CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 27 maart 2014[1]

Zaak C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Markt van bankkaarten in Frankrijk — Groupement des cartes bancaires (CB) — Tariefmaatregelen die gelden voor ‚nieuwkomers' bij de Groupement — Lidmaatschapsgeld en zogenoemd ‚reguleringsmechanisme voor acquisitiefunctie' en ‚mechanisme om slapende leden te wekken' — Bestaan van mededingingsbeperkende strekking — Bevoegdheid om bevel uit te vaardigen — Naleving van het evenredigheids- en rechtszekerheidsbeginsel"

1. De Groupement des cartes bancaires (CB) (hierna: „Groupement" of „rekwirant") verzoekt om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 29 november 2012, CB/Commissie[2], waarbij het door hem ingestelde beroep is verworpen, strekkende tot nietigverklaring van beschikking C(2007) 5060 def. van de Commissie van 17 oktober 2007 inzake een procedure op grond van artikel [81 EG] (zaak COMP/D1/38.606 – Groupement des cartes bancaires „CB") (hierna: „litigieuze beschikking").

2. Het Hof moet in het bijzonder bepalen of het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, kon vaststellen dat de betrokken maatregelen de „strekking" hadden de mededinging te beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101, lid 1, VWEU), aangezien het Gerecht in casu niet de gevolgen voor de mededinging heeft onderzocht, anders dan de Europese Commissie, die na diepgaande studie in de litigieuze beschikking heeft vastgesteld dat deze maatregelen niet alleen die strekking hadden, maar ook mededingingsverstorende gevolgen.[3]

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-491/07 (hierna: „bestreden arrest").

3 — Zie de punten 252-358 van de litigieuze beschikking.

3. In het bijzonder moet de vraag worden beantwoord of het Gerecht terecht een nogal ruime opvatting van het begrip „beperking naar strekking" heeft aangehouden en in voorkomend geval heeft toegepast. Deze belangrijke vraag, die stellig niet volstrekt nieuw is, speelt in het hele specifieke kader van de markt van bankkaarten, waarvan de tweezijdigheid [4] en de zeer specifieke eigenschappen vooralsnog [5] nog niet door het Hof zijn onderzocht. Belangrijker is dat deze zaak het Hof opnieuw in staat stelt om zijn enigszins controversiële rechtspraak over het begrip „beperking naar strekking" in de zin van artikel 81, lid 1, EG te verfijnen.

I – **Voorgeschiedenis van het geding**

4. De voorgeschiedenis van het geding als blijkend uit het bestreden arrest kan als volgt worden samengevat.

5. Rekwirant is een economisch samenwerkingsverband naar Frans recht, dat in 1984 door de belangrijkste Franse bankinstellingen is opgericht om de interoperabiliteit van betaal- en geldopnamesystemen tot stand te brengen die gebruik maken van door zijn leden uitgegeven bankkaarten (hierna: „CB- kaarten"). Deze interoperabiliteit betekent in de praktijk dat een door een lid van de Groupement uitgegeven CB-kaart kan worden gebruikt om bij alle bij het bankkaartensysteem aangesloten handelaren betalingen te verrichten via ieder ander lid en/of om geld op te nemen bij de door alle andere leden geëxploiteerde geldautomaten. De leden van de Groupement, 148 op 29 juni 2007, zijn hetzij zogenoemde „leidende banken", hetzij instellingen die daartoe behoren. Krachtens de oprichtingsovereenkomst van de Groupement worden BNP Paribas, BPCE, voorheen Caisse Nationale des Caisses d'Epargne et de Prévoyance (CNCEP) en Société générale (hierna: „SG") tot de elf leidende banken gerekend.

6. Op 10 december 2002 heeft de Groupement krachtens verordening nr. 17 [6] verschillende voorgenomen nieuwe regels voor het bankkaartensysteem bij de Commissie aangemeld, waaronder met name [7] drie tariefmaatregelen die het volgende inhielden:

— een regeling genaamd „MERFA" [8] die volgens de Groupement in wezen tot doel had enerzijds de leden die meer uitgevers dan acquisiteurs zijn, aan te sporen om hun acquisitieactiviteiten te intensiveren, en anderzijds in financieel opzicht rekening te houden met de inspanningen van de leden wier acquisitieactiviteit vergeleken met hun uitgifteactiviteit aanzienlijk was. In de daarvoor vastgestelde rekenformule werd het aandeel van het lid in de totale acquisitieactiviteiten van het bankkaartensysteem (gemeten in aantal SIREN-nummers [9] en geldautomaten) vergeleken met het aandeel van dat lid in de totale uitgifteactiviteiten van dit systeem. Het MERFA trad in werking indien de verhouding tussen beide ratio's minder dan 0,5 was. De uit hoofde van MERFA geheven bedragen werden onder de leden van de Groupement die niet MERFA-plichtig waren verdeeld naar rato van hun bijdrage aan de acquisitieactiviteit. Deze leden konden vrij beschikken over de uit dien hoofde ontvangen bedragen.

4 — Een tweezijdige markt kan worden omschreven als een markt waarin de omvang van de gerealiseerde transacties niet alleen afhangt van het algemene pijl van de door de leden betaalde prijzen, maar ook van de structuur ervan (Rochet, J.-C., en Tirole, J., „Two-sided markets: a progress report", *The RAND Journal of Economics*, deel 37, nr. 3, 2006, blz. 645-667).

5 — In de thans bij het Hof aanhangige zaak MasterCard e.a./Commissie (C-382/12 P) (zie de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 30 januari 2014) gaat het om bepaalde besluiten die in het kader van een door MasterCard beheerd zogenoemd „open" bankkaartensysteem zijn genomen. Deze zaak werpt niet alleen andere rechtsvragen op dan in casu aan de orde zijn, maar heeft ook betrekking op hele andere maatregelen voor de heffing van mutilaterale fall-back afwikkelingsvergoedingen (MFA).

6 — Verordening van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204).

7 — Uit de beschrijving van de maatregelen blijkt dat de aangemelde maatregelen, behalve tariefmaatregelen, een aanpassing van de berekeningswijze van de stemrechten van de leden binnen de Groupement omvatten.

8 — Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur (reguleringsmechanisme voor de acquisitiefunctie).

9 — Système d'identification au répertoire des entreprises (Identificatiesysteem van het ondernemingsregister).

— een herziening van het lidmaatschapsgeld van de Groupement dat, behalve in een vast bedrag van 50 000 EUR verschuldigd bij toetreding, bestond in een bijdrage per uitgegeven en actieve CB-kaart gedurende drie jaar na de toetreding en, in voorkomend geval, een aanvullende lidmaatschapsbijdrage voor leden wier CB-kaartenbestand in de loop of aan het einde van het zesde jaar na toetreding meer dan drie keer zo groot was dan het bestand dat zij aan het einde van het derde jaar na hun toetreding hadden.

— een regeling die wordt aangeduid als „het wekken van slapende leden", bestaande in een bijdrage per uitgegeven CB-kaart voor leden die vóór de datum van inwerkingtreding van de nieuwe tariefmaatregelen niet of weinig actief waren geweest en wier aandeel in de uitgifte van CB-kaarten binnen het gehele CB-kaartensysteem in een van de jaren 2003, 2004 en 2005 meer dan drie keer groter was geweest dan hun aandeel in de totale CB-kaartenactiviteit van het gehele CB-kaartensysteem in het boekjaar 2000, 2001 of 2002.

7. Op 6 juli 2004 heeft de Commissie een eerste mededeling van punten van bezwaar vastgesteld, die zij heeft toegezonden aan de Groupement en negen leidende banken die aan een controle waren onderworpen. Zij verweet hun een „geheime mededingingsverstorende overeenkomst" te hebben gesloten die „in het algemeen ertoe strekte om de mededinging te beperken tussen de bij de overeenkomst aangesloten banken alsmede om gezamenlijk de mededinging van nieuwkomers op de markt van uitgifte van [CB-kaarten] te belemmeren (in het bijzonder de bankdivisies van de grote detailhandelaren, de online-banken en de buitenlandse banken)". Volgens haar „[was] de aanmelding gedaan om de echte inhoud van de mededingingsverstorende overeenkomst te verdoezelen". Zij overwoog om ieder gevolg aan de aanmelding te ontzeggen en een boete op te leggen aan de adressaten van deze mededeling van punten van bezwaar. De Groupement heeft op 8 november 2004 op deze mededeling van punten van bezwaar gereageerd; op 16 en 17 december 2004 heeft een hoorzitting plaatsgevonden.

8. Op 17 juli 2006 heeft de Commissie een tweede mededeling van punten van bezwaar vastgesteld, die alleen aan de Groupement gericht was. Hierin gaf zij aan dat de eerste mededeling van punten van bezwaar geacht moest worden te zijn ingetrokken. Deze tweede mededeling van punten van bezwaar betrof een besluit van een ondernemersvereniging waarbij een reeks tariefmaatregelen met een mededingingsverstorend doel of gevolg was ingevoerd. De Groupement heeft op 19 oktober 2006 op deze tweede mededeling van punten van bezwaar gereageerd; op 13 november 2006 is een hoorzitting gehouden.

9. Op 20 juli 2007 heeft de Groupement krachtens artikel 9 van verordening nr. (EG) nr. 1/2003[10] een voorstel met toezeggingen gedaan, dat door de directeur-generaal van het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie als te laat en ontoereikend is beschouwd.

10. De Commissie heeft bijgevolg de litigieuze beschikking vastgesteld waarin zij van mening was dat de Groupement artikel 81 EG had geschonden. Deze beschikking heeft met name de volgende inhoud:

— de betrokken markt is omschreven als de markt van uitgifte van betaalkaarten in Frankrijk;

— de betrokken maatregelen zijn een besluit van een ondernemersvereniging;

— deze maatregelen hebben een mededingingsverstorend doel. Dit doel blijkt uit de in die maatregelen aangegeven rekenformules en is in strijd met de in de aanmelding aangegeven doelstellingen van die maatregelen. Enerzijds zijn deze maatregelen niet geschikt om de acquisitie te stimuleren en leiden tot extra kosten voor de leden die hieraan zijn onderworpen of tot beperking van de uitgifteactiviteiten van leden die anders aan die regeling onderworpen zouden zijn

10 — Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 2003, L 1, blz. 1).

geweest. Anderzijds is de aan het MERFA toegeschreven functie van stimulering van de acquisitie in tegenspraak met de functie van de interbancaire commissies, het extra lidmaatschapsgeld en de heffing om slapende leden te wekken. Dit mededingingsverstorende doel stemt overeen met de door de leidende banken bij de voorbereidende werkzaamheden uitgesproken werkelijke doelstellingen van deze regeling, te weten de wil om de concurrentie van nieuwkomers te belemmeren en hen te straffen, de inkomsten van de leidende banken veilig te stellen en de daling van de prijs van CB-kaarten te beperken;

— de betrokken maatregelen hebben ook een mededingingsbeperkend gevolg. In de periode waarin deze maatregelen van toepassing waren (tussen 1 januari 2003 en 8 juni 2004) hebben zij er in het bijzonder toe geleid dat de nieuwkomers minder CB-kaarten hebben uitgegeven dan zij hadden gepland en dat de prijs van de CB-kaarten, zowel van de nieuwkomers als van de leidende banken, niet is gedaald;

— de betrokken maatregelen kunnen niet worden beschouwd als nevenrestricties die buiten de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG vallen;

— aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG is niet voldaan. Met name kan de rechtvaardiging van de betrokken maatregelen, en in het bijzonder wat het MERFA betreft, als mechanisme om de acquisitie- en uitgiftetaken met elkaar in evenwicht te brengen, niet worden aanvaard, aangezien de onderlinge verhouding tussen de uitgifteactiviteit en de acquisitieactiviteit wordt bepaald door de leidende banken en die verhouding niet het optimale evenwicht oplevert voor het CB-kaartensysteem.

