/38.096 (herefter »Clearstream-sagen«), at i de tilfælde, hvor der foreligger en reel retsusikkerhed med hensyn til, om den anfægtede adfærd udgør en overtrædelse, kan Kommissionen ikke pålægge en bøde. Den foreliggende sags kompleksitet, hvilket Kommissionen selv har

erkendt, burde have foranlediget den til at følge samme fremgangsmåde i det foreliggende tilfælde.

241 Der foreligger for det første hverken beslutningspraksis fra Kommissionen eller retspraksis fra Fællesskabets retsinstanser vedrørende det spørgsmål, som er omhandlet i denne sag, idet det eneste præjudikat er en dom fra en domstol i De Forenede Stater. Med henblik på at kontrollere, om sagsøgerne var berettiget til at afvise Morgan Stanleys ansøgning om medlemskab og i givet fald under hvilke betingelser, bør sagsøgerne følgelig fortolke Fællesskabets retsinstansers retspraksis analogt. Den intense debat mellem sagsøgerne og Kommissionen vedrørende anvendeligheden af artikel 81, stk. 1 og 3, EF bekræfter dette problem.

242 Sagsøgerne har for det andet i det væsentlige anført, at den omstændighed, at denne sag vedrører en konkurrencebegrænsende virkning, indebærer, at sagen bliver kompliceret, og dermed yderligere retsusikkerhed. Kommissionen er i den forbindelse stødt på vanskeligheder med hensyn til sagens nye og komplekse karakter. Sagsøgerne henviser i denne forbindelse til deres argumentation, der er fremført i forbindelse med annullationspåstanden, hvorefter Kommissionen har udviklet sin vurdering af konkurrencen på det pågældende marked. Sagsøgerne har ligeledes bemærket, at det først er ved den anden sagsfremstilling, at Kommissionen har rejst spørgsmålet om muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde på markedet ved hjælp af et fronting-arrangement.

243 Sagsøgerne har ikke benægtet, at der principielt foreligger en beføjelse til at pålægge en bøde for en adfærd, der udgør en konkurrencebegrænsning, og har bemærket, at Kommissionen imidlertid aldrig har pålagt en bøde i en sag, hvor der ikke er blevet konstateret et konkurrencebegrænsende formål.

244 For det tredje har tjenestemænd i Kommissionen meddelt sagsøgerne, at det afgørende ikke så meget er anvendelsen af bestemmelsen på Morgan Stanley som selve bestemmelsen, idet den ikke er tilstrækkelig gennemsigtig eller objektiv. Der ville dermed have foreligget en reel usikkerhed med hensyn til det pågældende klagepunkt.

245 Kommissionen har bestridt, at sagsøgerne har faktiske og væsentlige grunde til at antage, at deres afvisning af at optage Morgan Stanley ikke udgør en overtrædelse af fællesskabsretten.

Rettens bemærkninger

246 Det er fast retspraksis, at Kommissionen ikke kan fravige de regler, den har pålagt sig selv (jf. Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis). Særligt når Kommissionen vedtager retningslinjer, som under overholdelse af traktaten skal præcisere de kriterier, den agter at anvende ved udøvelsen af sin skønsbeføjelse, indebærer dette en selvpålagt begrænsning af denne beføjelse, idet Kommissionen har pligt til at overholde de retningsgivende bestemmelser, den har pålagt sig selv (Rettens dom af 12.12.1996, sag T-380/94, AIUFFASS og AKT mod Kommissionen, Sml. II, s. 2169, præmis 57, af 30.4.1998, sag T-214/95, Vlaams Gewest mod Kommissionen, Sml. II, s. 717, præmis 89, og af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597, præmis 267).

247 Det fremgår af 350.-370. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen deri har anvendt den metode, der er fastsat i retningslinjerne fra 1998, med henblik på at beregne den bøde, der blev pålagt sagsøgerne.

248 Ifølge punkt 3 i retningslinjerne fra 1998 kan bødens grundbeløb nedsættes i tilfælde af visse formildende omstændigheder, herunder hvis der hos en virksomhed har hersket rimelig tvivl med hensyn til ulovligheden af den pågældende adfærd.

