Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 27. marts 2014[1]

Sag C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — karteller — markedet for udstedelse af bankkort i Frankrig — Groupement des cartes bancaires (CB) — gebyrforanstaltninger, der finder anvendelse på »nytilkomne« i Groupement — afgift for tilslutning og mekanismer til såkaldt »regulering af tilslutningsfunktionen« og »vækning af sovende medlemmer« — eksistensen af konkurrencebegrænsende formål — beføjelser til at udstede påbud — overholdelse af proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet«

1. Med denne appel har Groupement des cartes bancaires (CB) (herefter »Groupement«) nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 29. november 2012, CB mod Kommissionen[2], hvormed Retten frifandt Kommissionen i et søgsmål anlagt af Groupement med påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2007) 5060 endelig af 17. oktober 2007 om en procedure i henhold til artikel [81 EF] (sag COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires »CB«) (herefter »den omtvistede beslutning«).

2. I den foreliggende sag anmodes Domstolen principalt om at fastslå, om Retten uden at begå en retlig fejl kunne fastslå, at de pågældende foranstaltninger havde til »formål« at begrænse konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF (nu artikel 101, stk. 1, TEUF), idet det præciseres, at Retten i den foreliggende sag har undladt at undersøge virkningerne på konkurrencen til forskel fra Europa-Kommissionen, som i den omtvistede beslutning efter en indgående analyse fastslog, at disse foranstaltninger ud over dette formål også havde konkurrencebegrænsende virkninger[3].

3. Navnlig spørgsmålet om, hvorvidt Retten med rette har valgt og eventuelt anvendt en bredere opfattelse af begrebet »konkurrencebegrænsende formål«, ønskes besvaret. Dette vigtige spørgsmål, der ganske vist langt fra er nyt, opstår på det meget specifikke marked for betalingskort, hvis tosidede karakter[4] og meget specifikke karakteristika Domstolen endnu ikke[5] har undersøgt. Mere grundlæggende giver den foreliggende sag Domstolen en ny chance for at justere sin noget omstridte retspraksis om begrebet »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — T-491/07 (herefter »den appellerede dom«).

3 — Jf. 252.-358. betragtning til den omtvistede beslutning.

4 — De tosidede markeder kan defineres som markeder, på hvilke antallet af gennemførte transaktioner ikke blot afhænger af det generelle niveau for de priser, medlemmerne skal betale, men også af deres struktur (J.-C. Rochet og J. Tirole, »Two-sided markets: a progress report«, *The RAND Journal of Economics*, bind 37, nr. 3, 2006, s. 645-667).

5 — Det skal dog oplyses, at sagen MasterCard m.fl. mod Kommissionen, sag C-382/12 P, der verserer for Domstolen i øjeblikket (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Mengozzi fremsat den 30.1.2014), vedrører undersøgelse af visse afgørelser truffet inden for rammerne af det såkaldte åbne betalingskortsystem, som MasterCard forvalter. Denne sag rejser retlige spørgsmål, der adskiller sig meget fra de retlige spørgsmål i den foreliggende sag og desuden vedrører meget forskellige foranstaltninger vedrørende pålæggelse af multilaterale interbankgebyrer.

I – **Baggrunden for tvisten**

4. Sagens baggrund, som fremgår af den appellerede dom, kan sammenfattes som følger.

5. Sagsøgeren er en økonomisk interessegruppe etableret i selskabsform i henhold til fransk ret i 1984 af de største franske banker. Den blev oprettet for at sikre interoperabilitet mellem systemerne for betaling og hævning ved hjælp af bankkort (herefter »CB-kort«) udstedt af dens medlemmer. Denne interoperabilitet ses i praksis ved den omstændighed, at et CB-kort udstedt af et medlem af Groupement kan bruges til betalinger hos alle handlende, der er tilknyttet CB-systemet via et hvilket som helst andet medlem, og/eller kan bruges til at hæve penge i pengeautomater, der drives af alle de øvrige medlemmer. Medlemmerne af gruppen, der i alt udgjorde 148 den 29. juni 2007, er enten såkaldte »ledende banker« eller pengeinstitutter tilknyttet en ledende bank. I henhold til Groupements stiftelsesoverenskomst er BNP Paribas, BPCE, tidligere Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP), og Société générale (herefter »SG«) blandt de 11 ledende banker.

6. Den 10. december 2002 anmeldte Groupement i medfør af forordning nr. 17 [6] Kommissionen forskellige nye regler, der påtænktes indført for CB-systemet, bestående bl.a. [7] i tre gebyrforanstaltninger, der kan beskrives således:

— En ordning kaldet »MERFA« [8], der ifølge Groupement i det væsentlige havde til formål dels at tilskynde medlemmer, der i højere grad er udstedere end erhververe, til at udvikle deres tilslutningsaktivitet, dels at tage økonomisk hensyn til den indsats, der udfoldes af de medlemmer, hvis tilslutningsaktivitet er stor i forhold til deres udstedelsesaktivitet. Den i denne forbindelse anvendte formel bestod i at sammenligne medlemmets andel af de samlede udstedelsesaktiviteter i CB-systemet (målt i antal SIREN [9] og pengeautomater) i forhold til det pågældende medlems andel af systemets samlede udstedelsesaktiviteter. MERFA skulle finde anvendelse, når forholdet mellem de to kvotienter var mindre end 0,5. De beløb, der blev opkrævet i forbindelse med MERFA, skulle fordeles mellem de medlemmer af Groupement, der ikke skulle betale noget beløb i denne forbindelse, i forhold til deres bidrag til tilslutningsaktiviteten. Disse medlemmer kunne frit bruge de i denne forbindelse opkrævede beløb.

— En reform af gebyret ved tiltrædelse af Groupement, der ud over et fast beløb på 50 000 EUR, som opkræves ved tiltrædelsen, består af en afgift pr. udstedt CB-kort, som er aktivt i tre år efter tiltrædelsen, og eventuelt et supplerende tiltrædelsesgebyr, der anvendes på de medlemmer, hvis antal CB-kort i løbet af eller ved udløbet af det sjette år efter tiltrædelsen er mere end tre gange højere end antallet af CB-kort ved slutningen af det tredje år efter deres tiltrædelse.

— En ordning kaldet »vækning af sovende medlemmer« bestående i en afgift pr. udstedt CB-kort, som anvendes på medlemmer, der er inaktive eller kun lidt aktive forud for datoen for nye gebyrforanstaltningers ikrafttræden, hvis andel i udstedelsen af CB-kort i hele CB-systemet i et af årene 2003, 2004 og 2005 havde været mere end tre gange højere end deres andel i den samlede aktivitet i forbindelse med CB-kort i hele CB-systemet i regnskabsårene 2000, 2001 eller 2002.

7. Den 6. juli 2004 vedtog Kommissionen en første klagepunktsmeddelelse adresseret til Groupement og ni ledende banker, der havde været genstand for kontrol, hvormed den kritiserede dem for at have indgået en »hemmelig konkurrencebegrænsende aftale«, der »i det store hele har til formål at begrænse konkurrencen mellem de banker, der er parter i aftalen, og således samlet bremse konkurrencen fra

6 — Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i […] artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81).

7 — Det fremgår af beskrivelsen af foranstaltningerne, at de anmeldte foranstaltninger ud over gebyrforanstaltningerne omfattede en omlægning af beregningsmetoden i forbindelse med medlemmernes stemmerettigheder i Groupement.

8 — Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur (mekanisme til regulering af tilslutningsfunktionen).

9 — Système d'identification au répertoire des entreprises (virksomhedsregistreringsnummer).

nytilkomne (navnlig supermarkeder, onlinebanker og udenlandske banker) på markedet for udstedelse af [CB-kort]«. Den mente, at »anmeldelsen var sket for at skjule det egentlige indhold af den konkurrencebegrænsende aftale«. Den påtænkte at fratage anmeldelsen enhver virkning og pålægge modtagerne af klagepunktsmeddelelsen en bøde. Groupement svarede på denne klagepunktsmeddelelse den 8. november 2004, og der blev gennemført en høring den 16. og 17. december 2004.

8. Den 17. juli 2006 vedtog Kommissionen en ny klagepunktsmeddelelse udelukkende henvendt til Groupement. Heri anførte den, at den første klagepunktsmeddelelse skulle anses for at være blevet trukket tilbage. Den nye klagepunktsmeddelelse vedrørte vedtagelsen inden for en virksomhedssammenslutning af indførelse af en række gebyrforanstaltninger, som havde et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning. Groupement svarede på denne nye klagepunktsmeddelelse den 19. oktober 2006, og der blev gennemført en høring den 13. november 2006.

9. Den 20. juli 2007 fremlagde Groupement et forslag til tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning (EF) nr. 1/2003 [10], som generaldirektøren for Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence betragtede som for sent indgivet og utilfredsstillende.

10. Kommissionen vedtog derfor den omtvistede beslutning, hvori den fandt, at Groupement havde overtrådt artikel 81 EF. Denne beslutning indeholdt bl.a. følgende betragtninger:

— Det pågældende marked er blevet defineret som markedet for udstedelse af betalingskort i Frankrig.

— De pågældende foranstaltninger udgør en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.

— Foranstaltningerne har et konkurrencebegrænsende formål. Dette formål fremgår af selve foranstaltningernes formler og er i strid med de mål med foranstaltningerne, der er angivet i anmeldelsen. Dels er disse foranstaltninger ikke egnede til at tilskynde til tilslutning, og de resulterer enten i, at de medlemmer, der underlægges foranstaltningerne, pålægges ekstraomkostninger, eller i, at udstedelsesaktiviteten blandt de medlemmer, der ellers ville have været underlagt dem, begrænses. Dels modvirkes den tilskyndelsesfunktion til tilslutning, der tilskrives MERFA, af den funktion, der tilskrives interbankgebyrer, og af et yderligere medlemskabsgebyr og et gebyr for sovende medlemmer, der vågner op. Dette konkurrencebegrænsende formål svarer til de reelle formål med disse foranstaltninger, sådan som de kommer til udtryk i de ledende bankers fremstilling, nemlig ønsket om at hindre konkurrence fra nytilkomne og om at straffe dem, ønsket om at opretholde de ledende bankers indtægter og ønsket om at begrænse prisreduktionen på CB-kort.

— De pågældende foranstaltninger har ligeledes en konkurrencebegrænsende virkning. I løbet af anvendelsesperioden for disse foranstaltninger (fra den 1.1.2003 til den 8.6.2004) førte disse foranstaltninger navnlig til en reduktion af nytilkomnes planer for udstedelse af CB-kort og til forhindring af et prisfald på CB-kort, både for de nytilkomne og for de ledende banker.

— De pågældende foranstaltninger kan ikke betragtes som accessoriske restriktioner, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF.

10 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel […] [81 EF] og [82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

— Betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF er ikke opfyldt. Begrundelsen for de pågældende foranstaltninger, særlig vedrørende MERFA som en mekanisme til afbalancering af tilslutningsfunktionen og udstedelsesfunktionen, kunne navnlig ikke accepteres, da forholdet mellem udstedelsesaktiviteten og tilslutningsaktiviteten, der anvendes som reference, er fastsat af de ledende banker og ikke er en optimal balance for CB-systemet.

11. Kommissionen har på dette grundlag konkluderet, at artikel 81, stk. 3, EF ikke fandt anvendelse på de pågældende foranstaltninger, at Groupements beslutning vedrørende de pågældende foranstaltninger var i strid med bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og uden retsvirkning i henhold til artikel 81, stk. 2, EF, og at det derfor var med rette, at den beordrede Groupement til at trække de pågældende foranstaltninger tilbage og til fremover at afholde sig fra at indgå enhver aftale, vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller samordnet praksis med et tilsvarende formål eller virkning.