11. De Commissie heeft op grond daarvan geconcludeerd dat artikel 81, lid 3, EG niet van toepassing is op de betrokken maatregelen, dat het besluit van de Groupement betreffende de betrokken maatregelen in strijd is met het bepaalde in artikel 81, lid 1, EG en overeenkomstig artikel 81, lid 2, EG van rechtswege nietig, en dat er daarom gegronde redenen waren om de Groupement te gelasten de betrokken maatregelen in te trekken en zich in de toekomst te onthouden van iedere overeenkomst, besluit van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een soortgelijk doel of gevolg.

12. De litigieuze beschikking bepaalt:

„Artikel 1

De tariefmaatregelen die door de [Groupement] zijn vastgesteld bij de besluiten van 8 en 29 november 2002 [van de Raad van Bestuur], te weten [MERFA], het lidmaatschapsgeld per bankkaart en de extra lidmaatschapsbijdrage, alsmede de voor de leden van de Groupement die sinds hun toetreding als lid geen aanmerkelijke activiteit wat ‚CB'-kaarten betreft hebben ontplooid, geldende [heffing om slapende leden te wekken] zijn in strijd met artikel 81 [EG].

Artikel 2

De Groupement maakt onmiddellijk een einde aan de in artikel 1 vermelde inbreuk, door de aangemelde tariefmaatregelen beschreven in artikel 1 in te trekken, voor zover hij dat niet reeds heeft gedaan.

De Groupement onthoudt zich in de toekomst van iedere maatregel of gedraging met een identiek of soortgelijk doel of gevolg."

II – **Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest**

13. Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 december 2007, heeft rekwirant beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld. BNP Paribas, BPCE en SG hebben aan de zijde van rekwirant geïntervenieerd.

14. Rekwirant, ondersteund door interveniënten, heeft ter onderbouwing van zijn beroep zes middelen aangevoerd. Het eerste middel hield schending van artikel 81 EG in wegens fouten in de methode van onderzoek van de betrokken maatregelen en van de geselecteerde markten, schending van het gelijkheidsbeginsel en gebrekkige motivering; het tweede, schending van artikel 81, lid 1, EG wegens onjuiste opvatting van het recht en de feiten, en beoordelingsfouten bij het onderzoek van het doel van de betrokken maatregelen; het derde, onjuiste opvatting van het recht en de feiten, en beoordelingsfouten bij het onderzoek van de gevolgen van de betrokken maatregelen; het vierde, subsidiair aangevoerde middel, schending van artikel 81, lid 3, EG wegens een onjuiste opvatting van het recht en de feiten, en beoordelingsfouten bij het onderzoek of die bepaling op de betrokken maatregelen van toepassing is; het vijfde, schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, en het zesde, schending van het evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

15. Na al deze middelen te hebben afgewezen, heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen, de Groupement verwezen in zijn eigen kosten en in die van de Commissie, alsmede BNP Paribas, BPCE en SG verwezen in hun eigen kosten.

III – **Conclusies van partijen en procesverloop bij het Hof**

16. In hogere voorziening verzoekt rekwirant het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— de zaak naar het Gerecht te verwijzen, tenzij het Hof van oordeel is dat het genoegzaam is geïnformeerd om de litigieuze beschikking nietig te verklaren, en

— de Commissie te verwijzen in de voor het Gerecht en het Hof gemaakte kosten.

17. BNP Paribas, BPCE en SG hebben ter ondersteuning van rekwirant een memorie van antwoord ingediend.

18. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirant in de kosten.

19. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk uiteengezet en mondeling toegelicht op de terechtzitting van 22 januari 2014.

IV – **Beoordeling van de middelen van de hogere voorziening**

20. Rekwirant voert drie middelen ter ondersteuning van zijn hogere voorziening aan. Het eerste middel betreft schending van het recht bij de toepassing van het begrip „mededingingsbeperkende strekking", het tweede schending van het recht bij de toepassing van het begrip „mededingingsbeperkend gevolg", en het derde schending van het evenredigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel.

21. Rekwirant brengt om te beginnen naar voren dat het Gerecht bij de beschrijving van de feiten (punten 1 tot en met 48 van het bestreden arrest) essentiële gegevens kennelijk heeft genegeerd, waaruit blijkt dat het nooit de zienswijze van de Commissie heeft losgelaten en de door het Hof vereiste grondige juridische en feitelijke toetsing niet heeft verricht.[11] Daarbij zou het enerzijds gaan om het feit dat de Commissie radicaal van standpunt is veranderd tijdens de onderzoeksprocedure[12], wat het gevolg was van fundamentele fouten in de analyse die de Commissie niet heeft opgemerkt, en anderzijds om miskenning van de discussies die op de bij het Gerecht gehouden terechtzitting van 16 mei 2012 hebben plaatsgevonden over het begrip mededingingsbeperkende strekking, met name in verband met de uitlegging die van het arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers moet worden aangehouden.[13]

22. Volgens mij kunnen deze inleidende overwegingen, die de achtergrond van de in deze zaak opgeworpen vragen vormen, niet in die zin worden opgevat dat hiermee een of meer andere middelen worden ingeroepen dan die welke formeel zijn aangevoerd.

23. Daarom moeten de drie formeel aangevoerde middelen achtereenvolgens worden onderzocht, waarbij de nadruk moet worden gelegd op het eerste middel, dat volgens mij de kern van de discussie vormt en bovendien van bijzonder belang is.

A – *Eerste middel: schending van het recht bij de toepassing van het begrip beperking naar strekking*

24. Rekwirant, daarbij ondersteund door BNP Paribas, BPCE en SG, betoogt dat het Gerecht in verschillende opzichten het recht heeft geschonden bij de toepassing van artikel 81, lid 1, EG. De aanpak van het Gerecht, zo benadrukt hij, is een ernstig precedent omdat hiermee elke door een marktdeelnemer aan een andere marktdeelnemer in rekening gebrachte prijs als zodanig wordt verboden. Meer in het bijzonder stelt de Groupement dat het Gerecht eraan voorbij is gegaan dat het begrip mededingingsbeperkende strekking niet te ruim mag worden uitgelegd, en het onderzoekskader dat het Hof in het algemeen volgt om een dergelijke restrictie vast te stellen, heeft versluierd.

25. Alvorens alle grieven te behandelen die tegen de door het Gerecht gehanteerde onderzoeksmethode voor de betrokken maatregelen zijn aangevoerd, lijkt het mij absoluut noodzakelijk een aantal inleidende opmerkingen te maken over de aanpak die volgens mij moet worden aangehouden bij het onderzoek of er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

1. Algemene opmerkingen over de contouren van het begrip mededingingsverstorende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG

26. Het staat vast dat ieder verbods- en sanctiesysteem voor praktijken met collusie betrekking heeft op gedrag met een mededingingsbeperkende draagwijdte.[14]

27. Om vast te stellen welke gedragingen een mededingingsbeperkende draagwijdte hebben, zijn in het algemeen twee methoden denkbaar.

11 — Zie arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, Jurispr. blz. I-12789, punt 102).

12 — De Groupement benadrukt dat de Commissie de conclusie in de eerste mededeling van punten van bezwaar van 6 juli 2004 geenszins heeft losgelaten. Na de hoorzitting die op 16 en 17 december 2004 is gehouden, was de Commissie genoodzaakt geweest deze mededeling van punten van bezwaar die op geen enkele gedegen grondslag berustte, in te trekken.

13 — Arrest van 20 november 2008 (C-209/07, Jurispr. blz. I-8637).

14 — De term „beperking” moet in die zin worden opgevat dat het daarbij ook gaat om gevallen waarin de mededinging wordt „verhinderd” of „vervalst”. Evenzo moet de beperking waarvan hier sprake is in die zin worden opgevat dat deze niet alleen betrekking heeft op de vrijheid van handelen van de ondernemingen op de markt („restraint of trade”), maar ook op de werking en de structuur van de markt („restriction of competition”).

28. De eerste bestaat in een casuïstische aanpak, die een uitgebreid en grondig onderzoek van de reële en potentiële mededingingsverstorende gevolgen van het gedrag van de ondernemingen inhoudt. Het grote voordeel hiervan is weliswaar dat specifiek wordt gemikt op praktijken die duidelijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben, maar deze aanpak impliceert de inzet van omvangrijke middelen en is geen garantie voor procedurele efficiëntie. Zodoende kan die aanpak uiteindelijk in de weg staan aan de algemene opsporing van mededingingsverstorend gedrag.

29. Deze bezwaren hebben ertoe geleid om een alternatieve, voor een deel minder geïndividualiseerde weg te bewandelen die ook uitgaat van het gedrag dat na economisch onderzoek in het algemeen wordt geacht schadelijke gevolgen te hebben voor de mededinging.

30. Bij dit systeem is er in wezen geen verschil tussen het gedrag van ondernemingen dat na een individueel onderzoek als mededingingsbeperkend wordt aangemerkt, en het gedrag dat overeenkomstig een gestandaardiseerde aanpak mededingingsbeperkend is – alle twee zijn verboden. Het te maken onderscheid berust in de eerste plaats op overwegingen van procedurele aard in verband met het bewijs van de mededingingsverstorende gevolgen waartoe het gelaakte gedrag leidt.

31. Als verduidelijking: naar Amerikaans antitrust-recht worden bepaalde gedragingen als zodanig als een inbreuk beschouwd. Ondernemingen die zich in die zin hebben gedragen, kunnen noch voor de instantie die tot taak heeft mededingingsinbreuken te vervolgen, noch voor de rechter, de kwalificatie als mededingingsbeperkende afspraak aanvechten door bewijs te leveren dat dat gedrag weinig schadelijke gevolgen of zelfs bepaalde voordelen voor de mededinging meebrengt.

32. De verwijzing in artikel 81, lid 1, EG naar overeenkomsten die „ertoe strekken [...] dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst" heeft een vergelijkbare uitwerking, ook al is die niet dezelfde.