249 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne anført, at den herskende usikkerhed med hensyn til ulovligheden af den anfægtede adfærd var, at anvendelsen af retningslinjerne fra 1998 burde have ført Kommissionen til ikke at pålægge bøde.

250 Med henblik på at kontrollere, om Kommissionen var forpligtet til at lade sagsøgerne være omfattet af den formildende omstændighed om rimelig tvivl, eller i givet fald, således som sagsøgerne har gjort gældende i forbindelse med dette anbringende, ikke at pålægge en bøde, skal det undersøges, om sagsøgerne med rimelighed kunne have været bevidste om at tilsidesætte artikel 81 EF (jf. i denne retning Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-259/02 — T-264/02 og T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5169, præmis 503).

251 Det skal konstateres, at bøden ikke er pålagt på grundlag af hele overtrædelsesperioden, men kun fra tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen.

252 Kommissionen har imidlertid med dette dokument fremført indsigelser mod den anfægtede adfærd, idet den angiver årsagerne til, at den finder, at artikel 81 EF er overtrådt. Sagsøgerne kan dermed fra dette tidspunkt ikke længere gældende, at de ikke var bevidste om tilsidesættelsen artikel 81 EF (jf. i denne retning og analogt Rettens dom af 17.12.2003, sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 5917, præmis 314)

253 I denne henseende er der en betydelig forskel i forhold til Clearstream-sagen, som sagsøgerne har påberåbt sig, hvori den anfægtede adfærd var ophørt allerede inden vedtagelsen af klagepunktsmeddelelsen.

254 Sagsøgernes argumenter om en påstået manglende tidligere beslutningspraksis eller om sagens komplekse karakter er dermed uden betydning, idet de under alle omstændigheder ikke kan godtgøre, at der har hersket rimelig tvivl forud for klagepunktsmeddelelsen, dvs. i en periode, der ikke er blevet taget i betragtning ved beregningen af bøden.

255 Endelig er det uden relevans, at visse argumenter, der er nævnt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, ikke er nævnt i klagepunktsmeddelelsen, såsom den ineffektive adgang til det pågældende marked ved hjælp af et fronting-arrangement. Oplysningerne i klagepunktsmeddelelsen var således i sig selv tilstrækkelige til, at sagsøgerne ikke længere kan nære en rimelig tvivl med hensyn til ulovligheden af den pågældende adfærd.

256 Anbringendets tredje led, og dermed anbringendet i det hele, må derfor forkastes.

2. *Det femte anbringende vedrørende eksistensen af retlige fejl og fejlskøn ved beregningen af den pålagte bøde*

257 Sagsøgerne har som led i dette anbringende anfægtet Kommissionens vurdering med hensyn til for det første fastsættelsen af bødens grundbeløb og for det andet den manglende hensyntagen til formildende omstændigheder og for det tredje overtrædelsens varighed.

a) Anbringendets første led om fastsættelsen af bødens udgangsbeløb

258 Sagsøgerne bestrider principalt, at overtrædelsen er blevet betegnet som »alvorlig«, og subsidiært valget af udgangsbeløbet på 8,5 mio. EUR.

Overtrædelsens art

— Parternes argumenter

259 Ifølge sagsøgerne burde den overtrædelse, de kritiseres for, være betegnet som »lidet alvorlig« i henhold til retningslinjerne fra 1998. Selv om det antages, at overtrædelsen havde en virkning på markedet, har den ikke haft den økonomiske indvirkning, som Kommissionen har tillagt den, idet overtrædelsen vedrørte en enkelt operatør på et specifikt marked og i en enkelt medlemsstat.

260 Sagsøgerne gør gældende, at såfremt en potentiel indvirkning er tilstrækkelig for at konstatere, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81 EF hvad angår beregningen af bøden, burde Kommissionen til støtte herfor godtgøre, at overtrædelsen havde haft en reel indvirkning på markedet. Kommissionen har i det foreliggende tilfælde anerkendt, at den ikke har opgjort størrelsen af den reelle indvirkning, og erkender at have begrænset sig til at udlede konstateringer vedrørende overtrædelsen.