12. Følgende fremgår af den omtvistede beslutning:

»*Artikel 1*

De gebyrforanstaltninger, som [Groupements bestyrelse] har vedtaget med beslutningerne af 8. og 29. november 2002, dvs. [MERFA], tilslutningsgebyret pr. kort og det supplerende gebyr for tilslutning samt [gebyret i forbindelse med sovende medlemmer], som finder anvendelse på de medlemmer af Groupement, der ikke har udviklet en væsentlig CB-aktivitet efter deres tilslutning, er i strid med artikel 81 [EF].

Artikel 2

Groupement bringer straks den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør ved at ophæve de anmeldte foranstaltninger i tilknytning til de i den pågældende artikel omhandlede gebyrer, for så vidt som dette ikke allerede er sket.

Groupement afholder sig fremover fra at træffe enhver foranstaltning eller fra enhver adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller virkning.«

II – **Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom**

13. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. december 2007 anlagde appellanten sag med påstand om annullation af den omtvistede beslutning. BNP Paribas, BPCE og SG intervenerede til støtte for appellanten.

14. Appellanten gjorde til støtte for sit søgsmål seks anbringender gældende støttet af intervenienterne. Det første anbringende vedrørte tilsidesættelse af artikel 81 EF som følge af en fejlagtig metode til analyse af de pågældende foranstaltninger og de valgte markeder, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og manglende begrundelse. Det andet anbringende vedrørte overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF som følge af retlige og faktiske fejl og fejlvurdering i forbindelse med bedømmelsen af de pågældende foranstaltningers formål. Det tredje anbringende vedrørte retlige og faktiske fejl samt fejlbedømmelse i forbindelse med vurderingen af de pågældende foranstaltningers virkninger. Det fjerde anbringende, der blev fremført subsidiært, vedrørte overtrædelse af artikel 81, stk. 3, EF som følge af retlige og faktiske fejl samt fejlbedømmelse i forbindelse med undersøgelsen af, om denne bestemmelse finder anvendelse på de pågældende foranstaltninger. Det femte anbringende vedrørte tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik. Det sjette anbringende vedrørte tilsidesættelse af proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet.

15. Retten forkastede alle disse anbringender, frifandt i det hele Kommissionen og pålagde Groupement at bære sine egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger, mens BNP Paribas, BPCE og SG blev pålagt at bære deres egne omkostninger.

III – **Parternes påstande og retsforhandlingerne ved Domstolen**

16. Med sin appel har appellanten nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Sagen hjemvises til Retten, medmindre Domstolen finder, at sagen er tilstrækkeligt oplyst til, at den omtvistede beslutning kan annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger ved Domstolen og ved Retten.

17. BNP Paribas, BPCE og SG har fremlagt svarskrifter til støtte for appellanten.

18. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19. Parterne har skriftligt og mundtligt under retsmødet den 22. januar 2014 redegjort for deres standpunkter.

IV – **Bedømmelse af appelanbringenderne**

20. Appellanten har fremført tre anbringender til støtte for appellen. Det første anbringende vedrører retlige fejl begået ved anvendelsen af begrebet »konkurrencebegrænsende formål«. Det andet anbringende vedrører retlige fejl begået ved anvendelsen af begrebet »konkurrencebegrænsende virkning«. Det tredje anbringende vedrører en tilsidesættelse af proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet.

21. Indledningsvis gør appellanten gældende, at Retten åbenlyst har set bort fra væsentlige elementer i redegørelsen for de faktiske omstændigheder (den appellerede doms præmis 1-48), hvilket angiveligt er et udtryk for, at den aldrig er fraveget Kommissionens holdning, og at den har undladt at udøve den tilbundsgående prøvelse af både de retlige og de faktiske omstændigheder, som Domstolen kræver [11]. Disse elementer består dels i, at Kommissionen radikalt har ændret holdning under bevisførelsen [12], hvilket forklares med de grundlæggende analysemæssige fejl, som Kommissionen har undladt at bemærke, dels i, at den har set bort fra drøftelserne under retsmødet for Retten den 16. maj 2012 om begrebet konkurrencebegrænsende formål, navnlig i forbindelse med fortolkningen af dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers [13].

22. Jeg mener, at disse indledende betragtninger, der udgør baggrunden for de i denne sag rejste spørgsmål, ikke kan anses for at være et forsøg på at gøre et eller flere anbringender gældende, der ikke formelt er fremført.

23. De tre anbringender, der formelt er fremført, bør således behandles hver for sig, idet vægten lægges på det første, som jeg mener er centralt, og som i øvrigt er af en ganske særlig interesse.

11 — Jf. dom af 8.12.2011, sag C-272/09 P, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 12789, præmis 102.

12 — Groupement understreger, at Kommissionen på ingen måde er fraveget sine konklusioner i den første klagepunktsmeddelelse af 6.7.2004. Efter et retsmøde afholdt den 16. og 17.12.2004 blev Kommissionen imidlertid tvunget til at trække denne klagepunktsmeddelelse tilbage, da den ikke var baseret på et ordentligt grundlag.

13 — Dom af 20.11.2008, sag C-209/07, Sml. I, s. 8637.

A – *Det første anbringende om retlige fejl ved anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål*

24. Appellanten har med støtte fra BNP Paribas, BPCE og SG gjort gældende, at Retten har begået flere retlige fejl ved anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF. Appellanten understreger, at Rettens fremgangsmåde udgør en alvorlig præcedens, da den i princippet svarer til, at alle priser, der faktureres en erhvervsdrivende af en anden erhvervsdrivende, forbydes. Groupement hævder navnlig, at Retten har set bort fra, at begrebet konkurrencebegrænsende formål ikke kan fortolkes for bredt, og har undladt at benytte den analyseramme, som Domstolen generelt benytter til at påvise en sådan konkurrencebegrænsning.

25. Inden jeg går over til at undersøge alle de klagepunkter, der er rejst over den analyseramme, som Retten har anvendt i forbindelse med de pågældende foranstaltninger, mener jeg, at det er nødvendigt at fremsætte en række indledende bemærkninger om den tilgang, der efter min mening skal anvendes, når det skal undersøges, om der er tale om et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

1. Generelle betragtninger om afgrænsningen af begrebet konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

26. Det står fast, at ethvert forbud mod og enhver sanktion af hemmelig praksis omfatter adfærd, der er konkurrencebegrænsende [14].

27. Der kan generelt anvendes to metoder til påvisning af konkurrencebegrænsende adfærd.

28. Den første består i en kasuistisk tilgang, der indebærer en indgående og udførlig undersøgelse af de reelle og potentielle konkurrencebegrænsende virkninger af virksomhedernes adfærd. En sådan metode har den store fordel, at den helt præcist vedrører praksis, der helt klart har konkurrencebegrænsende virkninger, men den er meget ressourcekrævende og ikke nogen garanti for en god procesøkonomi. Den kan dermed i sidste ende udgøre en hindring for en generel påvisning af konkurrencebegrænsende adfærd.

29. Disse ulemper har ført til, at der benyttes en anden metode, som til dels er mindre individualiseret, idet der ligeledes henvises til adfærd, der efter den økonomiske analyse generelt anses for at have en skadelig virkning på konkurrencen.

30. I en sådan ordning er der ikke væsentlig forskel på virksomheders adfærd, der betegnes som konkurrencebegrænsende efter en individuel undersøgelse, og adfærd, der betegnes som konkurrencebegrænsende, når der anvendes en standardiseret tilgang – begge er forbudt. Den sondring, der skal foretages, er først og fremmest baseret på proceduremæssige overvejelser i forbindelse med bevisførelsen i tilknytning til de konkurrencebegrænsende virkninger, som den påklagede adfærd har.

31. Eksempelvis betragtes en række adfærdsformer i amerikansk antitrustlovgivning som overtrædelser i sig selv. De virksomheder, der udviser en sådan adfærd, kan ikke, hverken over for den myndighed, der retsforfølger overtrædelserne af konkurrenceretten, eller over for domstolene bestride betegnelsen konkurrencebegrænsende kartel ved at fremlægge bevis for, at den pågældende adfærd ikke medfører større skadelige virkninger eller endog har gavnlige virkninger for konkurrencen.

14 — Det præciseres, at begrebet »konkurrencebegrænsende« skal forstås således, at det også omfatter tilfælde, hvor konkurrencen »hindres« eller »fordrejes«. Den konkurrencebegrænsning, der her er tale om, skal ligeledes forstås ikke blot som en begrænsning af virksomhedernes handlefrihed på markedet (»restraint of trade«), men også som en begrænsning af markedets funktion og struktur (»restriction of competition«).

32. Henvisningen i artikel 81, stk. 1, EF til »sammenslutninger af virksomheder, der har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«, har tilsvarende, om ikke identiske, følger.

33. Når det for det første er fastslået, at virksomhedernes adfærd har et konkurrencebegrænsende »formål«, er denne adfærd i princippet forbudt, uden at det er nødvendigt at undersøge virkningerne.

34. Selv om en opvejning af de konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger for det andet er mulig i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, står det imidlertid fast, at anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål indebærer en række fordele, da det forenkler påvisningen af de konkurrencebegrænsende virkninger af nogle af de former for adfærd, som virksomhederne udviser.

35. For det første er det utvivlsomt en kilde til forudsigelighed og dermed til retssikkerhed for virksomhederne, idet de derved kan opnå kendskab til de retlige konsekvenser (især i form af forbud og sanktioner) af nogle af deres handlinger, som f.eks. indgåelse af prisaftaler, og kan tilpasse deres adfærd i overensstemmelse hermed. Dermed har påvisningen af karteller med et konkurrencebegrænsende formål ligeledes en afskrækkende virkning og bidrager til at forhindre konkurrencebegrænsende adfærd. Endelig er det en procesøkonomisk metode, da den gør det muligt for konkurrencemyndighederne at fastslå, at visse former for hemmelige aftaler har en konkurrencebegrænsende virkning, uden at det er nødvendigt at foretage en ofte kompleks og langsommelig undersøgelse af deres potentielle eller reelle virkninger på det pågældende marked.

36. Disse fordele vil dog ikke blive en realitet, hvis anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål ikke er klart afgrænset, da det ellers vil kunne resultere i, at begrebet kommer til at omfatte adfærd, hvis skadelige virkninger på konkurrencen ikke er klart fastslået.

37. Disse overvejelser finder mere konkret støtte i den lære, der kan udledes af Domstolens faste retspraksis.

38. For det første, og som Domstolen på et meget tidligt tidspunkt fastslog i LTM-dommen [15] og siden har stadfæstet i sin faste retspraksis [16], medfører det alternative forhold i betingelsen i artikel 81, stk. 1, EF om, at der skal være tale om en aftale, der har »til formål eller til følge« at begrænse konkurrencen – hvilket ses af bindeordet »eller« – at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning under hensyntagen til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Domstolen har i denne forbindelse præciseret, at der i tilfælde, hvor »en analyse af *bestemmelserne* i den pågældende aftale imidlertid ikke *med tilstrækkelig klarhed* viser, at konkurrencen vil lide skade, må [...] foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet« (min fremhævelse). Ved vurderingen af, om en aftale er forbudt i medfør af artikel 81, stk. 1, EF, er det ikke nødvendigt at tage hensyn til dens konkrete virkninger, når det fremgår, at aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det fælles marked [17].

39. For det andet har Domstolen præciseret, at sondringen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« skyldes den omstændighed, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår [18]. Forskellige former for samarbejde mellem

15 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, LTM, Sml. 1965-1968, s. 211, på s. 216, org.ref.: Rec. s. 337, på s. 359.

16 — Dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 15.