33. In de eerste plaats geldt dat, wanneer is vastgesteld dat gedrag van ondernemingen een mededingingsverstorende „strekking" heeft, dit gedrag in beginsel verboden is, zonder dat de gevolgen daarvan behoeven te worden onderzocht.

34. In de tweede plaats kan weliswaar in het kader van artikel 81, lid 3, EG worden overwogen om de mededingingsbevorderende en de mededingingsverstorende gevolgen tegen elkaar af te wegen, maar dat neemt niet weg dat het gebruik van het begrip mededingingsverstorende strekking bepaalde voordelen biedt, aangezien hiermee de beperkende invloed van bepaalde door ondernemingen gevolgde praktijken gemakkelijker kan worden vastgesteld.

35. Om te beginnen zorgt het voor ondernemingen onmiskenbaar voor voorspelbaarheid, en dus rechtszekerheid, aangezien zij hierdoor de rechtsgevolgen (in de zin van met name verboden en sancties) kunnen kennen van een aantal van hun handelingen, zoals bijvoorbeeld het maken van prijsafspraken, en derhalve hun gedrag kunnen aanpassen. Daarnaast heeft het benoemen van afspraken die een mededingingsbeperkende strekking hebben ook een afschrikkende werking en draagt het bij aan het voorkomen van mededingingsverstorend gedrag. Ten slotte schept het procedurele efficiëntie, aangezien de mededingingsautoriteiten hierdoor ten aanzien van een aantal vormen van collusie de mededingingsverstorende invloed ervan kunnen vaststellen zonder dat zij een veelal ingewikkeld en moeizaam onderzoek behoeven te doen naar de potentiële of werkelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt.

36. Die voordelen zouden zich echter alleen voordoen indien het gebruik van het begrip mededingingsbeperkende strekking duidelijk is afgebakend, anders zou hieronder gedrag kunnen vallen waarvan de schadelijke gevolgen voor de mededinging niet duidelijk zijn gebleken.

37. Deze overwegingen vinden meer concrete steun in de lessen die uit de vaste rechtspraak van het Hof kunnen worden getrokken.

38. Ten eerste, en zoals het Hof al in een vroeg stadium in het arrest LTM [15] heeft uitgemaakt en steeds heeft herhaald [16], volgt uit het alternatieve karakter van de voorwaarde van het bestaan van een overeenkomst die „ertoe [strekt] of tot gevolg [heeft]" de mededinging te beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG, hetgeen uit het voegwoord „of" blijkt, in de eerste plaats dat moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst in verband met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. Het Hof heeft op dit punt aangegeven dat, wanneer „een onderzoek van de *clausules* van deze overeenkomst echter niet aan het licht mocht brengen, *dat in voldoende mate van benadeling van de concurrentie sprake is*" (cursivering van mij), de gevolgen ervan moeten worden onderzocht, waarbij het voor de toepasselijkheid van het verbod noodzakelijk is, dat uit de gezamenlijke bestanddelen van de overeenkomst valt af te leiden, dat de mededinging inderdaad in merkbare mate is verhinderd dan wel beperkt of vervalst. Om te beoordelen of een overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt, behoeft dus niet te worden gelet op de concrete gevolgen ervan, zodra eenmaal is gebleken dat deze tot doel heeft, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen. [17]

39. Ten tweede heeft het Hof gepreciseerd dat het onderscheid tussen „inbreuken met mededingingsbeperkende strekking" en „inbreuken met mededingingsbeperkende gevolgen" verband houdt met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging. [18] Uiteenlopende samenwerkingsvormen tussen ondernemingen worden dan ook wegens het doel ervan geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben. Zo is niet alleen met betrekking tot andere vormen van horizontale samenwerking dan die genoemd in artikel 81, lid 1, sub a tot en met e, EG [19] geoordeeld dat zij ertoe strekken de mededinging te beperken, maar ook met betrekking tot een aantal verticale overeenkomsten. [20]

40. Ten derde veronderstelt de meer gestandaardiseerde beoordeling waartoe het gebruik van het begrip mededingingsbeperkende strekking leidt, een uitgebreid en individueel onderzoek van de litigieuze overeenkomst, dat echter duidelijk moet worden onderscheiden van het onderzoek van de werkelijke of potentiële gevolgen van het gedrag van de aangeklaagde ondernemingen.

41. In die zin heeft het Hof in een zeer vroeg stadium [21] beslist dat de vraag of een overeenkomst een beperkende strekking heeft, niet los kan worden gezien van de economische en juridische overwegingen die de partijen tot het sluiten van de overeenkomst hebben geleid. Vervolgens heeft het Hof er nogmaals op gewezen dat de clausules van de betrokken overeenkomsten inderdaad in het licht van de context ervan moeten worden onderzocht [22], waarbij de onderliggende gedachte is dat het moeilijk te verdedigen is de verenigbaarheid van een gedraging met de mededingingsbepalingen van het Verdrag te onderzoeken aan de hand van zuiver theoretische en abstracte overwegingen. [23]

15 — Arrest van 30 juni 1966 (56/65, Jurispr. blz. 392, 414).

16 — Reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 15).

17 — Zie reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 — Reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 18).

19 — Met name de uitwisseling van informatie om het gedrag van de concurrenten op de markt te coördineren, wordt geacht een dergelijke mededingingsbeperkende strekking te hebben (arrest van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, Jurispr. blz. I-4529).

20 — Zie met name arresten van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450); 1 februari 1978, Miller International Schallplatten/Commissie (19/77, Jurispr. blz. 131) (distributie-overeenkomsten die de parallelhandel tussen lidstaten verbieden en territoriale exclusiviteit verlenen); 3 juli 1985, Binon (243/83, Jurispr. blz. 2015) (selectief distributiestelsel met minimumprijzen voor doorverkoop), en 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Jurispr. blz. I-9419) (selectief distributiestelsel dat behoudens objectieve rechtvaardiging de verkoop van bepaalde producten via internet verbiedt).

21 — Zie met name reeds aangehaald arrest Consten en Grundig/Commissie (blz. 518).

22 — Zie met name reeds aangehaald arrest Miller International Schallplatten/Commissie (punt 7) en arresten van 28 maart 1984, Compagnie royale asturienne des mines en Rheinzink/Commissie (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 26), en 6 april 2006, General Motors/Commissie (C-551/03 P, Jurispr. blz.. I-3173, punt 66).

23 — Zie op dit punt de conclusie van advocaat-generaal Roemer in de zaak die aanleiding was tot het reeds aangehaalde arrest Consten en Grundig/Commissie (blz. 527).

42. Ter illustratie van mijn betoog zou ik het voorbeeld willen noemen van een inbreuk die, gezien de opgedane ervaring, wordt geacht een van de ernstigste beperkingen voor de mededinging op te leveren, te weten een horizontale prijsafspraak over een bepaald goed. Hoewel wordt aanvaard dat een dergelijke afspraak in het algemeen zeer schadelijk is voor de mededinging, geldt die conclusie niet wanneer de betrokken ondernemingen bijvoorbeeld slechts één miniem deel van de markt in handen hebben.

43. Evenzo heeft het Hof na onderzoek van de context verklaard dat een distributieovereenkomst weliswaar op het eerste gezicht kan worden geacht beperkend te zijn voor de mededinging, maar niet kan worden geacht naar haar aard tot doel te hebben de mededinging merkbaar te beperken. [24]

44. Naar mijn mening moet het in aanmerking nemen van de economische en juridische context bij het onderzoek of er een mededingingsverstorende strekking is, duidelijk worden onderscheiden van het aantonen van mededingingsverstorende gevolgen in de zin van de in artikel 81, lid 1, EG neergelegde tweede alternatieve mogelijkheid. Anders bestaat het risico dat afbreuk wordt gedaan aan de juiste interpretatie van dit artikel, waarop ik hierna nog zal terugkomen. Het in aanmerking nemen van de context bij het vaststellen van de mededingingsverstorende strekking kan het eigenlijke onderzoek van de voorwaarden van de veronderstelde mededingingsregeling alleen maar bevestigen dan wel neutraliseren [25], maar kan niet, omdat het de potentiële gevolgen van de betrokken maatregelen aantoont, compenseren dat in feite geen mededingingsverstorende strekking is vastgesteld.

45. Met andere woorden en los van de conceptuele gelijkenissen tussen deze twee alternatieve mogelijkheden [26], kan het gebruik van de economische en juridische context bij het vaststellen van een mededingingsbeperkende strekking niet tot een kwalificatie ten laste van de aangeklaagde ondernemingen leiden in het geval van een overeenkomst waarvan de voorwaarden voor de mededinging niet schadelijk blijken.

46. Hoewel de rechtspraak van het Hof en het Gerecht het verschil tussen beide soorten in artikel 81, lid 1, EG vervatte restricties in herinnering brengt, blijkt deze in zekere zin een bron van uiteenlopende uitleggingen en zelfs verwarring te zijn. Bepaalde tendensen in de rechtspraak lijken namelijk het noodzakelijke onderscheid tussen het onderzoek van de mededingingsverstorende strekking en dat van de gevolgen van overeenkomsten tussen ondernemingen voor de mededinging lastig te hebben gemaakt.

47. Inderdaad lijkt het in aanmerking nemen van deze context in een aantal zaken sterk op een echt onderzoek van de potentiële gevolgen van de betrokken maatregelen.

48. In de zaak GlaxoSmithKline Services/Commissie [27] bijvoorbeeld heeft het Gerecht, dat uitspraak moest doen over de mededingingsverstorende strekking van bepalingen van een overeenkomst die de parallelhandel in geneesmiddelen boogde te beperken, in wezen overwogen dat de mededingingsverstorende aard van een overeenkomst niet reeds kon worden afgeleid uit de lezing van

24 — Arrest van 28 april 1998, Javico (C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punten 19-31).

25 — Zie voor een voorbeeld van die neutralisering arrest van 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 97).

26 — In die zin hebben verschillende schrijvers benadrukt dat het onderzoek van de strekking een methode is voor het onderzoek van de gevolgen (zie bijvoorbeeld, Wish, R., Inleiding tot de vierde tafelronde van de Conferentie New Frontiers of Antitrust van 10 februari 2012, getiteld „Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?", *Concurrences*, nr. 2, 2012, blz. 59 e.v.).

27 — Arrest Gerecht van 27 september 2006 (T-168/01, Jurispr. blz. II-2969, punt 147).

de voorwaarden ervan in verband met de context, maar dat „noodzakelijkerwijs" ook de gevolgen ervan moesten worden beschouwd. Dit arrest laat doorschemeren dat het hoe dan ook nodig is de concrete gevolgen voor de mededinging te bepalen om het bestaan van een mededingingsverstorende strekking te kunnen vaststellen. [28]

49. Het is inderdaad een legitieme vraag of dit onderzoek waarbij in feite de noodzakelijke gevolgen van de betrokken overeenkomsten worden beoordeeld, meer lijkt op een onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van die overeenkomsten dan van de mededingingsverstorende strekking.