261 Kommissionen er af den opfattelse, at den ikke har begået en fejl vedrørende kvalifikationen af overtrædelsen.

— Rettens bemærkninger

262 Kommissionen har i den anfægtede beslutning betegnet den pågældende overtrædelsen som »alvorlig« på flere områder.

263 Kommissionen har for det første i 358. og 359. betragtning til den anfægtede beslutning bemærket, at Morgan Stanley blev forhindret i at tilbyde merchant acquiringtjenester generelt for kreditkort og betalingskort med forskudt debitering og ikke kun for Visa-kort.

264 Kommissionen har dernæst fundet, at overtrædelsen havde en reel indvirkning på konkurrencen. Kommissionen erkender i 357. betragtning til den anfægtede beslutning, at det ikke var muligt præcist at måle en sådan indvirkning, og har udledt af gennemførelsen af den anfægtede adfærd, at det var rimeligt, at »anse det for sandsynligt, at overtrædelsen havde en betydelig indvirkning på markedet«. I 360. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen endvidere henvist til forskellige elementer, den har støttet sig på for at fastslå overtrædelsen.

265 Kommissionen har endelig i 362. betragtning til den anfægtede beslutning henvist til den omstændighed, at begrænsningen vedrørte Det Forenede Kongerige, der udgør et stort marked for betalingskort.

266 Det bemærkes, at i henhold til fast retspraksis skal der ved fastsættelsen af en overtrædelses grovhed tages hensyn til mange elementer, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, i forhold til hvilke Kommissionen har en skønsmargen (jf. Rettens dom af 8.10.2008, sag T-69/04, Schunk og Schunk Kohlenstoff-Technik mod Kommissionen, Sml. II, s. 2567, præmis 153 og den deri nævnte retspraksis).

267 Som det allerede er nævnt i præmis 247 ovenfor, har Kommissionen anvendt den metode, der er fastsat i retningslinjerne fra 1998, med henblik på at beregne den bøde, der blev pålagt sagsøgerne.

268 Ifølge punkt 1 A, første afsnit, i retningslinjerne fra 1998 skal der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning.

269 Det fremgår af beskrivelsen af lidet alvorlige og alvorlige overtrædelser, der er indeholdt i retningslinjerne fra 1998, at disse adskiller sig væsentligt ved deres indvirkning på konkurrencen og det geografiske omfang af deres virkninger. De alvorlige overtrædelser er således beskrevet som »oftest lidet alvorlige overtrædelsers horisontale eller vertikale begrænsninger af samme art, men som håndhæves mere strengt og har en større indflydelse på markedet, og hvis virkninger kan gøre sig gældende inden for store dele af fællesmarkedet«. De »lidet alvorlige« overtrædelser er beskrevet som havende »mindre indflydelse på markedet, og som […] kun vedrører en skønt væsentlig dog forholdsvis snæver del af fællesmarkedet.«

270 Hvad for det første angår overtrædelsens indvirkning på markedet har sagsøgeren kritiseret Kommissionen for ikke at have godtgjort dens eksistens. Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at den under alle omstændigheder kun kan være begrænset.

271 Det følger af fast retspraksis, at for at kunne vurdere en overtrædelses konkrete indvirkning på markedet skal Kommissionen henholde sig til de konkurrenceforhold, der normalt ville have eksisteret i fravær af en overtrædelse (jf. Rettens dom af 8.10.2008, sag T-73/04, Carbone-Lorraine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2661, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

272 I 357. betragtning til den anfægtede beslutning har Kommissionen anført følgende:

»Selv om det ikke er muligt præcis at måle den konkrete indvirkning på markedet, er beslutningen om at udelukke Morgan Stanley blevet gennemført, og det er således rimeligt at anse det for sandsynligt, at overtrædelsen har haft en betydelig indvirkning på markedet.«

273 Den automatiske konstatering af årsagsforbindelsen mellem gennemførelsen af konkurrencebegrænsende adfærd og eksistensen af indvirkningen er baseret på en fejlagtig argumentation (jf. i denne retning Rettens dom af 12.9.2007, sag T-30/05, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 109 og 110).

274 Det fremgår imidlertid af 358.-360. betragtning til den anfægtede beslutning, at Kommissionen ligeledes i den forbindelse støtter sig på to andre rækker betragtninger vedrørende for det første den omstændighed, at den anfægtede adfærd medførte, at Morgan Stanley blev forhindret i at udbyde merchant acquiring-tjenester for samtlige kort og ikke kun for Visa-kort, og for det andet de positive virkninger, som Morgan Stanleys tilstedeværelse på det pågældende marked kunne have.