17 — Jf. dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 18.

virksomheder er således på grund af deres formål alene blevet anset for at have et konkurrencebegrænsende formål. Det er således ikke blot andre former for horisontalt samarbejde end dem, der er nævnt i artikel 81, stk. 1, litra a)-e), EF [19], der er blevet anset for at have et konkurrencebegrænsende formål, men også en række vertikale aftaler [20].

40. For det tredje forudsætter den mere standardiserede bedømmelse, som anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål resulterer i, en indgående og individuel undersøgelse af den omtvistede aftale, som dog skal adskille sig klart fra undersøgelsen af de reelle eller potentielle virkninger af de involverede virksomheders adfærd.

41. Domstolen præciserede i denne forbindelse meget tidligt [21], at vurderingen af, om en kontrakt har et konkurrencebegrænsende formål, bør ses i den økonomiske og juridiske sammenhæng, som aftaleparterne er gået ud fra. Den har sidenhen i sin faste retspraksis understreget, at bestemmelserne i de pågældende aftaler rent faktisk skulle vurderes på denne baggrund [22], idet den tanke, der ligger til grund, er, at rent teoretiske og abstrakte overvejelser om en adfærds forenelighed med traktatens bestemmelser om karteller ikke kan forsvares [23].

42. Et eksempel herpå er den overtrædelse, der ifølge erfaringerne anses for at have en af de mest konkurrencebegrænsende virkninger, nemlig en horisontal prisaftale for en bestemt vare. Selv om det står fast, at en sådan aftale generelt er meget konkurrencebegrænsende, er konklusionen ikke den samme, når de pågældende virksomheder f.eks. kun tegner sig for en ubetydelig andel af det berørte marked.

43. Domstolen har efter at have undersøgt baggrunden ligeledes kendt for ret, at en distributionsaftale, selv om den ved første øjekast kunne anses for at medføre en konkurrencebegrænsning, ikke alene på grund af sin art kan anses for at have til formål mærkbart at begrænse konkurrencen [24].

44. Jeg mener, at hensyntagen til den økonomiske og retlige sammenhæng ved undersøgelsen af, om der er tale om et konkurrencebegrænsende formål, med risiko for, at der indføres en skadelig forskydning i den korrekte læsning af artikel 81, stk. 1, EF – jeg vender tilbage hertil på et senere tidspunkt – skal adskilles klart fra påvisningen af konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til andet led af det alternativ, der er omhandlet i denne bestemmelse. Hensyntagen til sammenhængen ved påvisningen af det konkurrencebegrænsende formål kan kun underbygge eller ophæve [25] undersøgelsen af selve indholdet af den formodede praksis. Den kan på ingen måde kompensere for den manglende faktiske påvisning af et konkurrencebegrænsende formål ved at påvise potentielle virkninger af pågældende foranstaltninger.

19 — Navnlig udveksling af oplysninger med henblik på at koordinere konkurrenternes adfærd på markedet er blevet anset for at have et sådant konkurrencebegrænsende formål (dom af 4.6.2009, sag C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., Sml. I, s. 4529).

20 — Jf. navnlig dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429, af 1.2.1978, sag 19/77, Miller International Schallplatten mod Kommissionen, Sml. s. 131 (distributionsaftaler, der forbyder parallelhandel mellem medlemsstaterne og indfører territorial eneberettigelse), af 3.7.1985, sag 243/83, Binon, Sml. s. 2015 (et selektivt distributionssystem med fastsættelse af mindstepriser ved salg) og af 13.10.2011, sag C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, Sml. I, s. 9419 (selektivt distributionssystem, der uden en objektiv begrundelse forbyder salg af visse produkter via internettet).

21 — Jf. navnlig dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, s. 255, org.ref.: Rec. s. 497.

22 — Jf. navnlig dommen i sagen Miller International Schallplatten mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 7, samt dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, Compagnie royale asturienne des mines og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679, præmis 26, og af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 66.

23 — Jf. i denne forbindelse forslag til afgørelse fra generaladvokat Roemer i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 20, s. 274, org.ref.: Rec. s. 525.

24 — Dom af 28.4.1998, sag C-306/96, Javico, Sml. I, s. 1983, præmis 19-31.

25 — Et eksempel på en sådan ophævelse af virkningen findes i dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 97.

45. Med andre ord og uanset de begrebsmæssige ligheder mellem de to dele af dette alternativ [26] kan hensyntagen til den økonomiske og retlige sammenhæng ved påvisningen af et konkurrencebegrænsende formål ikke resultere i en kvalificering, der lægges de anklagede virksomheder til last, når der er tale om en aftale, af hvis indhold det ikke fremgår, at den er skadelig for konkurrencen.

46. Selv om sondringen mellem de to former for konkurrencebegrænsning, der er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF, understreges i Domstolens og Rettens retspraksis, fremgår det dog, at den til en vis grad har kunnet være en kilde til forskellige fortolkninger eller endog forvirring. Visse retningslinjer i retspraksis ser således ud til at have vanskeliggjort den nødvendige sondring mellem undersøgelsen af det konkurrencebegrænsende formål og analysen af de konkurrencebegrænsende virkninger af aftaler mellem virksomhederne.

47. I en række sager svarer hensyntagen til den nævnte sammenhæng næsten til en reel undersøgelse af de potentielle virkninger af de pågældende foranstaltninger.

48. I sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen [27] fastslog Retten, der skulle træffe afgørelse om det konkurrencebegrænsende formål med bestemmelserne i en aftale om begrænsning af parallelimport af lægemidler, således i det væsentlige, at det ikke udelukkende kan udledes af selve aftalens indhold, set i den sammenhæng, den indgår i, at den er konkurrencebegrænsende, men at der »nødvendigvis« også skal tages hensyn til virkningerne af aftalen. Det fremgår af denne dom, at der for at fastslå et konkurrencebegrænsende formål under alle omstændigheder skal konstateres konkrete virkninger på konkurrencen [28].

49. Det er et legitimt spørgsmål, om denne analyse, der går ud på at evaluere de nødvendige konsekvenser af de pågældende aftaler, snarere svarer til en undersøgelse af deres konkurrencebegrænsende virkninger end til en analyse af deres konkurrencebegrænsende formål.

50. Domstolen har for nylig og endnu mere åbenlyst i dommen i sagen Allianz Hungária Biztosító m.fl. [29] kendt for ret, at bilaterale aftaler indgået mellem et forsikringsselskab og bestemte motorkøretøjsværksteder eller mellem et forsikringsselskab og en sammenslutning af motorkøretøjsværksteder, hvorefter prisen pr. reparationstime, som betales af forsikringsselskabet til værkstedet for reparation af de af selskabet forsikrede motorkøretøjer, bl.a. afhænger af antallet og procentdelen af forsikringer tegnet med forsikringsselskabet via værkstedet, som handler som forsikringsagent for nævnte forsikringsselskab, kunne anses for at være et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF. Det er tilfældet, hvis det efter en individuel og konkret undersøgelse af indholdet af og formålet med disse aftaler og af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori de indgår, fremgår, at disse efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår på et af de to pågældende markeder [30].

26 — Flere forfattere har i denne retning understreget, at analysen af formålet var en anvendelse af analysen af virkningerne (jf. f.eks. R. Wish, introduction à la 4e table-ronde de la conférence New Frontiers of Antitrust den 10.2.2012 med titlen »Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?«, *Concurrences*, nr. 2, 2012, s. 59 ff.).

27 — Rettens dom af 27.9.2006, sag T-168/01, Sml. II, s. 2969, præmis 147.

28 — Selv om Domstolen i forbindelse med den appel, der blev indgivet i denne sag, var tvunget til at forkaste analysen af de omtvistede aftalers konkurrencebegrænsende formål, skete dette kun i den udstrækning, Retten havde gjort tilstedeværelsen af et konkurrencebegrænsende formål betinget af, at det blev bevist, at aftalen medførte ulemper for den endelige forbruger (jf. dom af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 9291, præmis 63 og 64).

29 — Dom af 14.3.2013, sag C-32/11, EU:C:2013:160.

30 — Jf. dommen i sagen Allianz Hungária Biztosító m.fl., præmis 48.

51. Også her er det vanskeligt at se, hvori den undersøgelse af sammenhængen, som Domstolen kræver, og som består i en evaluering af risikoen for ophævelse eller svækkelse af konkurrencen på det pågældende marked, henset navnlig »til markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke«, adskiller sig fra undersøgelsen af de eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger.

52. Til trods for, at retspraksis til en vis grad har kunnet bidrage til at udviske grænsen mellem begreberne konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkninger, mener jeg dog, at anvendelsen af dette begreb skal afgrænses bedre.

53. Den omstændighed, at en aftale eller en praksis betegnes som konkurrencebegrænsende alene på grund af dens formål, medfører store konsekvenser, hvoraf i det mindste to bør fremhæves.

54. For det første er påvisningen af et »konkurrencebegrænsende formål« baseret på en formalistisk tilgang, der risikerer at gå ud over beskyttelsen af de almene interesser, der forfølges med traktatens konkurrencebestemmelser. Når det er fastslået, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det forbud, der følger heraf meget generelt, dvs. det kan nedlægges præventivt og således sætte en stopper for fremtidige kontakter [31], idet dette er uafhængigt af evalueringen af de konkrete virkninger.

55. Denne formalistiske tilgang kan således kun anvendes, når der er tale om adfærd, der indebærer en iboende risiko for en særligt alvorlig skadelig virkning, eller adfærd, i forbindelse med hvilken det kan konkluderes, at de skadelige virkninger på konkurrencen er større end de konkurrencefremmende virkninger. En anden afgørelse ville svare til at nægte, at nogle af de økonomiske aktørers handlinger potentielt kan have positive virkninger på konkurrencen. Efter min mening er det kun i de tilfælde, hvor erfaringen viser, at en begrænsning i henhold til den økonomiske analyse altid er forbudt, at det er rimeligt at sanktionere den direkte af procesøkonomiske hensyn [32].

56. Kun adfærd, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen og den økonomiske videnskab foreligger og er let at påvise, bør således anses for at have et konkurrencebegrænsende formål og ikke aftaler, som, henset til den sammenhæng de indgår i, har tvetydige virkninger på markedet, eller som indebærer accessoriske begrænsende virkninger, der er nødvendige for, at et ikke konkurrencebegrænsende hovedformål kan forfølges.

57. Dernæst fritager denne kvalifikation den forfølgende myndighed fra at skulle bevise de konkurrencebegrænsende virkninger af den aftale eller praksis, som den skal påkende. En ukontrolleret udvidelse af adfærd, der henhører under konkurrencebegrænsende formål, er farlig i lyset af de principper, der generelt skal ligge til grund for bevisførelsen og bevisbyrden i forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd.

58. Af disse årsager bør kvalifikationen af en praksis med konkurrencebegrænsende formål derfor nødvendigvis afgrænses og i sidste ende kun omfatte de aftaler, der i det væsentlige frembyder en vis iboende skadelighed. Dette begreb bør kun omfatte aftaler, der i det væsentlige, dvs. uden, at der er grund til at evaluere de reelle eller potentielle virkninger, har en alvorlig eller skadelig karakter,

31 — Generaladvokat Cruz Villalón har allerede fremhævet betydningen af disse konsekvenser i punkt 64 i sit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Allianz Hungária Biztosító m.fl.