50. Recenter en nog duidelijker heeft het Hof in het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. [29] verklaard dat overeenkomsten waarbij autoverzekeraars bilaterale afspraken maken met autodealers die een reparatiebedrijf hebben, of met een vereniging die deze autodealers vertegenwoordigt, over het door de verzekeringsmaatschappij te betalen uurtarief voor reparaties aan bij haar verzekerde voertuigen en dat tarief onder meer afhankelijk maken van het aantal en het percentage verzekeringsovereenkomsten dat de dealer als tussenpersoon voor die verzekeringsmaatschappij heeft afgesloten, kunnen worden aangemerkt als „naar hun strekking" mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU. Dat is het geval wanneer na een individueel en concreet onderzoek van de inhoud en het doel van deze overeenkomsten en hun economische en juridische context blijkt dat zij naar hun aard schadelijk zijn voor de goede werking van de mededinging op een van de twee betrokken markten. [30]

51. Ook hier is het lastig te onderscheiden in hoeverre het door het Hof bepleite onderzoek van de context, dat bestaat in de beoordeling van het risico dat de mededinging op de betrokken markt wordt uitgeschakeld of ernstig verzwakt gelet op met name „de structuur van die markt, de beschikbaarheid van alternatieve distributiekanalen en hun relatieve belang, alsmede de marktmacht van de betrokken verzekeringsmaatschappijen", verschilt van het onderzoek van de eventuele mededingingsbeperkende gevolgen.

52. Niettegenstaande het feit dat de rechtspraak tot op zekere hoogte kan hebben bijgedragen aan het vervagen van de scheidslijn tussen de respectievelijke begrippen beperking naar strekking en beperking naar gevolg, ben ik van mening dat het gebruik van dit begrip duidelijker moet worden afgebakend.

53. Het feit dat een overeenkomst of praktijk wegens de strekking ervan als mededingingsbeperkend wordt aangemerkt, brengt immers belangrijke gevolgen mee, waarvan ik er tenminste twee wil noemen.

54. Om te beginnen berust de methode van bepaling van een „mededingingsverstorende strekking" op een formalistische aanpak die niet zonder risico is vanuit het oogpunt van de door de mededingingsregels van het Verdrag nagestreefde bescherming van de algemene belangen. Is eenmaal vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken, dan heeft het daaruit voortvloeiende verbod een zeer algemene werking: het kan namelijk preventief worden opgelegd en aldus het opnemen van contact voor de toekomst schade toebrengen [31], en wel ongeacht hoe de gevolgen die zich daadwerkelijk hebben voorgedaan worden beoordeeld.

28 — Weliswaar heeft het Hof in het kader van de in deze zaak ingestelde hogere voorziening het onderzoek van de mededingingsverstorende aard van de strekking van de litigieuze overeenkomsten veroordeeld, maar het deed dat alleen voor zover het Gerecht het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking afhankelijk had gesteld van het bewijs dat de overeenkomst nadelen met zich bracht voor de eindgebruikers (zie arrest van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr. blz. I-9291, punten 63 en 64).

29 — Arrest van 14 maart 2013 (C-32/11).

30 — Zie reeds aangehaald arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (punt 51).

31 — Het belang van deze gevolgen is door advocaat-generaal Cruz Villalón reeds benadrukt in punt 64 van zijn conclusie in de zaak die aanleiding was tot het reeds aangehaalde arrest Allianz Hungária Biztosító e.a.

55. Deze formalistische aanpak is derhalve alleen denkbaar bij gedrag dat een intrinsiek risico meebrengt voor een bijzonder ernstig schadelijk gevolg of ook gedrag waarvan kan worden vastgesteld dat de nadelige gevolgen voor de mededinging groter zijn dan de mededingingsbevorderende gevolgen. Een andere opvatting zou erop neerkomen te ontkennen dat bepaalde gedragingen van markdeelnemers positieve externaliteiten voor de mededinging kunnen sorteren. Ik ben van mening dat slechts in het geval dat uit de ervaring blijkt dat een restrictie overeenkomstig het economisch onderzoek steeds weer wordt verboden, het redelijk lijkt deze om redenen van procedurele efficiëntie direct te bestraffen. [32]

56. Derhalve zouden enkel als naar strekking mededingingsbeperkend moeten worden aangemerkt gedragingen waarvan het schadelijke karakter gelet op de verworven ervaring en de economische kennis is aanvaard en gemakkelijk kan worden aangetoond, en niet de overeenkomsten die gelet op hun context een ambivalente uitwerking hebben op de markt dan wel beperkende neveneffecten hebben die voor het nastreven van een niet-mededingingsbeperkend hoofddoel noodzakelijk zijn.

57. Voorts ontslaat deze kwalificatie de vervolgingsinstantie van de verplichting bewijs te leveren van de mededingingsverstorende gevolgen van de overeenkomst of de praktijk die zij moet onderzoeken. Een ongebreidelde uitbreiding van gedragingen die als beperkend naar strekking worden beschouwd, is gevaarlijk in het licht van de beginselen die in principe de bewijsvoering en de bewijslast van mededingingsverstorend gedrag moeten beheersen.

58. Wegens deze consequenties moet de kwalificatie als afspraak met mededingingsbeperkende strekking noodzakelijkerwijs worden afgebakend en dient deze uiteindelijk slechts betrekking te hebben op afspraken die intrinsiek in een bepaalde mate nadelig zijn. Dit begrip zou slechts betrekking moeten hebben op overeenkomsten die intrinsiek, dat wil zeggen zonder dat er reden is om de werkelijke of potentiële gevolgen ervan te toetsen, zodanig ernstig of nadelig zijn dat de negatieve invloed ervan op de mededinging wel heel waarschijnlijk lijkt. Niettegenstaande het open karakter van de lijst van gedragingen die wegens hun strekking als beperkend voor de mededinging kunnen worden beschouwd, stel ik voor om een relatief voorzichtige houding te blijven innemen bij het vaststellen van een mededingingsbeperkende strekking.

59. Deze voorzichtigheid is te meer geboden, omdat het analyseschema dat het Hof aangeeft, voor zowel de Commissie als de nationale mededingingsautoriteiten zal gelden, wier gevoeligheid en deskundigheid op wisselende parameters berusten.

60. Het voordeel in de zin van voorzienbaarheid en een minder zware bewijslast dat is verbonden aan de kwalificatie als overeenkomst met mededingingsbeperkende strekking, lijkt in gevaar te komen indien die kwalificatie uiteindelijk afhankelijk is van een grondig onderzoek van de mededingingsgevolgen van die overeenkomst dat veel verder gaat dan een uitgebreid onderzoek van de overeenkomst.

32 — De Commissie lijkt deze aanpak tot de hare te hebben gemaakt in de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, EG van 27 april 2004 (PB C 101, blz. 97). Zij geeft met name aan: „Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij die beperkingen welke juist naar hun aard de mededinging kunnen beperken. Dit zijn beperkingen die, in het licht van de met de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen, een zodanig groot potentieel hebben om negatief uit te werken op de mededinging dat het niet noodzakelijk is, met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, eventuele daadwerkelijke gevolgen voor de markt aan te tonen. Deze aanname is gebaseerd op de *ernst van de beperking en op ervaring* waaruit blijkt dat van restricties die tot beperking van de mededinging strekken, te verwachten valt dat zij negatief zullen uitwerken op de markt en de met de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen zullen dwarsbomen” (cursivering van mij).

61. In elk geval wil ik opmerken dat het Hof, ondanks het feit dat er meer gedragingen als mededingingsbeperkend naar strekking lijken te worden aangemerkt, sinds het arrest LTM en tot het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. constant in herinnering heeft gebracht dat uit het onderzoek van de strekking een „voldoende mate van benadeling" moet blijken. [33]

62. Ten slotte zou ik eraan willen herinneren dat een dergelijke afbakening niet erop neerkomt dat bepaalde gedragingen worden „geïmmuniseerd", doordat zij aan het verbod van artikel 81, lid 1, EG worden onttrokken. Indien niet is vast komen te staan dat een bepaalde overeenkomst niet werkelijk – dat wil zeggen met inachtneming van haar doelstellingen en haar juridische en economische context – de mededinging op de markt kan verhinderen, beperken of vervalsen, betekent dat enkel dat er geen sprake is van een mededingingsbeperkende strekking. De mededingingsautoriteit zal dit gedrag altijd nog kunnen verbieden na een meer uitgebreid onderzoek van de werkelijke en potentiële gevolgen voor de markt.

2. Beoordeling van het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking in het onderhavige geval

63. Rekwirant bekritiseert met zijn eerste middel in algemene zin dat het Gerecht een niet-strikte visie van het begrip beperking naar strekking heeft aangehouden. Daarnaast voert hij specifiek de fouten aan die volgens hem afbreuk doen aan het onderzoek van het Gerecht van de strekking, de doelstelling en de context waarin de betrokken maatregelen zijn uitgewerkt.

64. Met andere woorden, eerst moet worden vastgesteld of het Gerecht, zoals het in de punten 124 en 146 van het bestreden arrest heeft gedaan, in het algemeen kon oordelen dat „er geen reden [is] om het begrip inbreuk met mededingingsbeperkende strekking strikt uit te leggen". Vervolgens zal moeten worden nagegaan of het Gerecht, los van die uitspraak, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kon beslissen dat er in casu sprake was van een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

a) Strikte of ruime uitlegging van het begrip mededingingsverstorende strekking?

65. Om te beginnen is de rechtspraak, die blijk geeft van een ambivalentie tussen de wens een gesloten lijst van beperkingen naar strekking te voorkomen en de noodzaak tot naleving van de ratio legis van artikel 81, lid 1, EG, die met name verlangt dat het betrokken gedrag in een bepaalde mate nadelig is, niet altijd duidelijk in zijn beantwoording van de vraag of het begrip beperking naar strekking al dan niet strikt moet worden uitgelegd, ook al hebben bepaalde advocaten-generaal zich ten gunste van de ene of de andere aanpak uitgesproken. [34]

66. Wat meer in het bijzonder het arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers betreft, verwijst mijns inziens het Gerecht ten onrechte hiernaar ter staving van de conclusie dat het begrip inbreuk met mededingingsbeperkende strekking niet strikt moet worden uitgelegd.

33 — Dit vereiste wordt in de recentere rechtspraak constant in herinnering gebracht [zie reeds aangehaalde arresten Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 15); T-Mobile Netherlands e.a. (punt 28); GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a. (punt 55), en arrest van 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 135)].