275 Sagsøgerne bestrider imidlertid for det første ikke, at den anfægtede adfærd medførte, at Morgan Stanley blev forhindret i at udbyde merchant acquiring-tjenester for samtlige kort og ikke kun for Visa-kort.

276 Det er for det andet blevet bemærket i forbindelse med bedømmelsen af annullationspåstandene, at Kommissionens vurderinger med hensyn til den anfægtede adfærds

konkurrencebegrænsende virkninger, nemlig den faktiske og potentielle grad af konkurrence, den omstændighed, at Morgan Stanley er en potentiel konkurrent, og Morgan Stanleys ønske om at indtræde på det pågældende marked, ikke var ulovlige.

277 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen har anført i 174. betragtning til den anfægtede beslutning, at den har anmodet samtlige finansieringsinstitutter, der blev anset for at være potentielle konkurrenter, om at oplyse, om de havde forsøgt at indtræde på det pågældende marked, og konkluderede, at Morgan Stanley udgjorde den eneste potentielle konkurrent, der har givet udtryk for at ville indtræde på dette marked.

278 Da Kommissionen på grundlag af disse forhold har konkluderet, at den anfægtede adfærd havde en væsentlig indvirkning på markedet, har den følgelig ikke anlagt et åbenbart urigtigt skøn.

279 Hvad for det andet angår Kommissionens undersøgelse af det geografiske omfang af den anfægtede adfærds virkninger har sagsøgerne anført, at for så vidt som kun markedet i Det Forenede Kongerige er blevet berørt af den anfægtede adfærd, burde Kommissionen have betegnet overtrædelsen som »lidet alvorlig«.

280 Det skal bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at et nationalt geografisk marked udgør en væsentlig del af det fælles marked (jf. Rettens dom af 27.7.2005, forenede sager T-49/02 — T-51/02, Brasserie nationale m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3033, præmis 176 og den deri nævnte retspraksis).

281 Kommissionen henviser i 362. betragtning til den anfægtede beslutning til den omstændighed, at »Det Forenede Kongerige udgør et stort marked for betalingskort«. Henset til den økonomiske betydning af dette marked, der i øvrigt ikke er anfægtet af sagsøgerne, kunne Kommissionen imidlertid med rette finde, at det pågældende marked svarede til en stor del af fællesmarkedet som omhandlet i retningslinjerne fra 1998.

282 På baggrund af det ovenstående skal sagsøgernes klagepunkter vedrørende overtrædelsens art forkastes.

Bødens udgangsbeløb

— Parternes argumenter

283 Ifølge sagsøgerne er bødens udgangsbeløb på 8,5 mio. EUR, som Kommissionen har anvendt, uforholdsmæssigt og behæftet med en begrundelsesmangel. Kommissionen burde således have fastsat et udgangsbeløb, der befinder sig i den lavere del af skalaen, der er fastsat for alvorlige overtrædelser i regningslinjerne fra 1998, i betragtning af overtrædelsens indvirkning, da der var tale om en konkurrencebegrænsende virkning, og Kommissionens praksis med hensyn til bødeudmåling. Sagsøgerne bemærker, at hvis Kommissionen er berettiget til at fravige sin tidligere praksis med hensyn til bødeudmåling, skal den anvende retningslinjerne fra 1998 og angive de objektivt berettigede grunde, der understøtter det fastsatte beløb.

284 I replikken har sagsøgerne anført, at den omstændighed, at Kommissionen har anvendt tilsvarende udgangsbeløb i flere tidligere beslutninger, viser, at det pågældende beløb i denne sag er uforholdsmæssigt, idet den adfærd, der er omhandlet i disse beslutninger, udgør langt alvorligere overtrædelser af konkurrenceretten.

285 Kommissionen finder, at udgangsbeløbet ikke er uforholdsmæssigt, og at beslutningen indeholder en tilstrækkelig begrundelse.

— Rettens bemærkninger

286 Hvad for det første angår klagepunktet om den manglende begrundelse, idet Kommissionen ikke har angivet årsagerne til, at den har fastsat udgangsbeløbet for den bøde, som er pålagt sagsøgerne, til 8,5, mio. EUR, skal det forkastes.