32 — Kommissionen ser ud til at have overtaget denne fremgangsmåde i Retningslinjer for anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF (EUT C 101, s. 97) af 27.4.2004. Den fastslår navnlig, at »[a]ftaler med konkurrencebegrænsende formål er aftaler, der ifølge selve deres natur er egnet til at begrænse konkurrencen. Der er tale om konkurrencebegrænsninger, der i lyset af formålene med EU's konkurrenceregler har et så stort potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det i relation til anvendelsen af artikel 81, stk. 1, ikke er nødvendigt at påvise nogen konkrete virkninger på markedet. En sådan antagelse baseres på *konkurrencebegrænsningens alvorlige karakter og erfaringer*, der viser, at aftaler med konkurrencebegrænsende formål må antages at have negative virkninger på markedet og true virkeliggørelsen af de mål, der ligger til grund for EU's konkurrenceregler« (min fremhævelse).

således at der er stor sandsynlighed for, at de vil have negative virkninger på konkurrencen. Til trods for, at listen over former for adfærd, der vil kunne betragtes som konkurrencebegrænsende på grund af deres formål, er åben, foreslås det, at der fortsat indtages en ret forsigtig holdning i forbindelse med konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål.

59. En sådan forsigtighed er endnu vigtigere, fordi den analyseramme, som Domstolen fastlægger, vil gælde for såvel Kommissionen som de nationale konkurrencemyndigheder, hvis modtagelighed og ekspertiseniveau er baseret på forskellige parametre.

60. Den fordel i form af forudsigelighed og lettelse af bevisbyrden, som påvisningen af aftaler med et konkurrencebegrænsende formål indebærer, ser ud til at forsvinde, hvis denne påvisning i sidste ende er baseret på en indgående undersøgelse af den pågældende aftales konsekvenser for konkurrencen, som går langt ud over en udførlig undersøgelse af aftalen.

61. Under alle omstændigheder skal det bemærkes, at Domstolen til trods for den tilsyneladende udvidelse af adfærd, der anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, i sin faste retspraksis lige fra LTM-dommen og til dommen i sagen Allianz Hungária Biztosító m.fl. har fastslået, at analysen af formålet skal vise en »en tilstrækkelig grad af konkurrencebegrænsning« [33].

62. Endelig vil jeg gerne understrege, at en sådan afgrænsning ikke svarer til at »beskytte« visse former for adfærd ved at unddrage dem det i artikel 81, stk. 1, EF omhandlede forbud. Såfremt det ikke godtgøres, at en bestemt aftale ikke rent konkret – dvs. under hensyntagen til dens formål og til den retlige og økonomiske sammenhæng, den indgår i – vil kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på markedet, ses der kun bort fra anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål. Den myndighed, der varetager kontrollen med konkurrencen, vil fortsat kunne forkaste den efter en mere indgående undersøgelse af dens reelle og potentielle konkurrencebegrænsende virkninger på markedet.

2. Vurderingen af tilstedeværelsen af et konkurrencebegrænsende formål i den foreliggende sag

63. Det skal bemærkes, at appellanten med sit første anbringende generelt kritiserer Retten for ikke at have anlagt en snæver fortolkning af begrebet konkurrencebegrænsende formål. Appellanten sætter nærmere bestemt spørgsmålstegn ved de fejl, som Retten efter appellantens mening har begået i forbindelse med undersøgelsen af indholdet af og formålet med de pågældende foranstaltninger og den sammenhæng, de indgår i.

64. Det skal med andre ord først afgøres, om det generelt var med rette, at Retten i den appellerede doms præmis 124 og 146 fandt, at der ikke var grund til at anlægge en snæver fortolkning af begrebet overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål. Det skal dernæst afgøres, om Retten uafhængigt af denne påstand uden at begå retlige fejl har kunnet fastslå, at der i den foreliggende sag er tale om en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

33 — Dette krav fremgår konstant af den seneste retspraksis (jf. dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 15, dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl, præmis 28, og dommen i sagen GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., præmis 55, samt dom af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., Sml. I, s. 9083, præmis 135).

a) En snæver eller en bred fortolkning af begrebet konkurrencebegrænsende formål?

65. Indledningsvis skal det understreges, at retspraksis, der er kendetegnet ved en vaklen mellem ønsket om ikke at opstille en lukket liste over konkurrencebegrænsende formål og nødvendigheden af at overholde lovgrunden i artikel 81, stk. 1, EF, der navnlig kræver, at den pågældende adfærd har en vis grad af skadelige virkninger, ikke altid klart besvarer spørgsmålet om, hvorvidt begrebet konkurrencebegrænsende formål skal eller ikke skal fortolkes snævert, selv om nogle generaladvokater har udtalt sig til fordel for den ene eller den anden fortolkning [34].

66. Jeg mener navnlig, at Retten i dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers med urette udtaler sig til fordel for den konklusion, at der ikke er grund til at anlægge en snæver fortolkning af begrebet overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål.

67. Som det fremgår af denne doms præmis 22, forsøgte Domstolen ganske vist at besvare Beef Industry Development Society og Barry Brothers' argumentation, hvorefter »begrebet overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes restriktivt«, og at »[o]mfattet af denne aftalekategori er kun de aftaler, der har horisontal prisfastsættelse, begrænsning af produktion eller opdeling af markeder til formål, aftaler, hvis konkurrencebegrænsende virkninger er så indlysende, at de ikke nødvendiggør nogen økonomisk analyse«.

68. Det bemærkes dog, at Domstolens svar i samme doms præmis 23, hvorefter »de i artikel 81, stk. 1, litra a)-e), EF omhandlede aftaletyper [udgør] [...] ikke en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler«, selv om det klart fastslås, at begrebet konkurrencebegrænsning ikke er begrænset til de mest åbenlyse former for praksis (»hard core infringements«) omfattet af denne bestemmelse og ikke kan opstilles på en begrænset liste, ikke nødvendigvis indebærer, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes snævert.

69. Denne doms ordlyd medfører en anden konstatering. I sidste ende var det undersøgelsen af selve de pågældende aftalers indhold, der foranledigede Domstolen til at fastslå, at sidstnævnte havde til formål at begrænse konkurrencen.

70. Det er korrekt, at de aftaler, der var tale om i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers (herefter »BIDS-aftalerne«), havde nogle særlige karakteristika, da de forfulgte et mål om at rationalisere oksekødssektoren ved at nedbringe den overskydende produktionskapacitet.

71. Det står imidlertid klart, at disse aftaler kunne sidestilles med aftaler, der har til formål at begrænse produktionen i henhold til artikel 81, stk. 1, litra b), EF. Den indgående undersøgelse af BIDS-aftalernes indhold foranledigede Domstolen til at fastslå, at de havde et konkurrencebegrænsende formål. Den fandt navnlig, at aftalerne indeholdt en mekanisme, som skulle fremme konkurrerende virksomheders udtrædelse. Det fremgik angiveligt af de elementer, der forelå for Domstolen, at BIDS-aftalerne havde to hovedformål. Det drejede sig dels om at øge koncentrationsgraden på det pågældende marked ved i væsentlig grad at reducere antallet af virksomheder, der tilbød oksekødsforarbejdningsydelser, dels om

34 — Det skal f.eks. bemærkes, at generaladvokat Cruz Villálon i sit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Allianz Hungária Biztosító m.fl., udtalte sig til fordel for en snæver fortolkning, idet han fastslog, at kategorien af konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes snævert og begrænses til de tilfælde, hvor der kan påvises en særlig alvorlig risiko for negative virkninger (jf. punkt 65 i nævnte forslag til afgørelse). I den sag, der gav anledning til dommen i sagen T-Mobile Netherlands m.fl., synes generaladvokat Kokott derimod at udtale sig til fordel for en mindre snæver fortolkning, idet det heri er angivet, at »[b]egrebet samordnet adfærd med konkurrencebegrænsende formål […] imidlertid ikke [må] fortolkes alt for vidt, når man betænker de meget alvorlige konsekvenser, som en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF kan få for de berørte virksomheder. Begrebet må imidlertid heller ikke fortolkes alt for snævert, hvis man skal undgå at bortfortolke det forbud mod »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål«, der er forankret i den primære ret, og dermed i praksis berøve artikel 81, stk. 1, EF en del af dens virkning« (jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse).

at eliminere næsten 75% af den overskydende produktionskapacitet [35]. BIDS-aftalerne havde derfor i det væsentlige til formål at give flere virksomheder mulighed for at iværksætte en fælles politik, som havde til formål at tilgodese, at visse af virksomhederne forlod markedet, og som følge heraf reducere den overkapacitet, som påvirkede deres rentabilitet ved at forhindre dem i at opnå stordriftsfordele [36].

72. Domstolen konkluderede på grundlag heraf, at »[d]enne type aftaler er åbenbart i modstrid med den grundtanke, der ligger bag EF-traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet«. Ifølge Domstolen ville de virksomheder, som har undertegnet BIDS-aftalerne, såfremt disse ikke forelå, som led i konkurrencen ikke have haft andre midler til at forbedre deres rentabilitet end at intensivere konkurrencen eller indgå fusioner. Det ville med disse aftaler være dem tilladt at undgå en sådan fremgangsmåde og fordele en væsentlig del af de nødvendige udgifter for at forøge koncentrationsgraden på markedet, bl.a. takket være de 2 EUR, der opkræves for hver enhed, der produceres af hver tilbageblivende. Endvidere indeholder de midler, som er blevet gennemført for at opnå formålet med BIDS-aftalerne, ifølge Domstolen begrænsninger, hvis genstand har et konkurrencebegrænsende formål [37].

73. I sidste ende var de pågældende foranstaltninger så skadelige, at det kunne fastslås, at de havde et konkurrencebegrænsende formål.

74. Henset til det ovenstående mener jeg, at Retten i den appellerede dom med urette fastslog, at begrebet formål ikke skulle fortolkes snævert.

75. Det skal undersøges, om Retten uanset denne påstand uden at begå retlige fejl har kunnet bekræfte, at de omtvistede foranstaltninger havde et konkurrencebegrænsende formål.

b) Den analyseramme, der i den foreliggende sag er anvendt til at fastslå tilstedeværelsen af et konkurrencebegrænsende formål

76. Indledningsvis mener jeg, at det er vigtigt at understrege, at Domstolen, selv om det alene er Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder, i henhold til artikel 256 EF har kompetence til at foretage en prøvelse af den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder udgør ikke, medmindre der er tale om en forvanskning af de for Retten fremlagte beviser, et retsspørgsmål, der er undergivet Domstolens prøvelsesret [38].

77. I den foreliggende sag mener jeg, at appellanten med dette anbringende hovedsageligt ønsker at gøre opmærksom dels på de retlige fejl, som kvalificeringen af de pågældende foranstaltninger som havende et konkurrencebegrænsende formål efter appellantens mening er behæftet med, dels på Rettens fordrejning af de beviselementer, der er fremlagt for den. Disse spørgsmål kan ikke a priori unddrages Domstolens prøvelse.

35 — Jf. dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 31 og 32.

36 — Jf. dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 33.

37 — Jf. dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 34 og 36.

38 — Jf. navnlig dom af 19.7.2012, forenede sager C-628/10 P og C-14/11 P, Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen og Kommissionen mod Alliance One International m.fl., EU:C:2012:479, præmis 84 og 85.

78. Det tilkommer således Domstolen at kontrollere, at Retten har prøvet, om Kommissionen efter en individuel og konkret undersøgelse af indholdet af og målet med de pågældende foranstaltninger og den økonomiske og retlige sammenhæng, de indgik i, i tilstrækkelig grad havde godtgjort, at de havde så skadelige virkninger, at de måtte formodes at have negative virkninger på konkurrencen.

79. I denne henseende udgør de fastslåede erfaringer en helt relevant reference. Disse »erfaringer« skal forstås som det, der traditionelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet stadfæstet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis.

80. I denne sammenhæng må det konstateres, at de omtvistede foranstaltninger er af horisontal karakter, og at de a priori kunne anses for at have større sandsynlighed for at indebære et konkurrencebegrænsende formål.

81. Selv om det står fast, at visse horisontale aftaler mellem virksomheder som f.eks. prisaftaler og opdeling af markedet indebærer åbenlyse konkurrencebegrænsninger [39] og derfor kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, fremgår de omtvistede foranstaltningers konkurrenceskadelige karakter imidlertid ikke umiddelbart.