34 — Advocaat-generaal Cruz Villálon heeft zich bijvoorbeeld in zijn conclusie in de zaak die aanleiding was tot het reeds aangehaalde arrest Allianz Hungária Biztosító e.a., uitgesproken voor een strikte uitlegging, door vast te stellen dat de categorie mededingingsbeperkingen naar strekking strikt moet worden uitgelegd en beperkt moet blijven tot de gevallen waarin kan worden gesproken van een zeer ernstig inherent potentieel om negatieve effecten te veroorzaken (zie punt 65 van deze conclusie). In de reeds aangehaalde zaak die aanleiding was tot het arrest T-Mobile Netherlands e.a., lijkt advocaat-generaal Kokott daarentegen zich uit te spreken voor een minder stellige aanpak waar zij aangeeft: „Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging met mededingingsbeperkende strekking mag zeker niet te ruim worden uitgelegd, dit vanwege de ingrijpende gevolgen die voor de betrokken ondernemingen kunnen ontstaan in het geval van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG. Het mag echter ook weer niet te eng worden uitgelegd, wanneer men het in het primaire recht verankerde verbod van ‚inbreuken' naar strekking niet wil ‚weginterpreteren' en daarmee aan artikel 81, lid 1, EG een deel van zijn nuttig effect wil ontzeggen" (zie punt 44 van deze conclusie).

67. Stellig wilde het Hof, zoals blijkt uit punt 22 van dit arrest, reageren op de argumentatie van Beef Industry Development Society en Barry Brothers Ltd, dat „het begrip inbreuk met mededingingsbeperkende strekking restrictief moet worden uitgelegd" en dat „[d]eze categorie [...] alleen overeenkomsten [omvat] die strekken tot horizontale vaststelling van prijzen, beperking van de productie of de verdeling van markten; dit zijn overeenkomsten waarvan de mededingingsbelemmerende effecten dermate duidelijk zijn dat er geen economische analyse is vereist".

68. Ik merk evenwel op dat de reactie van het Hof in punt 23 van datzelfde arrest, dat er „bij de soorten overeenkomsten als bedoeld in artikel 81, lid 1, sub a tot en met e, EG evenwel geen sprake [is]van een uitputtende lijst van verboden vormen van collusie", weliswaar duidelijk aangeeft dat het begrip mededingingsbeperking niet is beperkt tot de meest duidelijke, kartelachtige beperkingen („*hard core infringements*") waarop dit artikel doelt en niet in een uitputtende lijst kan worden vastgelegd, maar niet noodzakelijkerwijs indiceert dat het begrip mededingingsbeperkende strekking restrictief zou moeten worden uitgelegd.

69. Bij lezing van dit arrest moet een andere conclusie worden getrokken. Uiteindelijk is het Hof op grond van het onderzoek van de voorwaarden van de betrokken overeenkomsten tot de slotsom gekomen dat zij ertoe strekten de mededinging te beperken.

70. Het is juist dat de betrokken overeenkomsten in de zaak die aanleiding was tot het arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (hierna: „BIDS-overeenkomsten"), bijzondere kenmerken had doordat zij als doel hadden de rundvleesindustrie te rationaliseren door reductie van de te hoge productiecapaciteit.

71. Niettemin waren deze overeenkomsten vergelijkbaar met overeenkomsten tot beperking van de productie in de zin van artikel 81, lid 1, sub b, EG. Na een uitgebreid onderzoek van de voorwaarden van de BIDS-overeenkomsten is het Hof tot de conclusie gekomen dat deze overeenkomsten ertoe strekten de mededinging te beperken. Met name heeft het Hof overwogen dat deze overeenkomsten voorzagen in een mechanisme om de terugtrekking van concurrerende ondernemingen aan te moedigen. Uit de aan het Hof verstrekte inlichtingen was gebleken dat de BIDS-overeenkomsten twee hoofddoelen nastreefden. Enerzijds ging het om verhoging van de concentratiegraad van de betrokken markt door het aantal verwerkende ondernemingen aanzienlijk te reduceren, en anderzijds om het wegwerken van haast 75 % van de overtollige productiecapaciteit.[35] In wezen hadden de BIDS-overeenkomsten dus tot doel meerdere ondernemingen in staat te stellen een gemeenschappelijke gedragslijn te volgen, die ertoe strekte een aantal van hen aan te moedigen zich terug te trekken uit de markt, en, dientengevolge, de overcapaciteit weg te werken die hun winstgevendheid aantastte omdat zij daardoor geen schaalvoordelen konden realiseren.[36]

72. Het Hof heeft hieruit de conclusie getrokken dat „dit type overeenkomsten [...] duidelijk [strijdt] met de in de mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag besloten voorstelling, volgens welke iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren". In het kader van de mededinging zouden de ondernemingen die de BIDS-overeenkomsten hadden gesloten, zonder deze overeenkomsten hun winstgevendheid slechts hebben kunnen verbeteren door elkaar sterker te beconcurreren op de markt of door middel van concentraties, aldus het Hof. Met deze overeenkomsten hoefden zij dergelijke stappen niet te nemen en konden zij een belangrijk deel van de kosten van het verhogen van de concentratiegraad van de markt onderling verdelen door middel van met name de heffing van 2 EUR per dier dat door ieder van de blijvers werd verwerkt. Bovendien, zo merkte het Hof op, bevatten ook de middelen die werden gebruikt om het doel van de BIDS-overeenkomsten te bereiken restricties waarvan de strekking mededingingsverstorend was.[37]

35 — Zie reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punten 31 en 32).

36 — Zie reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 33).

37 — Zie reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punten 34-36).

73. Kortom, de betrokken maatregelen waren zo nadelig dat kon worden vastgesteld dat zij ertoe strekten de mededinging te beperken.

74. Gelet op al deze overwegingen heeft het Gerecht mijns inziens in het bestreden arrest ten onrechte gesteld dat het begrip strekking niet strikt moest worden uitgelegd.

75. Onderzocht moet worden of, niettegenstaande deze stelling, het Gerecht zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting heeft kunnen bevestigen dat de litigieuze maatregelen een mededingingsverstorende strekking hebben.

b) Het in casu gevolgde analyseschema voor de vaststelling van het bestaan van een beperking naar strekking

76. Om te beginnen lijkt het mij van belang in herinnering te brengen dat het Gerecht weliswaar bij uitsluiting bevoegd is om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van wat het heeft vastgesteld voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en om die feiten te waarderen, maar dat het Hof krachtens artikel 256 VWEU bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden. De waardering van de feiten levert, behoudens onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht overgelegde bewijzen, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof. [38]

77. In casu wil rekwirant mijns inziens met dit middel hoofdzakelijk enerzijds een schending van het recht aanvoeren bij de kwalificatie van de betrokken maatregelen als beperkend naar strekking, en anderzijds een onjuiste voorstelling van de overgelegde bewijzen. Deze vragen zijn niet a priori onttrokken aan de toetsing door het Hof.

78. Het Hof moet namelijk nagaan of het Gerecht wel heeft gecontroleerd of de Commissie na een individueel en concreet onderzoek van de inhoud, het doel en de economische en juridische context van de betrokken maatregelen, genoegzaam heeft aangetoond dat de maatregelen zo schadelijk zijn dat zij kunnen vermoed negatieve gevolgen voor de mededinging te hebben.

79. Hiervoor is de verworven ervaring een volstrekt relevante aanwijzing. Onder die „ervaring” moet worden verstaan hetgeen gewoonlijk uit het economisch onderzoek naar voren komt, zoals dat is aanvaard door de mededingingsautoriteiten en eventueel bevestigd door de rechtspraak.

80. In de onderhavige context zijn de litigieuze maatregelen horizontaal van aard en kunnen a priori eerder worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben.

81. Weliswaar staat vast dat bepaalde horizontale overeenkomsten tussen ondernemingen duidelijke beperkingen van de mededinging bevatten, zoals de vaststelling van prijzen en de verdeling van de markt [39], en derhalve kunnen worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken, maar dat neemt niet weg dat het schadelijke karakter van de betrokken maatregelen voor de mededinging niet direct naar voren komt.

82. Niettemin moet worden onderzocht of het Gerecht terecht de conclusie van de Commissie betreffende het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking heeft bevestigd, nu die conclusie immers moet voortvloeien uit een algehele beoordeling van de inhoud van de maatregelen, eventueel in het licht van de objectief nagestreefde doelstellingen en de economische en juridische context.

38 — Zie met name arrest van 19 juli 2012, Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie en Commissie/Alliance One International e.a. (C-628/10 P en C-14/11 P, punten 84 en 85).

39 — Arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-389/10 P, Jurispr. blz. I-13125, punt 75).

83. In die zin kan de structurering van de onderdelen van dit middel, die respectievelijk betrekking hebben op elk van de drie aspecten die van belang zijn voor de kwalificatie van een maatregel als beperkend naar strekking, kunstmatig lijken.

84. Toch lijkt het mij nuttig om deze middelonderdelen achtereenvolgens te behandelen.

i) Eerste onderdeel: het onderzoek van de inhoud van de maatregelen van de Groupement

85. Rekwirant, daarbij op verschillende punten ondersteund door BNP Paribas, BPCE en SG, betoogt dat het Gerecht bij de beoordeling van de inhoud van de betrokken maatregelen blijk heeft gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen.

86. Hij betoogt in de eerste plaats dat het Gerecht fouten heeft gemaakt bij het onderzoek van de strekking „zelf" van deze maatregelen. Om te beginnen heeft het Gerecht bij het onderzoek van de schadelijkheid van de maatregelen niet de inhoud van die overeenkomsten in aanmerking genomen, maar zich op de subjectieve bedoelingen van bepaalde leden van de Groupement gebaseerd. Zo heeft het Gerecht in de punten 126 en 132 van het bestreden arrest het recht geschonden door te oordelen dat uit de rekenformules in de betrokken maatregelen naar voren kwam dat zij een mededingingsverstorende strekking hebben, bestaande in het belemmeren van de concurrentie van nieuwkomers op de betrokken markt. Bovendien meent rekwirant dat het Gerecht het bewijs onjuist heeft voorgesteld waar het opmerkt dat een aantal hinderpalen het in de praktijk voor een nieuwkomer heel moeilijk maken om acquisitieactiviteiten te ontwikkelen, waarbij het zich op de verklaringen van de Commissie baseerde en zonder geldige toelichting afweek van de bewijzen voor het tegendeel.

87. In de tweede plaats betoogt rekwirant dat het Gerecht in de punten 186 en 256 van het bestreden arrest fouten heeft gemaakt bij de beoordeling van de ontstaansgeschiedenis van de betrokken maatregelen zoals die naar voren kwam uit de documenten die in beslag zijn genomen bij de verificaties die in de kantoren van de Groupement en van een aantal leden plaatsvonden.

88. Om te beginnen zou het Gerecht bij het onderzoek naar de strekking van de betrokken maatregelen ten onrechte rekening hebben gehouden met de uitspraken die bepaalde leidende banken vóór de vaststelling van die maatregelen hebben gedaan; die uitspraken geven niet de wil van de Groupement weer, maar alleen die van een aantal van zijn leden. In zoverre een besluit getrouw de wens van de besluitnemer weergeeft, kan het als een besluit van een ondernemersvereniging worden opgevat. In het onderhavige geval waren de omstandigheden rond de voorbereiding en de vaststelling van het besluit niet relevant, omdat alleen de aangemelde maatregelen ten volle de bedoeling van de Groupement lieten zien. Overigens zou met de ontstaansgeschiedenis van de maatregelen rekening zijn gehouden in plaats van met een grondig onderzoek van de inhoud van de maatregelen.