287 Selv om den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen udtrykkelig forklaring på fastsættelsen af udgangsbeløbet, henviser Kommissionen blot i 353. betragtning til den anfægtede beslutning til årsagerne til, at den finder, at overtrædelsen skal betegnes som alvorlig.

288 Det må imidlertid konstateres, at Kommissionen ikke var forpligtet til at give en forklaring på dette punkt. Som det allerede er nævnt i præmis 221 ovenfor, fremgår det af fast retspraksis, at med hensyn til bødefastsættelsen i forbindelse med overtrædelser af konkurrenceretten opfylder Kommissionen sin begrundelsespligt, når den i sin beslutning giver oplysninger om de hensyn, der har givet den grundlag for at

bedømme grovheden og varigheden af overtrædelsen, uden at den er forpligtet til at opstille en mere detaljeret redegørelse.

289 Kommissionen var dermed ikke forpligtet til at angive årsagerne til, at den netop havde fastsat bødens udgangsbeløb til 8,5 mio. EUR. Den anfægtede beslutning er dermed ikke behæftet med en begrundelsesmangel i denne henseende.

290 Hvad for det andet angår dette beløbs påståede uforholdsmæssige karakter skal det bemærkes, at retningslinjerne fra 1998 fastsætter et udgangsbeløb for overtrædelser, der betegnes som »alvorlige«, på mellem 1 og 20 mio. EUR.

291 Punkt 1 A, tredje, fjerde og femte afsnit, i retningslinjerne bestemmer følgende:

»Inden for hver af disse kategorier, og navnlig inden for de to sidste, gør bødeskalaen det muligt at variere behandlingen af virksomhederne alt efter overtrædelsens art.

Det vil desuden være nødvendigt at tage hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade og at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning.

Generelt set vil der også kunne tages hensyn til den omstændighed, at store virksomheder for det meste råder over en juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, som sætter dem i stand til bedre at vurdere, om deres adfærd er ulovlig, og de konkurrenceretlige konsekvenser af adfærden.«

292 Da sagsøgerne ikke har rejst tvivl om selve lovligheden af retningslinjerne fra 1998, skal det undersøges på baggrund af de kriterier, der er nævnt i præmis 291 ovenfor, om udgangsbeløbet, som er fastsat af Kommissionen, er forholdsmæssigt.

293 Henset til for det første den økonomiske betydning for sagsøgerne og for det andet behovet for, at bøden bevarer en afskrækkende virkning, fremtræder et beløb på 8,5 mio. EUR, der befinder sig på nederste del af den skala, der tilsigtes med retningslinjerne fra 1998, for alvorlige overtrædelser, imidlertid ikke som åbenbart uforholdsmæssigt.

294 Dette anbringendes første led skal følgelig forkastes.

b) Anbringendes andet led om formildende omstændigheder

Parternes argumenter

295 Sagsøgerne har anført, at usikkerheden med hensyn til ulovligheden af den anfægtede adfærd i det mindste burde betegnes som en formildende omstændighed. Desuden burde Kommissionen ikke på dette punkt anvende en forhøjelse i henhold til

overtrædelsens varighed. Sagsøgerne kritiserer ligeledes Kommissionen for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at for det første foreslog de at ændre og ændrede rent faktisk bestemmelsen, og for det andet indgik de en aftale med Morgan Stanley under den administrative procedure. Kommissionens forsinkede behandling af sagen begrundede under alle omstændigheder en nedsættelse af bøden.

296 Kommissionen finder, at det er med rette, at den ikke har lagt til grund, at der forelå en formildende omstændighed. Den afviser den ændring, der skulle være foretaget ved bestemmelsen, idet den alene består i en tilføjelse af vurderingskriterier, der under alle omstændigheder ikke blev anvendt på Morgan Stanley.

Rettens bemærkninger

297 Hvad for det første angår klagepunktet om, at usikkerheden med hensyn til ulovligheden af den anfægtede adfærd burde have været taget i betragtning som en formildende omstændighed, skal det forkastes af de ovenfor i præmis 250-255 anførte grunde. Det bemærkes, at Kommissionen således har beregnet bøden på grundlag af en periode, der begyndte med klagepunktsmeddelelsen. På dette tidspunkt kunne sagsøgerne imidlertid ikke længere være i tvivl om, at den anfægtede adfærd var ulovlig.