82. Det skal dog undersøges, om Retten med rette har bekræftet Kommissionens konklusion om, at der er tale om et konkurrencebegrænsende formål, idet det præciseres, at denne konklusion skal baseres på en helhedsvurdering af foranstaltningernes indhold eventuelt set i lyset af de mål, der rent faktisk forfølges, og den økonomiske og retlige sammenhæng.

83. I denne forbindelse kan inddelingen af dette anbringende i flere led, der vedrører hvert af de tre aspekter, der er relevante, når det skal påvises, om en foranstaltning har et konkurrencebegrænsende formål, forekomme kunstig.

84. Jeg mener dog, at det er hensigtsmæssigt at behandle dem i rækkefølge.

i) Det første led vedrørende undersøgelsen af indholdet af Groupements foranstaltninger

85. Appellanten, der i forbindelse med flere aspekter støttes af BNP Paribas, BPCE og SG, har gjort gældende, at Retten har begået flere retlige fejl ved bedømmelsen af de pågældende foranstaltningers indhold.

86. Appellanten hævder for det første, at Retten har begået fejl i forbindelse med analysen af selve formålet med de pågældende foranstaltninger. For det første har Retten ikke foretaget en undersøgelse af de omtvistede foranstaltningers skadelighed med henvisning til disses indhold, men har hæftet sig ved nogle af Groupements medlemmers subjektive hensigter. Retten skulle således have begået en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 126-132 fandt, at det fremgår af selve formuleringen af de pågældende foranstaltninger, at de havde et konkurrencebegrænsende formål bestående i at hindre konkurrencen fra nytilkomne på det pågældende marked. Appellanten mener endvidere, at Retten har fordrejet beviselementerne ved at fastslå, at en række hindringer i praksis gjorde det meget vanskeligt at udvikle en nytilkommens tilslutningsaktivitet, idet den baserede sig på Kommissionens udtalelser og uden nogen gyldig forklaring så bort fra elementer, der beviste det modsatte.

87. For det andet hævder appellanten, at Retten har begået retlige fejl ved i den appellerede doms præmis 186-256 at have taget hensyn til tilblivelseshistorien forud for vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger, som det fremgik af dokumenter, der blev indsamlet i forbindelse med en kontrol gennemført i Groupements og visse af dens medlemmers lokaler.

39 — Jf. dom af 8.12.2011, sag C-389/10 P, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 13125, præmis 75.

88. For det første er det med urette, at Retten har taget hensyn til udtalelser fra nogle af de ledende banker forud for vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger i forbindelse med analysen af disse foranstaltningers formål, idet disse udtalelser ikke er udtryk for selve Groupements hensigter, men kun for nogle af dens medlemmers hensigter. Da en beslutning er et loyalt udtryk for ophavsmandens hensigt, kan den imidlertid betragtes som en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder. I den foreliggende sag er omstændighederne i forbindelse med udarbejdelse og vedtagelse af beslutningen ikke relevante, da kun de anmeldte foranstaltninger er et fuldgyldigt udtryk for Groupements hensigter. Desuden har Retten taget hensyn til foranstaltningernes tilblivelseshistorie i stedet for at gennemføre en indgående analyse af foranstaltningernes indhold.

89. Appellanten mener endvidere, at Retten har fordrejet beviselementerne ved at foretage en utidig udvælgelse blandt de indledende udtalelser, de beslaglagte dokumenter og erklæringerne fra de nytilkomne. Appellanten mener, at en række elementer, hvoraf fremgår navnlig nødvendigheden af at bekæmpe parasitisk adfærd og ønsket om at overholde konkurrenceretten, dokumenterer, at der hersker en reel tvivl med hensyn til konkurrencebegrænsningen, som Retten burde have taget hensyn til. Denne fordrejning er endnu mere åbenlys, fordi Retten har baseret sig på de samme elementer, som Kommissionen havde anvendt, uden at fravige konklusionerne i den første klagepunktsmeddelelse.

90. Retten har i den appellerede dom i det væsentlige fastslået, at de pågældende foranstaltningers konkurrencebegrænsende formål bestod i at hindre konkurrencen fra nytilkomne på det franske marked for udstedelse af bankkort.

91. Retten har således overtaget den konklusion, hvorefter de omtvistede foranstaltningers konkurrencebegrænsende formål fremgik af beregningsformlerne for de pågældende foranstaltninger (jf. den appellerede doms præmis 126-133). Den fandt ligeledes, at Kommissionen udelukkende til bekræftelse havde påberåbt sig de under kontrollen indsamlede dokumenter vedrørende de ledende bankers udtalelser under udarbejdelsen af de pågældende foranstaltninger (jf. den appellerede doms præmis 123-154).

92. Hvad angår for det første undersøgelsen af de valgte beregningsformler i de omtvistede foranstaltninger og i forlængelse af det allerede fremførte mener jeg imidlertid, at Retten har undladt at prøve, om disse havde et konkurrencebegrænsende element alene på grund af deres art.

93. Retten har ganske vist i den appellerede doms præmis 132 fastslået, at Kommissionen, henset til de formler, der var fastsat i de pågældende foranstaltninger, og på grund af problemet med at udvikle tilslutningsaktiviteten, havde fundet, at disse foranstaltninger pålagde de medlemmer af Groupement, der var underlagt dem, enten at begrænse deres udstedelsesaktivitet eller at afholde omkostninger (i tilknytning til udstedelsen), som andre medlemmer af Groupement, herunder de ledende banker, ikke skulle betale. Retten har ligeledes bemærket, at »[d]isse formler således på markedet for udstedelse begrænsede muligheden for de medlemmer, der var underlagt dem, for at konkurrere (på priser) med medlemmerne af Groupement, som ikke var underlagt disse. Kommissionen konkluderede på grundlag heraf, at de pågældende foranstaltninger havde et konkurrencebegrænsende formål, der bestod i at hindre konkurrencen fra nytilkomne (jf. [212., 213. og 222.] betragtning [...] til den omtvistede beslutning)«.

94. Retten har ligeledes i den appellerede doms præmis 133 overtaget Kommissionens konklusion om, »at den funktion, som Groupement tilskriver MERFA (tilskyndelse til at udvikle tilslutningen), blev modvirket af eksistensen af interbankgebyrer, der fremmede udstedelsen (jf. [226.-230.] betragtning [...] til den omtvistede beslutning), og af den omstændighed, at det yderligere medlemskabsgebyr og det såkaldte gebyr for sovende medlemmer, der vågner op, straffede de banker, der ikke havde udstedt et tilstrækkeligt stort antal kort i den seneste tid (jf. [231. og 232.] betragtning […] til den omtvistede beslutning)«.

95. Selv om disse konstateringer helt sikkert redegør for indholdet af de pågældende foranstaltninger, som i det væsentlige har til formål at pålægge bestemte banker visse udgifter og fremme tilslutningsaktiviteten, mener jeg imidlertid, at både Kommissionen og Retten har undladt at påvise, hvori disse foranstaltningers konkurrencebegrænsende karakter består udelukkende på grundlag af deres formulering. Hvis man holder sig til indholdet af de anmeldte foranstaltninger, som Kommissionen har meddelt, og Retten har undersøgt, har de til formål at pålægge medlemmerne af Groupement et finansielt bidrag til finansiering af driftsomkostningerne i forbindelse med CB-betalingssystemet. Som jeg vil redegøre for på et senere tidspunkt (jf. navnlig punkt 130 og 131 i dette forslag til afgørelse), kan alene den omstændighed, at nogle medlemmer af Groupement på grund af anmeldelsen af de pågældende foranstaltninger kan blive tvunget enten til at begrænse deres udstedelsesaktivitet eller til at afholde omkostninger (i tilknytning til udstedelsen), der ikke afholdes af andre medlemmer af Groupement, ikke betegnes som et konkurrencebegrænsende formål.

96. Hvad angår for det andet hensyntagen til »tilblivelseshistorien«, dvs. udtalelser fra de ledende banker indeholdt i visse forberedende dokumenter til de pågældende foranstaltninger, som blev indsamlet under kontrollen, sættes der i forbindelse med denne appel spørgsmålstegn ved Rettens ræsonnement på flere områder.

97. Det skal i første omgang undersøges, om Retten uden at begå en retlig fejl har tilskrevet Groupement som helhed nogle af udtalelserne fra de ledende banker forud for udarbejdelsen af de pågældende foranstaltninger. I anden omgang skal det analyseres, hvilken betydning disse udtalelser er tillagt ved vurderingen af foranstaltningernes indhold, og til sidst skal deres relevans i forbindelse med klarlæggelse af, om der er tale om et konkurrencebegrænsende formål, undersøges.

98. Med hensyn for det første til spørgsmålet om, hvorvidt de ledende bankers udtalelser rent faktisk var et udtryk for selve Groupements hensigt, finder jeg argumentet om, at Retten har begået en retlig fejl ved at sidestille Groupements hensigt med de ledende bankers udtalelser, overbevisende.

99. I denne forbindelse bemærker jeg, at Retten blot har bemærket, at »[d]en hensigt, som de ledende banker har givet udtryk for, i det væsentlige svarer til Groupements hensigter i forbindelse med vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger (den appellerede doms præmis 256), eftersom de ledende banker er medlemmer af den uformelle instans, nemlig [comité d'orientation monétique] (udvalg for betalingsformidling), som har udarbejdet de pågældende foranstaltninger, og bestyrelsen, der har vedtaget dem« (den appellerede doms præmis 256). Retten har på denne baggrund konkluderet, at Kommissionen ikke modsagde sig selv, da den betegnede de pågældende foranstaltninger som en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder og dermed med en sådan kvalifikation anerkendte, at de pågældende foranstaltninger var et udtryk for Groupements hensigt, idet den brugte de ledende bankers udtalelser til at underbygge den omstændighed, at de havde til formål at udelukke nytilkomne (den appellerede doms præmis 257).

100. Jeg mener imidlertid, at Retten for at prøve Kommissionens konklusion om, at de ledende bankers udtalelser kunne tilskrives hele Groupement, skulle have kontrolleret, om udtalelserne fra visse ledende banker var et *loyalt* udtryk for Groupements hensigt, da de ellers ikke kan tilskrives den vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, der er tale om i den foreliggende sag[40]. Det er i denne forbindelse vigtigt at understrege, at Retten i den appellerede doms præmis 7 har fastslået, at comité d'orientation monétique er en uformel instans uden beslutningsbeføjelser.

40 — Jf. i denne retning dommen i sagen Wouters m.fl., præmis 64.

101. Med hensyn til den betydning, som er tillagt den hensigt, der kommer til udtryk i de ledende bankers udtalelser, ved konstateringen af de pågældende foranstaltningers konkurrencebegrænsende formål, er Rettens konklusion om, at Kommissionen udelukkende til bekræftelse havde påberåbt sig de under kontrollen indsamlede dokumenter, som indeholdt de ledende bankers udtalelser under udarbejdelsen af de pågældende foranstaltninger (den appellerede doms præmis 134 og 267), for det andet langt fra indlysende.

102. Hvis man holder sig til strukturen i den del af den omtvistede beslutning, der er helliget tilstedeværelsen af et konkurrencebegrænsende formål [41], fremgår det ganske vist, at Kommissionen i første omgang redegør for, at selve affattelsen af foranstaltningerne modsagde de mål, der var oplyst i anmeldelsen [42], og i anden omgang redegør for, hvorfor det konkurrencebegrænsende formål, som det fremgår af selve affattelsen af foranstaltningerne efter dens opfattelse svarer perfekt til de reelle mål med foranstaltningerne, som de fremgår af de ledende bankers udtalelser under udarbejdelsen af foranstaltningerne [43]. Kommissionen har ligeledes anført, at »MERFA's konkurrencebegrænsende formål blev underbygget af de ledende bankers udtalelser under udarbejdelsen af foranstaltningerne« [44].