89. Voorts meent rekwirant dat het Gerecht bewijs onjuist heeft voorgesteld doordat het een verkeerde keuze heeft gemaakt uit de commentaren in het stadium van voorbereiding, de in beslag genomen documenten en de verklaringen van de nieuwkomers. Volgens rekwirant blijkt uit een aantal stukken, met name betrekking hebbend op de noodzaak parasitisme te bestrijden en de zorg om de mededingingsregels na te leven, dat er reële twijfel mogelijk was aan de mededingingsbeperking, waarmee het Gerecht rekening had moeten houden. Deze onjuiste voorstelling is nog evidenter nu het Gerecht zich op hetzelfde bewijs heeft gebaseerd als de Commissie, en de conclusies van de eerste mededeling van punten van bezwaar niet heeft losgelaten.

90. In het bestreden arrest heeft het Gerecht in wezen vastgesteld dat de mededingingsverstorende strekking van de betrokken maatregelen erin bestaat de concurrentie van nieuwkomers op de markt van uitgifte van CB-kaarten in Frankrijk te belemmeren.

91. Het Gerecht heeft dan ook de conclusie overgenomen dat de mededingingsverstorende strekking van de litigieuze maatregelen volgt uit de berekeningsformules die voor de betrokken maatregelen zijn vastgesteld (zie de punten 126 tot en met 133 van het bestreden arrest). Ook was het van oordeel dat de Commissie zich alleen ter ondersteuning had gebaseerd op de bij de verificaties verkregen documenten aangaande de uitspraken die door de leidende banken bij de voorbereiding van de betrokken maatregelen waren gedaan (zie de punten 123 tot en met 154 van het bestreden arrest).

92. Wat in de eerste plaats betreft het onderzoek van de in de litigieuze maatregelen gebruikte berekeningsformules, en voortbordurend op hetgeen ik hiervoor heb aangegeven, is het Gerecht mijns inziens in gebreke gebleven bij de controle of deze maatregelen een naar zijn aard mededingingsverstorend mechanisme bevatten.

93. Zeker, het Gerecht heeft in punt 132 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie, gelet op de in de betrokken maatregelen opgenomen formules en wegens het feit dat het moeilijk was de acquisitie te intensiveren, van mening was dat door deze maatregelen de leden van de Groupement die hieraan onderworpen waren, verplicht werden om hun uitgifteactiviteiten te beperken dan wel kosten (in verband met de uitgifte) te dragen, kosten die niet door andere leden van de Groupement, waaronder de leidende banken, werden gedragen. Ook heeft het Gerecht opgemerkt dat „de[ze] formules de mogelijkheid van de eraan onderworpen leden beperkten om op de uitgiftemarkt (door middel van prijzen) te concurreren met de leden van de Groupement die er niet aan waren onderworpen. De Commissie heeft daaruit de conclusie getrokken dat de betrokken maatregelen een mededingingsverstorende strekking hebben, bestaande in het belemmeren van de concurrentie van nieuwkomers” (zie de punten 212, 213 en 222 van de litigieuze beschikking).

94. Ook heeft het Gerecht in punt 133 van het bestreden arrest de conclusie van de Commissie overgenomen, dat „de door de Groupement aan het MERFA toegeschreven functie (stimulering van de acquisitie) in tegenspraak is met het bestaan van interbancaire commissies die de uitgifte aanmoedigen (zie de punten 226 tot en met 230 van de litigieuze beschikking), en met de omstandigheid dat het extra lidmaatschapsgeld en de heffing om slapende leden te wekken een straf betekent voor de banken die in een recent verleden niet voldoende CB-kaarten hadden uitgegeven” (zie de punten 231 en 232 van de litigieuze beschikking).

95. Weliswaar vermelden deze vaststellingen onmiskenbaar de inhoud van de betrokken maatregelen, die in wezen beogen bepaalde banken bepaalde kosten op te leggen en de acquisitieactiviteiten te stimuleren, maar dat neemt niet weg dat zowel de Commissie als het Gerecht mijns inziens niet hebben aangetoond in hoeverre deze maatregelen juist wegens hun formulering beperkend waren voor de mededinging. Uit de voorwaarden van de aangemelde maatregelen zoals die door de Commissie zijn meegedeeld en door het Gerecht zijn onderzocht, blijkt immers dat zij ertoe strekken een financiële bijdrage op te leggen aan de leden van de Groupement ter financiering van de kosten van het CB-kaartensysteem. Zoals ik hierna zal aangeven (zie met name de punten 130 en 131 van deze conclusie), kan het enkele feit dat een aantal leden van de Groupement als gevolg van de vaststelling van de betrokken maatregelen ertoe kan worden gebracht hun uitgifteactiviteiten te beperken of kosten te dragen (in verband met de uitgifte) die niet door andere leden van de Groupement worden gedragen, niet worden aangemerkt als naar strekking mededingingsbeperkend.

96. Wat in de tweede plaats het in aanmerking nemen van de „ontstaansgeschiedenis” betreft, dat wil zeggen de uitspraken van de leidende banken in bepaalde, bij de verificaties verkregen documenten uit de voorbereidingsfase van de betrokken maatregelen, wordt de redenering van het Gerecht in deze hogere voorziening op verschillende punten in twijfel getrokken.

97. Om te beginnen moet worden onderzocht of het Gerecht terecht bepaalde uitspraken van de kant van de leidende banken vóórdat de betrokken maatregelen waren uitgewerkt, heeft toegeschreven aan de Groupement als geheel. In de tweede plaats moet worden onderzocht welk belang aan die uitspraken bij de beoordeling van de inhoud van de maatregelen is gehecht, en ten slotte in hoeverre deze uitspraken van belang waren voor de vaststelling van een mededingingsbeperkende strekking.

98. Aangaande in de eerste plaats de vraag of de uitspraken van de leidende banken daadwerkelijk de wil van de Groupement zelf vertolkten, lijkt mij het argument dat het Gerecht het recht heeft geschonden door de bedoeling van de Groupement te vereenzelvigen met de uitspraken van de leidende banken, nogal overtuigend.

99. In zoverre merk ik op dat het Gerecht alleen heeft verklaard dat „aangezien de leidende banken lid zijn van het informele orgaan, te weten het [comité d'orientation monétique; stuurgroep elektronisch bankieren], dat de betrokken maatregelen heeft voorbereid, en van de directieraad die deze maatregelen heeft vastgesteld, is wat de vaststelling van de betrokken maatregelen betreft de door de leidende banken geuite bedoeling in wezen de bedoeling van de Groupement" (punt 256 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft daaruit de conclusie getrokken dat de Commissie zichzelf niet heeft tegengesproken door de betrokken maatregelen aan te merken als besluiten van een ondernemersvereniging en aldus met die kwalificatie aan te geven dat deze maatregelen de wil van de Groupement vertolkten, ofschoon zij zich baseerde op de uitspraken van de leidende banken ter staving van het feit dat de maatregelen ertoe strekten nieuwkomers uit te sluiten (punt 257 van het bestreden arrest).

100. Om de door de Commissie getrokken conclusie over de toerekening van de uitspraken van de leidende banken aan de Groupement als geheel te kunnen bekrachtigen moest volgens mij het Gerecht controleren of de uitspraken van bepaalde leidende banken getrouw de wil van de Groupement vertolkten, daar zij anders niet aan het in casu aan de orde zijnde besluit van de ondernemersvereniging kunnen worden gekoppeld.[40] Op dit punt moet worden benadrukt dat het comité d'orientation monétique, zoals het Gerecht in punt 7 van het bestreden arrest heeft aangegeven, een informeel orgaan is, zonder beslissingsbevoegdheid.

101. Aangaande in de tweede plaats het belang dat bij de vaststelling van de mededingingsverstorende strekking van de betrokken maatregelen is gehecht aan de in de uitspraken van de leidende banken geuite bedoeling, is het verre van vanzelfsprekend dat het Gerecht tot de conclusie is gekomen dat de Commissie zich alleen ter ondersteuning heeft gebaseerd op de bij de verificaties verkregen documenten die de uitspraken van de leidende instellingen in de voorbereidingsfase van de betrokken maatregelen bevatten (punten 134 en 267 van het bestreden arrest).

102. Uit de structuur van het deel in de litigieuze beschikking waarin het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking wordt onderzocht[41], blijkt stellig dat de Commissie in eerste instantie heeft vermeld dat de eigenlijke formulering van de maatregelen in strijd is met de in de aanmelding aangegeven doeleinden[42], en in tweede instantie heeft uiteengezet waarom volgens haar het mededingingsbeperkende doel zoals dat uit de formulering van de maatregelen blijkt, volledig overeenkomt met de werkelijke doeleinden van de maatregelen zoals die zijn vertolkt in de uitspraken van de leidende banken tijdens de voorbereiding ervan.[43] Ook heeft de Commissie aangegeven dat de „mededingingsverstorende strekking van het MERFA wordt bevestigd door de verklaringen van de leidende banken tijdens de voorbereiding van de maatregelen".[44]

40 — Zie in die zin reeds aangehaald arrest Wouters e.a. (punt 64).

41 — Punten 193-251 van de litigieuze beschikking.

42 — Deel 10.2.1.1 dat overeenkomt met de punten 199-234 van de litigieuze beschikking.

43 — Deel 10.2.1.2 dat overeenkomt met de punten 235-250 van de litigieuze beschikking.

44 — Punt 234 van de litigieuze beschikking.

103. Toch blijkt dat de Commissie uiteindelijk net zoveel belang heeft gehecht aan de documenten betreffende de „ontstaansgeschiedenis" van deze maatregelen als aan het onderzoek van de formulering van de betrokken maatregelen.

104. Dat komt volgens mij vrij duidelijk naar voren uit de punten 193 en 198 van de litigieuze beschikking, die in een samenvatting van de aanpak van de Commissie bij de vaststelling van de mededingingsverstorende strekking, de voorbereidende documenten vermelden. Overigens had, zoals voorts met name SG heeft benadrukt, het deel waarin de formulering werd onderzocht tot doel het negatieve bewijs te leveren dat de betrokken maatregelen niet overeenkwamen met het aangemelde doel, terwijl het positieve bewijs van de mededingingsverstorende strekking grotendeels werd gebaseerd op de inhoudelijke gegevens uit de voorbereidende documenten van de leidende banken. [45]

105. Ook lijkt het Gerecht voor de uitlegging van de inhoud van de betrokken maatregelen overwegingen te hebben overgenomen die de in deze maatregelen gebruikte rekenformules betroffen in het licht van de bij de verificaties verkregen documenten met de uitspraken van de leidende banken. [46]

106. In elk geval lijkt het noodzakelijk om in de derde plaats vast te stellen of de uitspraken van de leidende banken, als onderdeel van de ontstaansgeschiedenis van de betrokken maatregelen, van belang kunnen zijn voor de vaststelling van het bestaan van een beperking naar strekking.