298 Hvad for det andet angår klagepunktet om, at Kommissionens forsinkede behandling af sagen ligeledes kunne begrunde en nedsættelse af bøden, kan det ikke tiltrædes af de grunde, der er nævnt i præmis 231-238 ovenfor, idet intervallet mellem ophøret

af overtrædelsen og den anfægtede beslutning ligger inden for forældelsesfristen i artikel 25 i forordning nr. 1/2003.

299 Hvad for det tredje angår henvisningen til den aftale, der er indgået med Morgan Stanley, og selskabets optagelse i Visa, skal det bemærkes, at sagsøgerne herved har ophørt med den overtrædelse, der er foreholdt dem, flere år efter at Kommissionen havde underrettet dem om, at deres adfærd var ulovlig. Det er derfor med rette, at Kommissionen ikke har indrømmet sagsøgerne en nedsættelse af bøden af denne grund.

300 Det er for det fjerde ligeledes med urette, at sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen burde have taget hensyn til den omstændighed, at sagsøgerne har ændret bestemmelsen under den administrative procedure.

301 Det er ganske vist korrekt, at sagsøgerne har ændret bestemmelsen den 24. maj 2006. Denne ændring kan betragtes som et svar på et af Kommissionens kritikpunkter i klagepunktsmeddelelsen, der i afsnit 247 og 248 anfører, at formuleringen af bestemmelsen egner sig til forskelsbehandling i forhold til bl.a. det deri anførte begreb »konkurrent«, der ikke er tilstrækkelig objektivt præcist. Det må ligeledes konstateres, at den anfægtede beslutning, der er vedtaget efter denne ændring af bestemmelsen, ikke gentager denne kritik.

302 Kommissionen var imidlertid på ingen måde forpligtet til at behandle denne ændring af reglen som en formildende omstændighed og nedsætte sagsøgernes bøde.

303 Spørgsmålet, om det er passende eventuelt at nedsætte bøden på grundlag af de formildende omstændigheder, som er omfattet af punkt 3 i retningslinjerne fra 1998, skal bedømmes ud fra en samlet vurdering under hensyn til alle de relevante omstændigheder. Da retningslinjerne ikke indeholder bindende angivelser vedrørende de formildende omstændigheder, der kan tages i betragtning, må der antages at tilkomme

Kommissionen et vist skøn, således at den kan anlægge en samlet betragtning af, i hvilket omfang bøderne bør nedsættes på grund af formildende omstændigheder (dommen i sagen Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, nævnt i præmis 182 ovenfor, præmis 275).

304 For så vidt som den anfægtede adfærd ikke så meget vedrørte selve bestemmelsen som dens anvendelse på Morgan Stanley, som sagsøgerne selv anerkender, og denne afvisning af at optage Morgan Stanley fortsatte i mere end to år efter klagepunktsmeddelelsen, har Kommissionen med rette kunnet undlade at tage hensyn til sagsøgernes ændring af bestemmelsen, der desuden blev foretaget i en meget sen fase af den administrative procedure.

305 Anbringendets andet led må derfor forkastes.

c) Anbringendets tredje led om overtrædelsens varighed

Parternes argumenter

306 Sagsøgerne bestrider Kommissionens fastlæggelse af begyndelses- og slutdatoerne for overtrædelsen. Sagsøgerne har anført, at overtrædelsen har varet højst syv måneder imellem august 2005 og februar 2006. Kommissionen har dermed ikke kunnet anvende en forhøjelse som følge af overtrædelsens varighed.

307 Sagsøgerne har for det første anført, at overtrædelsen ikke begyndte før august 2005. Sagsøgerne støtter sig på den omstændighed, at en indtræden på det pågældende marked kræver vedtagelsen af en konkret gennemførelsesplan. For så vidt som det første bevis vedrørende en gennemførelsesplan for det første er dateret den 20. maj 2005, og opfyldelsen af en sådan plan for det andet mindst kræver tre måneder, kunne Morgan Stanley ikke indtræde på det pågældende marked før august 2005.