103. Det ser imidlertid ud til, at Kommissionen i sidste ende har tillagt dokumenterne i forbindelse med de pågældende foranstaltningers »tilblivelseshistorie« lige så stor vægt som undersøgelsen af formuleringen af de pågældende foranstaltninger.

104. Det fremgår efter min mening klart af 193. og 198. betragtning til den omtvistede beslutning, der henviser til de forberedende dokumenter i sammenfatningen af den tilgang, Kommissionen har benyttet til at fastslå det konkurrencebegrænsende formål. Som SG i øvrigt understregede i sine skrivelser, har den del, der er helliget undersøgelsen af formlerne, til formål at fremlægge et negativt bevis for, at de pågældende foranstaltninger ikke svarede til det erklærede mål. Det positive bevis for foranstaltningernes konkurrencebegrænsende formål er for en stor del baseret på de materielle elementer i de ledende bankers forberedende dokumenter [45].

105. Det ser ligeledes ud til, at Retten med henblik på en fortolkning af indholdet af de pågældende foranstaltninger har overtaget overvejelserne vedrørende formlerne i de pågældende foranstaltninger, sammenholdt med de dokumenter, der blev indsamlet i forbindelse med kontrollen, og har taget de ledende bankers udtalelser i betragtning [46].

106. Under alle omstændigheder ser det for det tredje ud til at være nødvendigt at fastslå, om de ledende bankers udtalelser som et element i de pågældende foranstaltningers tilblivelseshistorie kunne anses for at være relevante i forbindelse med konstateringen af, om der er tale om et konkurrencebegrænsende formål.

107. I denne forbindelse mener jeg, at disse udtalelser, selv hvis det antages, at de rent faktisk er et udtryk for Groupements hensigt, hvilket jeg mener bør udelukkes (jf. punkt 100 i dette forslag til afgørelse), ikke kunne anses for at være tilstrækkelige til at påvise, at der er tale om en konkurrencebegrænsende aftale og endog en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.

41 — 193.-251. betragtning til den omtvistede beslutning.

42 — Del 10.2.1.1 svarende til 199.-234. betragtning til den omtvistede beslutning.

43 — Del 10.2.1.2 svarende til 235.-250. betragtning til den omtvistede beslutning.

44 — 234. betratning til den omtvistede beslutning.

45 — Jf. ligeledes redegørelsen for den omtvistede beslutnings indhold i den appellerede doms præmis 35 og 36.

46 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 186.

108. Det fremgår ganske vist klart af retspraksis, at selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der dog intet, der forbyder konkurrencemyndighederne eller de nationale retsinstanser eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning [47].

109. Jeg mener, at denne mulighed for at tage hensyn til den hensigt, som parterne har givet udtryk for, kun kan tages i betragtning for fuldstændighedens skyld eller som et supplerende element og ikke kan træde i stedet for en indgående undersøgelse af den påklagede adfærds indhold og mål. Lige som parterne i en aftale ikke kan påberåbe sig fraværet af en hensigt om at overtræde forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF [48], er påvisning af en sådan hensigt ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at de foranstaltninger, de har truffet, har et konkurrencebegrænsende formål. Den hensigt, som parterne har givet udtryk for, bør på ingen måde tages i betragtning, når det som i den foreliggende sag drejer sig om at evaluere de konkurrencebegrænsende virkninger af virksomhedernes adfærd.

110. Jeg mener, at påvisning af et »konkurrencebegrænsende formål« indebærer en objektiv undersøgelse, som er uafhængig af parternes hensigt. Jeg mener således, at den hensigt, som deltagerne i et formodet kartel eventuelt giver udtryk for, ikke i højere grad end de eventuelt legitime mål, som disse forfølger, har direkte relevans i forbindelse med undersøgelsen af, om det pågældende kartel, uanset hvilken form det har, har et konkurrencebegrænsende »formål«.

111. Endelig har appellanten i forbindelse med dette led i anbringendet gjort gældende, at Retten har fordrejet beviselementerne. Denne fordrejning består i den foreliggende sag i, at Kommissionen ud over de dokumenter, der beviser, at det ikke nødvendigvis var vanskeligt at udvikle tilslutningsaktiviteten, har foretaget en utidig udvælgelse blandt de ledende bankers udtalelser.

112. Det er i denne henseende tilstrækkeligt at understrege, at det i princippet alene er Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. En fordrejning af beviselementerne forudsætter, at Retten er gået åbenbart videre end en rimelig vurdering af disse beviselementer [49], hvilket skal fremgå klart af sagsakterne, uden at det er nødvendigt at foretage en ny vurdering af disse elementer. Det påhviler navnlig en appellant, der gør gældende, at Retten har gengivet beviserne forkert, præcist at angive, hvilke beviser der er blevet forkert gengivet af Retten, og at påvise de fejl i dens undersøgelse, der efter appellantens opfattelse har foranlediget til denne forkerte gengivelse [50].

113. I den foreliggende sag fremgår den påståede fordrejning af beviselementerne ikke klart af sagsakterne. Appellanten har desuden undladt præcist at angive de dokumenter, der efter dennes mening beviser en sådan fordrejning. Det ser ud til, at appellanten med sin argumentation, selv om han påberåber sig en fordrejning af beviselementerne, i realiteten ønsker en ny vurdering af disse, hvilket Domstolen ikke har beføjelser til gennemføre.

114. Det fremgår af alle ovenstående betragtninger, at konklusionen om, at Kommissionen på fyldestgørende vis har påvist de pågældende foranstaltningers konkurrencebegrænsende formål, er vanskeligt forståelig i forhold til undersøgelsen af selve de pågældende foranstaltningers indhold, sådan som Retten har beskrevet dem.

47 — Jf. i denne henseende dommen i sagen Allianz Hungária Biztosító m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

48 — Jf. dommen i sagen General Motors mod Kommissionen, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis.

49 — Jf. dom af 10.2.2011, sag C-260/09 P, Activision Blizzard Germany mod Kommissionen, Sml. I, s. 419, præmis 57, og af 4.7.2013, sag C-287/11 P, Kommissionen mod Aalberts Industries m.fl., EU:C:2013:445, præmis 52.

50 — Jf. i denne retning dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 50.

ii) Det andet led vedrørende undersøgelsen af foranstaltningernes formål

115. Appellanten hævder, at Retten har begået retlige fejl ved undersøgelsen af formålene med de pågældende foranstaltninger. Retten har således, selv om den erkender, at bekæmpelse af parasitisk adfærd i forbindelse med CB-systemet er et legitimt mål, med urette afvist at bedømme dette formål på grundlag af artikel 81, stk. 1, EF. Retten burde have erkendt, at et konkurrencebegrænsende formål er udelukket, når Groupements foranstaltninger resulterer i fremme af tilslutningsaktiviteten og i en optimering af forholdet mellem tilslutning og udstedelse. Sådanne foranstaltninger er i henhold til proportionalitetsprincippet hensigtsmæssige, da de består i systemiske foranstaltninger, der træffes i CB-systemets overordnede interesse, og afbalancerede, da de giver de enkelte medlemmer af Groupement mulighed for at vælge den løsning, der er bedst tilpasset deres individuelle situation.

116. Som det fremgår af retspraksis, skal der ved undersøgelsen af, om en aftale er omfattet af det i artikel 81, stk. 1, EF omhandlede forbud, navnlig lægges vægt på de tilsigtede objektive mål [51].

117. Jeg mener, at det er vigtigt at bemærke, at disse objektive mål, der skal fremgå klart af de pågældende foranstaltninger, ikke på nogen måde må blandes sammen med den subjektive hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej eller med de lovlige mål, som de berørte virksomheder eventuelt forfølger. Det står fast, at en aftale således kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, selv om den forfølger lovlige mål [52].

118. Hvordan skal de gebyrforanstaltninger, som Groupement CB har vedtaget i den foreliggende sag, forstås?

119. I modsætning til, hvad Kommissionen lod forstå under retsmødet, er det svært at påstå, at MERFA-ordningen er lige så skadelig som et priskartel [53], der i sig selv er skadelig for konkurrencen. Af ovenfor anførte årsager mener jeg ikke, at de foranstaltninger, der er tale om i den foreliggende sag, og som ikke indebærer nogen mekanisme, der skal fremme visse konkurrenters udtræden af markedet, kan sammenlignes med de rationaliseringsforanstaltninger, der var tale om i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers.

120. Det fremgår af den appellerede dom, at de pågældende foranstaltninger i det væsentlige havde til formål at indføre opkrævning af gebyrer af de medlemmer af Groupement, der både ved deres tiltræden og ved deres brug af CB-systemet i højere grad var CB-udstedere (udstedelse af betalings- og/eller kreditkort) end erhververe (tilslutning af handlende med et SIREN-nummer og drift af pengeautomater).

121. Alle disse foranstaltninger skulle ifølge Groupement beskytte CB-systemet mod parasitisk økonomisk adfærd som følge af, at banker hovedsageligt udvikler en kortudstedelsesaktivitet og uden at betale modydelser drager fordel af investeringer foretaget af andre af systemets medlemmer i forbindelse med tilslutning.

122. Det står imidlertid fast, hvilket Retten i øvrigt har erkendt (jf. navnlig den appellerede doms præmis 76 og 77), at bekæmpelse af parasitisk adfærd kan udgøre et lovligt mål, men en sådan betragtning er ikke direkte relevant, når det skal fastslås, om der eksisterer et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

51 — Jf. dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 21.

52 — Som f.eks. især lovlige handelspolitiske formål (dommen i sagen General Motors mod Kommissionen , nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 64) eller beskyttelse af folkesundheden og begrænsning af omkostningerne ved overensstemmelseskontrollen (dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl., Sml. s. 3369, præmis 25) samt foranstaltninger til imødegåelse af en sektoriel krise (dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 21).

53 — Det ser derimod ud til, at Kommissionens indledende sammenligning af de pågældende foranstaltninger med et kartel mellem Groupement og de ledende banker (jf. punkt 7 i dette forslag til afgørelse) blev opgivet under forberedelsen af sagen.

123. Derfor mener jeg ikke, at Retten i det væsentlige har begået en retlig fejl, da den fastslog, at målet om bekæmpelse af parasitisk adfærd ikke generelt skal tages i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af foranstaltninger i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, men kunne tages i betragtning ved undersøgelsen af den eventuelle fordel som følge af en dispensation i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

124. Jeg mener dog, at en sådan konklusion kun giver mening, når det efter en indgående undersøgelse klart er fastslået, at de omtvistede foranstaltninger har et konkurrencebegrænsende formål. Det er netop den omstændighed, at en adfærd har et klart konkurrencebegrænsende formål, der gør det fuldstændigt irrelevant, at den forfølger andre formål.

125. I modsat fald, dvs., når der er tale om et konkurrencebegrænsende formål, der ikke er klart fastslået – hvilket efter min mening er tilfældet i den foreliggende sag – skal der gennemføres en undersøgelse af de konkurrencebegrænsende virkninger, og i denne forbindelse skal nødvendigheden og proportionaliteten af de pågældende foranstaltninger vurderes i lyset af det forfulgte formål [54].

126. Jeg har imidlertid svært ved at se, hvordan de pågældende foranstaltninger skulle kunne have den skadelige karakter, der kræves i retspraksis.