107. Op dit punt ben ik van mening dat deze uitspraken, zelfs indien zij werkelijk representatief zouden zijn voor de bedoeling van de Groupement, hetgeen volgens mij moet worden uitgesloten (zie punt 100 van deze conclusie), niet kunnen volstaan om aan te tonen dat er sprake is van een mededingingsverstorende overeenkomst, en a fortiori van een overeenkomst met mededingingsbeperkende strekking.

108. Inderdaad blijkt nogal duidelijk uit de rechtspraak dat de bedoeling van partijen weliswaar geen noodzakelijk factor is om te bepalen of een overeenkomst voor de mededinging beperkend is, maar dat niets de mededingingsautoriteiten en de nationale of de Unierechter verbiedt om daarmee rekening te houden. [47]

109. Mijns inziens kan met de door partijen uitgesproken bedoeling slechts volledigheidshalve of ter aanvulling rekening worden gehouden en kan die mogelijkheid niet de plaats innemen van een uitgebreid onderzoek van de bestanddelen en de doelstellingen van het gelaakte gedrag. Zoals partijen bij een overeenkomst zich niet kunnen beroepen op het ontbreken van een bedoeling om het verbod van artikel 81, lid 1, EG [48] te schenden, zo kan het vermelden van het bestaan van dat voornemen ook niet voldoende zijn voor de conclusie dat de door hen genomen maatregelen een mededingingsverstorende strekking hebben. De door partijen uitgesproken bedoeling zou helemaal geen rol moeten spelen, wanneer het, zoals in casu, erom gaat de mededingingsverstorende invloed van het gedrag van ondernemingen te beoordelen.

110. Mijns inziens impliceert immers het vaststellen van een „mededingingsverstorende strekking" een wezenlijk objectief onderzoek, los van de wil van partijen. Daarom ben ik van mening dat de eventuele door de deelnemers aan een veronderstelde mededingingsregeling uitgesproken bedoelingen, zo min overigens als de door hen nagestreefde, eventueel legitieme doeleinden, niet direct van belang zijn wanneer het erom gaat te onderzoeken of die mededingingsregeling, ongeacht de vorm waarin deze zich voordoet, een mededingingsverstorende „strekking" heeft.

45 — Zie ook de weergave van de inhoud van de litigieuze beschikking in de punten 35 en 36 van het bestreden arrest.

46 — Zie in het bijzonder punt 186 van het bestreden arrest.

47 — Zie op dit punt het reeds aangehaald arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 — Zie met name het reeds aangehaald arrest General Motors/Commissie (punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

111. Ten slotte klaagt dit middelonderdeel over onjuiste voorstelling van het overgelegde bewijs door het Gerecht. Die onjuiste voorstelling bestond in het feit dat de Commissie, afgezien van de documenten die aantonen dat de uitbreiding van de acquisitie niet noodzakelijkerwijs moeilijk was, een verkeerde keuze had gemaakt uit de uitspraken van de leidende banken.

112. Op dit punt volstaat het eraan te herinneren dat het in beginsel alleen aan het Gerecht is de bewijswaarde van het hem overgelegde bewijsmateriaal te beoordelen. Onjuiste voorstelling van het bewijs veronderstelt dat het Gerecht de grenzen van een redelijke beoordeling van het bewijs kennelijk heeft overschreden [49], hetgeen duidelijk moet blijken uit de dossierstukken, zonder dat het nodig is het bewijs opnieuw te beoordelen. Wanneer een rekwirant stelt dat bewijsmateriaal door het Gerecht onjuist is voorgesteld, moet hij precies aangeven welk bewijs volgens hem door het Gerecht onjuist is voorgesteld en aantonen welke fouten in de analyse het Gerecht tot deze verkeerde voorstelling hebben gebracht. [50]

113. In dit geval blijkt de gestelde onjuiste voorstelling van het bewijs niet duidelijk uit de dossierstukken. Voorts geeft rekwirant niet precies aan welke documenten volgens hem die onjuiste voorstelling aantonen. Hoewel rekwirant zich op onjuiste voorstelling van het bewijs beroept, blijkt uit zijn argumentatie dat hij in wezen beoogt een nieuwe beoordeling van dat bewijs te verkrijgen, hetgeen niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort.

114. Uit al deze overwegingen blijkt dat, gezien het onderzoek van de voorwaarden van de betrokken maatregelen zoals het Gerecht die heeft weergegeven, de conclusie dat de Commissie de mededingingsverstorende strekking van deze maatregelen rechtens genoegzaam heeft aangetoond, moeilijk te begrijpen is.

ii) Tweede onderdeel: het onderzoek van het doel van de maatregelen

115. Rekwirant betoogt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de doeleinden van de betrokken maatregelen. Zo zou het Gerecht wel erkennen dat het bestrijden van parasitisme van het CB-kaartensysteem een legitieme doelstelling is, maar heeft het ten onrechte die doelstelling niet in het licht van artikel 81, lid 1, EG willen beoordelen. Het Gerecht had moeten erkennen dat een mededingingsbeperkende strekking uitgesloten is aangezien de maatregelen van de Groupement de acquisitie stimuleren en een optimalisering tussen de acquisitie- en de uitgifteactiviteiten nastreven. Deze maatregelen zijn overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel passend, omdat het systeemmaatregelen zijn die in het algemene belang van het CB-kaartensysteem zijn genomen, en zij evenwichtig zijn, aangezien zij het aan ieder lid van de Groupement overlaten te kiezen voor de mogelijkheid die op zijn individuele situatie is afgestemd.

116. Zoals blijkt uit de rechtspraak moet, om te kunnen vaststellen of een overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt, met name worden gelet op de objectieve oogmerken ervan. [51]

49 — Zie arresten van 10 februari 2011, Activision Blizzard Germany/Commissie (C-260/09 P, Jurispr. blz. I-419, punt 57), en 4 juli 2013, Commissie/Aalberts Industries e.a. (C-287/11 P, punt 52).

50 — Zie in die zin arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 50).

51 — Zie reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 21).

117. Het lijkt mij belangrijk in herinnering te brengen dat deze objectieve oogmerken, die duidelijk uit de betrokken maatregelen naar voren moeten komen, niet mogen worden verward met de subjectieve bedoelingen om al dan niet de mededinging te beperken of ook met de door de betrokken ondernemingen eventueel nagestreefde legitieme doeleinden. Het staat vast dat een overeenkomst dus een mededingingsbeperkende strekking kan hebben, ook al streeft zij andere, legitieme doeleinden na. [52]

118. Hoe dienen in dit geval de door de Groupement genomen tariefmaatregelen worden opgevat?

119. Anders dan de Commissie tijdens de terechtzitting heeft laten doorschemeren, kan moeilijk worden gesteld dat de MERFA-regeling zo schadelijk is dat zij gelijkgesteld kan worden met een prijskartel [53], dat als zodanig de mededinging aantast. Ook kunnen mijns inziens, om de hierboven uiteengezette redenen, de in casu betrokken maatregelen, die geen mechanisme bevatten om de terugtrekking van concurrerende ondernemingen aan te moedigen, moeilijk worden vergeleken met de maatregelen voor rationalisering van de markt die aan de orde waren in de zaak die aanleiding was tot het arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers.

120. Blijkens het bestreden arrest beoogden de betrokken maatregelen in essentie de invoering van een heffing ten laste van de leden van de Groupement, die zich zowel bij de toegang tot als bij het gebruik van het CB-kaartensysteem meer als uitgevers van bankkaarten opstelden (de levering van kaarten voor betaling en/of geldopname door de kaarthouders) dan als acquisiteurs (het werven van handelaren met een SIREN-nummer en de exploitatie van geldautomaten).

121. Al deze maatregelen waren volgens de Groupement bedoeld om het CB-kaartensysteem te beschermen tegen de verschijnselen van economisch parasitisme verband houdend met het feit dat de banken zich hoofdzakelijk bezighouden met het uitgeven van bankkaarten en zonder tegenprestatie profiteren van de voordelen die voortvloeien uit de investeringen die door andere leden van het systeem op het gebied van acquisitie worden gedaan.

122. Het is weliswaar juist, zoals het Gerecht overigens heeft erkend (zie met name de punten 76 en 77 van het bestreden arrest), dat de bestrijding van parasitisme een legitiem doel kan zijn, maar dat neemt niet weg dat die overweging niet direct van belang is bij de vaststelling van het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

123. Bijgevolg denk ik niet dat het Gerecht zich op zichzelf beschouwd heeft vergist door te concluderen dat het oogmerk van de bestrijding van parasitisme in het algemeen niet in aanmerking genomen moet worden bij het onderzoek van de maatregelen in het licht van artikel 81, lid 1, EG, maar dat dat wel het geval kan zijn bij het onderzoek van de mogelijkheid van een eventuele vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG.

124. Toch is deze conclusie volgens mij alleen zinvol wanneer na een uitgebreid onderzoek duidelijk blijkt dat de litigieuze maatregelen een mededingingsverstorende strekking hebben. Dat een gedraging kennelijk ertoe strekt de mededinging te beperken, ontneemt ieder belang aan het feit dat hiermee andere doeleinden worden nagestreefd.

52 — Zoals met name legitieme doeleinden van commercieel beleid (reeds aangehaald arrest General Motors/Commissie, punt 64) of van bescherming van de volksgezondheid en verlaging van de kosten van de conformiteitscontrole (arrest van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 25), alsmede maatregelen bestemd om aan een sectoriële crisis het hoofd te bieden (reeds aangehaald arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers, punt 21).

53 — Het lijkt er daarentegen op dat de Commissie aanvankelijk van mening was dat de betrokken maatregelen waren gelijk te stellen met een kartel tussen de Groupement en zijn leidende banken (zie punt 7 van deze conclusie), een standpunt dat zij daarna tijdens het vooronderzoek heeft losgelaten.

125. In het tegenovergestelde geval, dat wil zeggen wanneer een mededingingsbeperkende strekking niet duidelijk is vastgesteld, wat mij in casu het geval lijkt te zijn, zullen de mededingingsverstorende gevolgen moeten worden onderzocht en in dat kader de noodzaak en de evenredigheid van de betrokken maatregelen gelet op het nagestreefde doel moeten worden beoordeeld. [54]

126. Ik heb evenwel moeite in te zien hoe de betrokken maatregelen in de door de rechtspraak vereiste mate nadelig zijn.

127. Om te beginnen wordt geenszins betwist dat deze maatregelen zijn vastgesteld ter stimulering van de acquisitieactiviteiten wat CB-kaarten betreft binnen een betalingssysteem met twee door netwerkeffecten met elkaar samenhangende kanten. Zo heeft het Gerecht in punt 102 van het bestreden arrest opgemerkt dat de Commissie zelf heeft aangegeven dat de uitgifte- en acquisitieactiviteiten essentieel zijn voor elkaar en voor het functioneren van het CB-kaartensysteem in het algemeen, aangezien enerzijds de handelaars zich niet zullen willen aansluiten bij het CB-kaartensysteem wanneer het aantal kaarthouders te klein is, en anderzijds de consumenten geen bankkaart zullen willen hebben indien die niet bij een voldoende groot aantal handelaars kan worden gebruikt.