308 Det er således med urette, at Kommissionen har fundet, at den retsstridige adfærd medfører afskærmning af markedet den 22. marts 2000. Sagsøgerne bestrider, at Morgan Stanley ønskede at indtræde på det pågældende marked for indløsning allerede i 1998. De beviser, der angiveligt godtgør, at der foreligger et sådant ønske, vedrører reelt kun markedet for udstedelse af kort. Sagsøgerne kritiserer desuden Kommissionen for at have undladt at undersøge det bevismateriale, de har fremlagt, selv om det viste, at Morgan Stanley ikke havde til hensigt at indtræde på det pågældende marked.

309 For så vidt som Kommissionen for det andet baserer sig på Morgan Stanleys påståede faste ønske om at udøve merchant acquiring-virksomhed med henblik på at fastsætte overtrædelsens varighed, har sagsøgerne anført, at Kommissionen burde godtgøre, at dette ønske forelå under hele overtrædelsens varighed. Den anfægtede beslutning nævner imidlertid ikke det mindste bevis på, at dette ønske forelå i perioden fra maj 2005 og til den 22. september 2006. Kommissionen har følgelig tilsidesat sine forpligtelser, som beskrevet i Rettens dom af 7. juli 1994, Dunlop Slazenger mod Kommissionen (sag T-43/92, Sml. II, s. 441, præmis 79 og 80). Kommissionen burde under alle omstændigheder have lagt til grund, at overtrædelsen ophørte i februar 2006, da forhandlingerne om Morgan Stanleys optagelse begyndte, idet Morgan Stanley ved denne lejlighed ikke havde udvist noget ønske om at indtræde på markedet for indløsning.

310 Hvad angår Kommissionens svar om, at kun medlemskab af Visa er tilstrækkeligt til at give ret til at indløse, har sagsøgerne anført, at det er baseret på en fejlagtig argumentation. Det afgørende spørgsmål er, om der foreligger et ønske hos Morgan Stanley om at indtræde på det pågældende marked. Den omstændighed, at Morgan Stanley ikke har ønsket at besvare sagsøgernes anmodninger herom under forhandlingerne om optagelse, er yderst relevant. Sagsøgerne bemærker desuden, at Morgan Stanley ikke er indtrådt på det pågældende marked efter sin optagelse.

311 Kommissionen har anført, at den ikke har begået en fejl ved fastsættelsen af begyndelses- og slutdatoerne for overtrædelsen.

Rettens bemærkninger

312 Sagsøgerne har i det væsentlige anført, at fastsættelsen af overtrædelsens varighed er urigtig, idet sagsøgernes ønske om at indtræde på det pågældende marked ikke fortsatte i hele den periode, som Kommissionen har lagt til grund. Sagsøgerne kritiserer ligeledes Kommissionen for at have undladt at fratrække den tid, der er forbundet med at indtræde på det pågældende marked.

313 Som det er anført i forbindelse med undersøgelsen af annullationspåstandene, er det imidlertid med rette, at Kommissionen har fundet, at Morgan Stanley udgjorde en potentiel konkurrent på det pågældende marked. Den anfægtede adfærd har konkurrencebegrænsende virkninger i denne henseende, så længe som udelukkelsen fra dette marked har varet. Det er således med rette, at Kommissionen har fundet, at der forelå en overtrædelse af samme varighed som den, afvisningen af medlemskab af Visa har stået på. For så vidt som denne afvisning har varet fra den 22. marts 2000 og

indtil Morgan Stanleys optagelse den 22. september 2006, har der således foreligget en vedvarende overtrædelse af konkurrenceretten mellem disse to datoer. Kommissionen har følgelig ikke begået nogen fejl ved fastsættelsen af begyndelses- og slutdatoerne for overtrædelsen.

314 Der foreligger følgelig ikke tvivl med hensyn til den nøjagtige varighed af overtrædelsen. Denne sag adskiller sig fra den, der førte til dommen i sagen Dunlop Slazenger mod Kommissionen, nævnt i præmis 309 ovenfor (præmis 79 og 80), som sagsøgerne henviser til.

315 Det tredje led skal således forkastes, og følgelig må anbringendet som helhed forkastes.

316 Herefter skal alle påstande nedlagt under nærværende sag forkastes.

Sagens omkostninger

317 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Visa Europe Ltd og Visa International Service betaler sagens omkostninger.