127. For det første bestrides det ikke på nogen måde, at disse foranstaltninger er blevet vedtaget for at fremme CB's tilslutningsaktivitet inden for et tosidet betalingssystem knyttet sammen af netværksvirkninger. Som Retten har fremført i den appellerede doms præmis 102, har Kommissionen selv anført, at udstedelses- og tilslutningsaktiviteterne begge var uundværlige for CB-betalingssystemet i dets helhed, idet de handlende dels ikke ville acceptere at tilslutte sig kortbetalingssystemet, hvis antallet af kortholdere ikke var tilstrækkeligt stort, dels ønskede forbrugerne ikke at få et kort, hvis dette ikke kunne bruges hos et tilstrækkeligt stort antal handlende.

128. De omtvistede foranstaltninger havde således til formål at opnå et økonomisk bidrag fra de medlemmer, der i forbindelse med kortudstedelsesaktiviteten drager direkte fordel af tilslutningen til betalingssystemet som følge af den indsats, andre medlemmer har gjort i forbindelse med tilslutningsaktiviteten. Disse foranstaltninger, navnlig MERFA, indebærer i det væsentlige en ordning med henblik på opkrævning af et finansielt bidrag fra de medlemmer, der ikke er særlig aktive i forbindelse med »tilslutningsaktiviteten«.

129. Når medlemmer af et net, der uden modydelser nyder godt af den indsats, som andre medlemmer har gjort for at udvikle nettet, pålægges et finansielt bidrag, mener jeg dog ikke, at dette har et konkurrencebegrænsende formål.

130. I det foreliggende tilfælde kan størrelsen af det gebyr, der opkræves, eller de problemer, som nogle operatører støder på i forbindelse med udvikling af tilslutningsaktiviteten, ganske vist medføre en udelukkelse af operatører, der ikke betaler de pålagte gebyrer i forbindelse med de pågældende foranstaltninger. Medmindre man påberåber sig teorien om »essentielle faciliteter« [55], hvilket Kommissionen på ingen måde har gjort i den foreliggende sag [56], og hvis anvendelighed under alle omstændigheder forekommer mig tvivlsom [57], mener jeg ikke, at dette er kritisabelt ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt.

54 — Jf. dom af 28.1.1986, sag 161/84, Pronuptia de Paris, Sml. s. 353, præmis 15-17, og af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641.

55 — Det skal bemærkes, at indehaveren af en ressource eller en struktur i henhold til denne teori skal stille denne til rådighed for sine konkurrenter, når adgang til denne struktur er nødvendig for udøvelsen af deres aktiviteter (jf. i denne retning dom af 29.4.2004, sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039).

56 — Jf. i denne retning den appellerede doms præmis 66 og 224.

57 — Kommissionen understregede selv i *XXX Beretning om Konkurrencepolitikken 2000* følgende: »Kommissionen har fastslået, at CB-systemet ikke er en essentiel facilitet, og at gruppen derfor selv kan bestemme, om konkurrenter skal have adgang til det eller ej (forudsat at de behandles ens)« (punkt 207).

131. Hvis det ikke kan udelukkes, at de omtvistede foranstaltninger resulterer i, at nogle medlemmer af Groupement tilskyndes til enten at begrænse deres udstedelsesaktiviteter eller til at øge deres tilslutningsaktiviteter, og den sidstnævnte løsning viser sig helt konkret at være vanskelig og dermed medfører deres udelukkelse fra systemet, skal dette spørgsmål under alle omstændigheder behandles i forbindelse med undersøgelsen af de pågældende foranstaltningers potentielle konkurrencebegrænsende virkninger og ikke i forbindelse med undersøgelsen af deres formål. Jeg mener, at den udelukkelse, som gebyrforanstaltninger som dem, der er tale om i den foreliggende sag, medfører, kun kan undersøges i forbindelse med undersøgelsen af de konkurrencebegrænsende virkninger.

132. Jeg må navnlig indrømme, at jeg er forundret over såvel Kommissionens som Rettens læsning af de omtvistede foranstaltninger vedtaget af Groupement over for alle medlemmerne, der, som det er blevet gjort gældende, er enten ledende banker eller medlemmer, der er tilknyttet eller tilsluttet de ledende banker [58]. Da gebyrforanstaltningerne direkte eller indirekte berører alle Groupements medlemmer, har jeg svært ved at forstå, hvordan disse skulle kunne indebære en konkurrencebegrænsende ordning, og at de endog på en eller anden måde skulle være udformet således, at de skåner de ledende banker [59].

133. Det følger af ovenstående betragtninger, at hverken de pågældende foranstaltningers indhold eller mål støtter den konklusion, hvorefter Kommissionen med rette har fastslået, at der i den foreliggende sag er tale om et konkurrencebegrænsende formål.

iii) Det tredje led vedrørende undersøgelsen af den sammenhæng, som foranstaltningerne er udarbejdet i

134. Appellanten har gjort gældende, at Retten har begået adskillige fejl i forbindelse med analysen af den sammenhæng, som de pågældende foranstaltninger indgår i.

135. For det første gør appellanten gældende, at Retten fejlagtigt har taget hensyn til den retlige sammenhæng dels ved at fejlfortolke retspraksis om konkurrencebegrænsende formål, navnlig dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, dels ved at fejlfortolke de spørgsmål, der er behandlet i tidligere beslutningspraksis. I denne henseende er den appellerede dom navnlig behæftet med en selvmodsigende begrundelse, idet Retten i den pågældende doms præmis 94 og 99 både har fastslået, at den undersøgte praksis i de to »Visa«-beslutninger [60] er væsentligt forskellig fra den praksis, der er tale om i den foreliggende sag, og at disse to Visa-beslutninger vedrører »lignende eller identiske situationer«. Den fejlagtige analyse fremgår ligeledes af den omstændighed, at Kommissionen selv accepterede at drøfte eventuelle tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, dvs. foranstaltninger, »der imødekommer [dens] betænkeligheder«, og som ikke som sådan karakteriserer en overtrædelse på konkurrenceområdet.

136. For det andet mener appellanten, at Retten har begået retlige fejl i forbindelse med sin hensyntagen til den økonomiske sammenhæng, navnlig ved at se bort fra CB-betalingssystemernes tosidede funktionsmåde.

58 — Jf. den appellerede doms præmis 3, hvori 29. betragtning til den omtvistede beslutning gengives.

59 — Jf. den appellerede doms præmis 130. BNP Paribas har i såvel sit svarskrift som under retsmødet understreget, at det navnlig var påstanden om, at alle de ledende banker ikke ville være omfattet af de pågældende foranstaltninger, og som efter BNP Paribas' mening er fejlagtig, der har berettiget betegnelsen overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål. Ved at knæsætte denne grundlæggende påstand har Retten angiveligt tilsidesat sin begrundelsespligt.

60 — Kommissionens beslutninger om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53, nemlig beslutning 2001/782/EF af 9.8.2001 (sag COMP/29 373 – Visa International) (EFT L 293, s. 24, herefter »Visa-beslutningen af 2001«) og beslutning 2002/914/EF af 24.7.2002 (sag COMP/29 373 - Visa International - multilateralt interbankgebyr) (EFT L 318, s. 17, herefter »Visa-beslutningen af 2002«).

137. For det tredje mener appellanten, at Retten har begået fejl i forbindelse med sin hensyntagen til den økonomiske sammenhæng ved at undlade at foretage en prøvelse af de komplekse økonomiske vurderinger. I det foreliggende tilfælde har Retten på ingen måde foretaget denne objektive minimumsprøvelse af de økonomiske vurderinger i den omtvistede beslutning, men har blot i den appellerede doms præmis 320 og 321 afvist nogle økonomiske undersøgelser fremlagt af Groupement med den begrundelse, at de angiveligt var i strid med andre undersøgelser.

138. Det fremgår af bedømmelsen af dette anbringendes to første led, at tilstedeværelsen af et konkurrencebegrænsende formål i henhold til artikel 81, stk. 1, EF ikke er godtgjort, når man ser på indholdet af de pågældende foranstaltninger og det formål, de forfølger.

139. Under disse omstændigheder skal elementer i den økonomiske og retlige sammenhæng [61], som de pågældende foranstaltninger indgår i, ikke være af en sådan art, at de alene kan påvise, at der findes et konkurrencebegrænsende formål. Som allerede anført kan undersøgelsen af sammenhængen på ingen måde kompensere for en manglende faktisk påvisning af et konkurrencebegrænsende formål (jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse).

140. For fuldstændighedens skyld skal følgende dog understreges.

141. Hvad angår for det første hensyntagen til den retlige sammenhæng er fastslåede erfaringer i bred forstand som allerede nævnt et element, der skal tages hensyn til, når det skal fastslås, om der findes et konkurrencebegrænsende formål (jf. punkt 55 ff. i dette forslag til afgørelse).

142. Mens de fastslåede erfaringer utvivlsomt kan underbygge visse samarbejdsformers iboende konkurrenceskadende karakter i tilfælde af åbenlyse og/eller indlysende restriktioner, der efter al sandsynlighed har en indvirkning på konkurrencen, er jeg imidlertid ikke overbevist om, at Kommissionens beslutningspraksis altid er et stærkt argument. Den omstændighed, at Kommissionen ikke tidligere har vurderet, at en aftale af en bestemt type på grund af sit formål var konkurrencebegrænsende, er i sig selv ikke til hinder for, at den kan gøre det i fremtiden efter en individuel og indgående analyse af de omtvistede foranstaltninger.

143. I den foreliggende sag bør Kommissionens tidligere stillingtagen i forbindelse med aftaler vedtaget inden for rammerne af betalingssystemerne, navnlig dens stillingtagen i Visa-beslutningerne af 2001 og 2002, forudsat at denne stillingtagen vedrører foranstaltninger, der i det væsentlige er identiske med de foranstaltninger, der er tale om i den foreliggende sag, ikke nødvendigvis foregribe de pågældende foranstaltningers konkurrencebegrænsende formål.

144. Ikke desto mindre var det nødvendigt at være meget opmærksom på begrundelserne for at afvige fra de hidtidige konklusioner i Kommissionens beslutningspraksis vedrørende markedet for betalingssystemer. Det påhvilede navnlig Retten at prøve, hvorfor de pågældende foranstaltninger til forskel fra de foranstaltninger, der er vedtaget på det samme marked, hvis lighed hermed Retten til dels har erkendt [62], var af en så skadelig karakter, at de kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

61 — Selv om appellantens påstande er opdelt i tre led, mener jeg, at det tredje, hvori Retten kritiseres for at have undladt at foretage en prøvelse af komplekse økonomiske vurderinger, uden problemer kan behandles sammen med spørgsmålet om undersøgelse af den økonomiske sammenhæng.

62 — Også selv om der ser ud til at være en mindre selvmodsigelse mellem konklusionen i den appellerede doms præmis 94, hvorefter de foranstaltninger, der var omhandlet i Visa-beslutningerne af 2001 og 2002, ikke kan anses for at være sammenlignelige, og konklusionen i samme doms præmis 99, hvorefter det ikke kan udledes af begrundelsespligten, at Kommissionen ud over at begrunde sin beslutning med henvisning til de pågældende sagsakter skal redegøre specifikt for årsagerne til, at den er nået frem til en anden konklusion end den, som den nåede frem til i en tidligere sag vedrørende tilsvarende eller identiske situationer eller vedrørende de samme økonomiske aktører.

145. Med hensyn til den præcedens, som dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers skulle udgøre i den foreliggende sag, mener jeg som allerede anført i punkt 69-73 i dette forslag til afgørelse, at denne sag adskiller sig klart fra den foreliggende sag på flere punkter.

146. Hvad angår for det andet hensyntagen til den økonomiske sammenhæng kritiserer Groupement i det væsentlige Retten for at have set bort fra CB-systemets karakteristika, særlig systemets tosidede karakter.

147. Selv hvis det antages, at det kunne udledes af de pågældende foranstaltningers indhold og mål, at de havde et konkurrencebegrænsende formål, mener jeg i denne forbindelse, at flere ting i sammenhængen svækker denne konklusion.