Jaeger Vadapalas Prek

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 14. april 2011.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder ..... II - 1741

Den anfægtede beslutning ..... II - 1745

A — Afgrænsning af det relevante marked ..... II - 1745

B — Den anfægtede adfærd ..... II - 1746

C — Anvendelse af artikel 81 EF ..... II - 1747

D — Beregning af bøden ..... II - 1749

Retsforskrifter ..... II - 1750

Parternes påstande ..... II - 1751

Retlige bemærkninger ..... II - 1752

A — Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning ..... II - 1752

1. Indledende spørgsmål ..... II - 1753

a) Formaliteten med hensyn til visse argumenter og et dokument ..... II - 1753

b) Formaliteten med hensyn til bilaget til stævningen ..... II - 1754

2. Det andet anbringende om tilsidesættelsen af sagsøgernes ret til forsvar .. II - 1756

a) Parternes argumenter ..... II - 1756

b) Rettens bemærkninger ..... II - 1757

3. Det første og tredje anbringende, der bestrider, at den anfægtede adfærd er konkurrencebegrænsende ..... II - 1759

a) Det første anbringende om Kommissionens manglende hensyntagen til muligheden for, at Morgan Stanley kan indtræde på det pågældende marked ved hjælp af et fronting-arrangement ..... II - 1762

Parternes argumenter ..... II - 1762

Rettens bemærkninger ..... II - 1764

b) Det tredje anbringende om de virkninger på konkurrencen, som Morgan Stanleys tilstedeværelse på dette marked kunne have ..... II - 1772

Anbringendets første led om anvendelsen af et forkert økonomisk og retligt kriterium ..... II - 1772

— Parternes argumenter ..... II - 1772

— Rettens bemærkninger ..... II - 1774

Anbringendes andet led om en fejlagtig vurdering af graden af konkurrence på det pågældende marked ..... II - 1777

— Parternes argumenter ..... II - 1777

— Rettens bemærkninger ..... II - 1779

Anbringendets tredje led om en utilstrækkelig og fejlagtig undersøgelse af konkurrencevirkningerne af, at Morgan Stanley ikke blev optaget ..... II - 1782

— Parternes argumenter ..... II - 1782

— Rettens bemærkninger ..... II - 1785

B — Påstanden om annullation eller nedsættelse af bøden ..... II - 1794

1. Det fjerde anbringende vedrørende eksistensen af retlige fejl og fejlskøn ved bødepålæggelsen ..... II - 1794

a) Om anbringendes første led om tilsidesættelse af ligebehandlings- og retssikkerhedsprincippet samt manglende begrundelse ..... II - 1795

Parternes argumenter ..... II - 1795

Rettens bemærkninger ..... II - 1797

b) Anbringendets andet led om tilsidesættelse af forpligtelsen til at vedtage den anfægtede beslutning inden for rimelig frist ..... II - 1801

Parternes argumenter ..... II - 1801

Rettens bemærkninger ..... II - 1803

c) Anbringendes tredje led om den manglende hensyntagen til uvisheden for så vidt angår ulovligheden af den omtvistede adfærd ..... II - 1805

Parternes argumenter ..... II - 1805

Rettens bemærkninger ..... II - 1807

2. Det femte anbringende vedrørende eksistensen af retlige fejl og fejlskøn ved beregningen af den pålagte bøde ..... II - 1809

a) Anbringendets første led om fastsættelsen af bødens udgangsbeløb .. II - 1810

Overtrædelsens art ..... II - 1810

— Parternes argumenter ..... II - 1810

— Rettens bemærkninger ..... II - 1811

Bødens udgangsbeløb ..... II - 1815

— Parternes argumenter ..... II - 1815

— Rettens bemærkninger ..... II - 1816

b) Anbringendes andet led om formildende omstændigheder ..... II - 1818

Parternes argumenter ..... II - 1818

Rettens bemærkninger ..... II - 1819

c) Anbringendets tredje led om overtrædelsens varighed ..... II - 1821

Parternes argumenter ..... II - 1821

Rettens bemærkninger ..... II - 1823

Sagens omkostninger ..... II - 1824