148. Her skal jeg understrege, at Kommissionen ikke, når den skal fastslå, om der findes et konkurrencebegrænsende formål, navnlig når der er tale om en begrænsning, som ikke er åbenlys, kan begrænse sig til at gennemføre en abstrakt undersøgelse.

149. Hensyntagen til de eksisterende interaktioner mellem »udstedelses«-delen og »tilslutnings«-delen i forbindelse med undersøgelsen af den sammenhæng, som foranstaltningerne er udarbejdet i, med henblik på at påvise et konkurrencebegrænsende formål adskiller sig efter min mening meget fra hensyntagen til definitionen af det relevante marked. Det drejer sig således ikke om at sætte spørgsmålstegn ved påstanden om, at markederne for udstedelse og tilslutning er meget adskilte, men om at undersøge, om der er taget tilstrækkeligt hensyn til den økonomiske sammenhæng, i hvilken foranstaltningerne er udarbejdet.

150. I den foreliggende sag krævede CB-systemets korrekte funktion, som appellanten også gjorde gældende over for Retten, at de såkaldte udstedelses- og tilslutningsaktiviteter udøves på en afbalanceret måde. Set i dette lys kan det ikke udelukkes, at der kan tages hensyn til de enkelte medlemmers respektive bidrag til udviklingen af hver af disse funktioner. Uanset om der er tale om et eksisterende medlem eller et nytilkommet, drager et medlem af Groupement, der hovedsageligt eller udelukkende er aktiv inden for udstedelse af bankkort, fordel af investeringerne i udvikling af »tilslutnings«-funktionen, som er et nødvendigt element for systemets fortsatte eksistens.

3. Konklusion

151. Afslutningsvis ser det ud til, at Retten har begået en retlig fejl dels ved at anlægge og vælge en bred fortolkning af begrebet konkurrencebegrænsende formål, dels ved netop at anvende en sådan tilgang ved undersøgelsen af de omtvistede foranstaltningers indhold og formål og den sammenhæng, de indgår i.

152. Retten har navnlig undladt at foretage en prøvelse af, om Kommissionen, henset til de pågældende foranstaltningers indhold og mål og den sammenhæng, de indgår i, med rette kunne fastslå, at foranstaltningerne var så skadelige, at det måtte formodes, at de havde konkurrencebegrænsende virkninger.

153. Domstolen skal kontrollere den appellerede dom på dette punkt, og den kan alene af denne årsag ophæves.

154. Da Retten ikke har fundet det nødigt at undersøge, om de pågældende foranstaltninger havde en konkurrencebegrænsende virkning, bør den foreliggende sag hjemvises til Retten.

155. Såfremt Domstolen ikke skulle tilslutte sig min konklusion, vil jeg imidlertid kort undersøge det andet og det tredje anbringende, som appellanten har gjort gældende i forbindelse med denne appel.

B – *Det andet anbringende om retlige fejl ved anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende virkning*

156. Appellanten har støttet af BNP Paribas gjort gældende, at kun fire af den appellerede doms 455 præmisser er helliget undersøgelse af de pågældende foranstaltningers virkninger. Retten har ud over at have begået en retlig fejl i sin undersøgelse af, om der findes en konkurrencebegrænsende virkning, angiveligt undladt på fyldestgørende vis at besvare alle de argumenter, som appellanten har fremført, og dette er sket i strid med den begrundelsespligt, den er pålagt i henhold til bestemmelserne i artikel 36, sammenholdt med bestemmelserne i artikel 53, første afsnit, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol. Kommissionen har navnlig ikke påvist, at de pågældende foranstaltninger rent faktisk har fremkaldt nytilkomnes udtræden af markedet eller en begrænsning af deres bankkortudstedelsesaktiviteter.

157. Da Retten i den foreliggende sag netop ikke har undersøgt, om de omtvistede foranstaltninger havde konkurrencebegrænsende virkninger, og såfremt Domstolen i modsætning til, hvad jeg har foreslået, konkluderer, at Retten uden at begå en retlig fejl har kunnet fastslå, at de pågældende foranstaltninger havde til »formål« at begrænse konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, bør det andet anbringende forkastes som irrelevant [63].

158. Ifølge fast retspraksis [64] og i forlængelse af det ovenstående er det ikke nødvendigt at tage hensyn til en aftales konkurrencebegrænsende virkninger, når det fremgår, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.

159. Retten begik således ikke en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 269-272 fastslog, at anbringendet om retlige fejl og faktuelle fejl og fejlbedømmelse i forbindelse med undersøgelsen af virkningerne af de pågældende foranstaltninger måtte forkastes, eftersom den havde fastslået, at de pågældende foranstaltninger havde til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det indre marked i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

160. Retten kan heller ikke kritiseres for at have tilsidesat sin begrundelsespligt på dette punkt. I den foreliggende sag har Retten, sådan som den i henhold til retspraksis har beføjelser til, fundet det hensigtsmæssigt at holde sig til en undersøgelse af, om der findes et konkurrencebegrænsende formål, men den var ikke forpligtet til at redegøre for årsagerne til, at de omtvistede foranstaltninger desuden havde konkurrencebegrænsende virkninger.

161. I forbindelse med den foreliggende sag tilkommer det i øvrigt ikke Domstolen at prøve spørgsmålet om, hvorvidt de pågældende foranstaltninger kunne anses for at have konkurrencebegrænsende virkninger, uanset deres eventuelle konkurrencebegrænsende formål. Det tilkommer ikke Domstolen at prøve, om Kommissionen har påvist, at de omtvistede foranstaltninger har resulteret i nytilkomnes udtræden af markedet eller en begrænsning af deres CB-udstedelsesplan. Dette gør sig i endnu højere grad gældende, fordi Kommissionen som allerede nævnt [65] har helliget en væsentlig del af den omtvistede beslutning undersøgelsen af de virkninger, som de pågældende foranstaltninger har.

162. I sidste ende mener jeg under alle omstændigheder ikke, at dette anbringende kan tages til følge.

63 — Domstolen har i denne forbindelse navnlig præciseret, at den vigtige undersøgelse af argumenterne vedrørende aftalens konkurrencebegrænsende formål i forhold til argumenterne om den konkurrencebegrænsende virkning i endnu højere grad er berettiget, fordi appellen af den appellerede doms begrundelse vedrørende aftalens konkurrencebegrænsende virkning umiddelbart skal forkastes, såfremt den påberåbte urigtige retsanvendelse ved vurderingen af aftalens formål foreligger (jf. dommen i sagen GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 56).

64 — Jf. LTM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, og dommen i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers, præmis 16.

65 — Jf. punkt 2 i dette forslag til afgørelse.

C – Det tredje anbringende om det forhold, at Retten angiveligt har tilsidesat proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet ved ikke at annullere det påbud, der er indeholdt i den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2

163. Appellanten har med støtte fra BNP Paribas gjort gældende, at Retten ved ikke at annullere det i den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2, indeholdte påbud, som pålægger Groupement at afholde sig fra i fremtiden at vedtage nogen foranstaltning eller adfærd med et formål eller en virkning, der er identisk med eller svarer til de pågældende foranstaltninger, har tilsidesat proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet.

164. Hvad angår for det første proportionalitetsprincippet, der er knæsat i artikel 5, stk. 4, TEU, understreger appellanten, at Retten i henhold til artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 burde have fastslået, at den af Kommissionen pålagte forpligtelse ikke var nødvendig i forhold til det ønskede mål, dvs. »at bringe den pågældende overtrædelse til ophør«, for så vidt som Groupement allerede før vedtagelsen af den omtvistede beslutning havde ophævet foranstaltningerne, og for så vidt som det i den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 1, kræves, at overtrædelsen straks bringes til ophør ved, at de anmeldte gebyrforanstaltninger ophæves. Retten burde ligeledes have fastslået, at det omstridte påbud er uforholdsmæssigt, da det også omfatter foranstaltninger med en »tilsvarende« virkning. Behovet for at afgrænse påbuddet bedre er endnu vigtigere i den foreliggende sag, fordi Rettens og Groupements analyser af de pågældende foranstaltninger er meget forskellige.

165. Hvad angår dernæst retssikkerhedsprincippet mener appellanten, at Retten burde have konstateret, at den omtvistede beslutning var behæftet med en stor tvetydighed med hensyn til rækkevidden af det udstedte påbud, som ville medføre retsusikkerhed for Groupement med hensyn til de foranstaltninger, som den har lov til at vedtage i fremtiden for at sikre sin konkurrenceevne og sin udvikling. Usikkerheden ligger i den foreliggende sag i den meget generelle og upræcise kvalifikation af de foranstaltninger, som det er Groupement forbudt at gennemføre i fremtiden, idet den kan omfatte alle foranstaltninger til genopretning af balancen, som vurderes nødvendige i fremtiden for at styrke CB-systemets konkurrencestilling eller dets udvikling. Groupement ville således blive forhindret i at træffe foranstaltninger til bekæmpelse af parasitisk adfærd, som det pågældende system måtte blive udsat for.

166. Det skal bemærkes, at appellanten med sit tredje anbringende ønsker at kritisere Kommissionen for ikke at have afgrænset rækkevidden af det i den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2, omhandlede påbud bedre, uden dog at påvise en retlig fejl begået af Retten, navnlig i forbindelse med fortolkningen af Domstolens retspraksis.

167. Det må fastslås, at dette anbringende i det væsentlige består i de argumenter, der blev fremført til støtte for søgsmålet ved Retten i forbindelse med det sjette anbringendes andet led[66], og alene af denne grund bør forkastes.

168. Når det er sagt, indebærer dette anbringende en interessant problematik, der hænger nøje sammen med undersøgelsen af det første anbringende, og som vedrører de beføjelser til at udstede påbud, der er tillagt Kommissionen, og den prøvelse af udøvelsen af disse beføjelser, som Retten skal foretage.

169. Hvis parterne er enige, opstår spørgsmålet, når det skal afgøres, om proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet finder anvendelse, om, hvilken rækkevidde disse principper har, når Kommissionen har fastslået, at der findes en praksis med et konkurrencebegrænsende »formål« i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

66 — Jf. den appellerede doms præmis 435-452.

170. Med hensyn til overholdelsen af proportionalitetsprincippet foranlediger behovet for at sikre nyttevirkningen af en beslutning, der fastslår, at der er tale om en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, mig til at drage den konklusion, at Kommissionen, når det klart er fastslået, at der findes et konkurrencebegrænsende »formål«, er bemyndiget til at påbyde de anklagede virksomheder ikke blot at ophæve og annullere gennemførelsen af de omtvistede foranstaltninger, men ligeledes at afholde sig fra i fremtiden at gennemføre enhver foranstaltning, der har et tilsvarende formål.

171. Det konkurrencebegrænsende formål, som de påklagede foranstaltninger angiveligt har, skal klart påvises og afgrænses, hvilket jeg, som allerede nævnt i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringende, ikke mener er sket.

172. Jeg mener, at dette krav ligeledes gælder i forbindelse med overholdelse af retssikkerhedsprincippet.

173. Når de omtvistede foranstaltningers konkurrencebegrænsende formål er tilstrækkeligt påvist og påviseligt, skal Kommissionen kunne pålægge de berørte virksomheder at afholde sig fra enhver tilsvarende adfærd. Gyldigheden af en sådan tilgang er efter min mening mere kritisabel, når det konkurrencebegrænsende formål ikke er defineret eller er utilstrækkeligt defineret, eller når virksomhederne som i den foreliggende sag selv skal klarlægge omfanget af det pågældende påbud.

V – **Forslag til afgørelse**

174. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at den træffer følgende afgørelse:

»1) Den Europæiske Unions Rets dom af 29. november 2012 (sag T-491/07), CB mod Kommissionen, ophæves.

2) Sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret.

3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«