128. De litigieuze maatregelen beoogden dan ook een financiële bijdrage te verkrijgen van de leden die, waar het gaat om het uitgeven van kaarten, direct profijt trekken uit de toetreding tot het betaalsysteem als gevolg van de inspanningen die door andere leden zijn verricht op het vlak van de „acquisitie”. Deze maatregelen, met name het MERFA, bevatten in wezen een regeling om een financiële bijdrage te heffen van de leden die op het vlak van de „acquisitie” niet erg actief zijn.

129. In de heffing van een financiële bijdrage van de leden van een netwerk die zonder tegenprestatie voordeel trekken uit de door andere leden verrichte inspanningen voor de ontwikkeling van het netwerk lijkt mij echter geen mededingingsverstorende strekking te schuilen.

130. In casu kunnen door de hoogte van de geheven bijdrage of de door bepaalde marktdeelnemers ondervonden problemen bij de uitbreiding van de acquisitieactiviteiten stellig een uitsluitingseffect meebrengen voor degenen die de uit hoofde van de betrokken maatregelen opgelegde heffing niet betalen. Die omstandigheid lijkt, behoudens wanneer een beroep wordt gedaan op het leerstuk van de „essentiële faciliteiten” [55], hetgeen de Commissie in casu niet heeft gedaan [56] en waarvan de toepassing mijns inziens in elk geval twijfelachtig is [57], echter niet laakbaar vanuit mededingingsoogpunt.

131. Ook al kan niet worden uitgesloten dat de litigieuze maatregelen ertoe leiden dat bepaalde leden van de Groupement worden aangezet om hun uitgifteactiviteiten te beperken dan wel hun acquisitieactiviteiten te versterken, welke laatste mogelijkheid in de praktijk moeilijk bleek, waardoor zij dus van het systeem werden uitgesloten, zou deze kwestie hoe dan ook thuishoren bij het onderzoek van de potentieel mededingingsverstorende gevolgen van deze maatregelen en niet van de strekking ervan. Mijns inziens kunnen de uitsluitingseffecten die tariefmaatregelen als de onderhavige impliceren, pas aan de orde komen bij het onderzoek van de mededingingsverstorende gevolgen.

54 — Zie arresten van 28 januari 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Jurispr. blz. 353, punten 15-17), en 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641).

55 — Volgens dit leerstuk moet degene die in het bezit is van een bron van inkomsten of een structuur, deze aan zijn concurrenten ter beschikking stellen, indien de toegang daartoe onontbeerlijk is voor de uitoefening van hun activiteiten; zie in die zin, arrest van 29 april 2004, IMS Health (C-418/01, Jurispr. blz. I-5039).

56 — Zie op dit punt het bestreden arrest (punten 66 en 224).

57 — In haar *XXXe Verslag over het mededingingsbeleid 2000* heeft de Commissie zelf namelijk het hierna volgende aangegeven: „De Commissie heeft vastgesteld dat het CB-kaartensysteem geen essentiële faciliteit is en dat de [Groupement] bijgevolg kan bepalen of haar concurrenten er toegang toe krijgen (op voorwaarde dat zij elkaar niet onderling discrimineren)” (punt 207 van dit verslag).

132. Bovendien moet ik bekennen verbaasd te zijn over de lezing die zowel de Commissie als het Gerecht geeft aan de litigieuze genomen maatregelen die de Groupement voor al zijn leden heeft vastgesteld, die, zoals opgemerkt, hetzij leidende banken zijn, hetzij daartoe behorende instellingen dan wel dochters daarvan. [58] Aangezien de tariefmaatregelen direct dan wel indirect alle leden van de Groupement raken, vind ik het zeer moeilijk te begrijpen hoe zij een naar zijn aard mededingingsverstorend mechanisme zouden kunnen bevatten en ook hoe zij in zekere zin zouden zijn geprogrammeerd om de leidende banken te ontzien. [59]

133. Blijkens deze overwegingen ondersteunen de door de betrokken maatregelen nagestreefde oogmerken, net als de voorwaarden ervan, niet de conclusie dat de Commissie in casu terecht het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking heeft vastgesteld.

iii) Derde onderdeel: het onderzoek van de context waarin de maatregelen zijn uitgewerkt

134. Rekwirant betoogt dat het Gerecht verschillende fouten heeft gemaakt bij het onderzoek van de context van de betrokken maatregelen.

135. In de eerste plaats verwijt rekwirant het Gerecht dat het op onjuiste wijze rekening heeft gehouden met de juridische context, en wel door een foute uitlegging van enerzijds de rechtspraak betreffende mededingingsbeperkingen naar strekking, met name het arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers, en anderzijds de in de eerdere beschikkingspraktijk behandelde vraagstukken. Op dit punt zou het bestreden arrest met name een tegenstrijdige motivering bevatten in zoverre het Gerecht in de punten 94 en 99 van dit arrest heeft gesteld zowel dat de in de twee „Visa"-beschikkingen [60] onderzochte praktijken aanzienlijk verschillen van die in welke in casu aan de orde zijn, als dat deze twee beschikkingen „vergelijkbare of identieke situaties" betreffen. De fout in het onderzoek zou ook blijken uit het feit dat de Commissie zelf ermee had ingestemd om eventuele toezeggingen krachtens artikel 9 van verordening nr. 1/2003 te bespreken, dat wil zeggen maatregelen „die aan de bezorgdheden tegemoet kunnen komen" en niet als zodanig kenmerkend zijn voor welke inbreuk op de mededinging dan ook.

136. In de tweede plaats heeft het Gerecht volgens rekwirant het recht geschonden bij het in aanmerking nemen van de economische context, met name omdat het eraan voorbij is gegaan dat CB-kaartensystemen tweezijdig werken.

137. In de derde plaats meent rekwirant dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het in aanmerking nemen van de economische context, doordat het heeft nagelaten de ingewikkelde economische beoordelingen te toetsen. In dit geval heeft het Gerecht dat minimale en objectieve toezicht op de economische beoordelingen in de litigieuze beschikking niet uitgeoefend, maar in de punten 320 en 321 van het bestreden arrest bepaalde door de Groupement overgelegde economische studies eenvoudig gepasseerd omdat zij in strijd zouden zijn met andere studies.

138. Uit het onderzoek van de eerst twee onderdelen van dit middel blijkt dat, gelet op de inhoud van de betrokken maatregelen en het daarmee nagestreefde oogmerk, het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG niet is vastgesteld.

58 — Zie punt 3 van het bestreden arrest, dat punt 29 van de litigieuze beschikking overneemt.

59 — Zie punt 130 van het bestreden arrest. BNP Paribas heeft zowel in haar memorie van antwoord als op de terechtzitting onderstreept dat met name de in haar ogen onjuiste hypothese dat alle leidende banken aan de betrokken maatregelen ontsnapten, de reden is geweest voor de kwalificatie als inbreuk naar strekking. Het Gerecht zou door die basishypothese te bevestigen te kort zijn geschoten in zijn motiveringsplicht.

60 — Beschikkingen van de Commissie betreffende een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, te weten beschikking 2001/782/EG van 9 augustus 2001 (Zaak COMP/29.373 – Visa International) (PB L 293, blz. 24; hierna: „Visabeschikking 2001"), en beschikking 2002/914/EG van 24 juli 2002 (Zaak COMP/29.373 – Visa International - Multilaterale afwikkelingsvergoeding) (PB L 318, blz. 17; hierna: „Visabeschikking 2002").

139. Gelet hierop zou het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking niet uitsluitend op grond van de gegevens betreffende de economische en juridische context [61] waarin de betrokken maatregelen zijn uitgewerkt, kunnen worden vastgesteld. Zoals ik hierboven heb aangegeven, kan het onderzoek van de context niet het feit compenseren dat er niet echt een mededingingsverstorende strekking is vastgesteld (zie punt 44 van deze conclusie).

140. Volledigheidshalve dient evenwel het navolgende te worden benadrukt.

141. Wat in de eerste plaats het in aanmerking nemen van de juridische context betreft, is, zoals ik hierboven heb vermeld, de – in ruime zin op te vatten – verworven ervaring een parameter waarmee rekening gehouden moet worden om het bestaan van een mededingingsbeperkende strekking te kunnen vaststellen (zie de punten 55 en volgende van deze conclusie).

142. Weliswaar kan de verworven ervaring stellig bevestigen dat bepaalde soorten samenwerking intrinsiek schadelijk zijn voor de mededinging wanneer het gaat om duidelijke en/of evidente restricties die naar alle waarschijnlijkheid invloed op de mededinging hebben, maar ik ben er niet van overtuigd dat er altijd een sterk argument kan worden ontleend aan de beschikkingspraktijk van de Commissie. Het feit dat de Commissie in het verleden een bepaald soort overeenkomst wegens de strekking zelf ervan beperkend heeft geacht voor de mededinging, kan op zich niet eraan in de weg staan om dat na een individueel en uitgebreid onderzoek van de litigieuze maatregelen in de toekomst wel te doen.

143. In deze zaak zouden de eerdere standpunten die de Commissie over overeenkomsten in het kader van betaalsystemen heeft ingenomen, en in het bijzonder in de Visabeschikking 2001 en in de Visabeschikking 2002, aangenomen dat deze beschikkingen betrekking hebben op maatregelen die identiek zijn aan die welke in casu aan de orde zijn, niet reeds noodzakelijkerwijs betekenen dat deze maatregelen qua strekking mededingingsbeperkend zijn.

144. Dat neemt niet weg dat waakzaamheid is geboden waar het rechtvaardigingen betreft om van eerdere in de beschikkingspraktijk van de Commissie ingenomen standpunten over de markt van betaalsystemen af wijken. Het Gerecht behoorde met name na te gaan in hoeverre de betrokken maatregelen, anders dan de maatregelen die op dezelfde markt waren genomen en waarvan het gedeeltelijk heeft erkend dat het daarbij om soortgelijke maatregelen ging [62], zodanig schadelijk waren dat zij konden worden geacht een mededingingsverstorende strekking te hebben.

145. Wat het precedent betreft, in dit geval het arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers, ben ik van mening, zoals ik eerder in de punten 69 tot en met 73 van deze conclusie heb aangegeven, dat die zaak op verschillende punten duidelijk verschilt van de onderhavige zaak.

146. Wat in de tweede plaats het in aanmerking nemen van de economische context betreft, verwijt de Groupement het Gerecht in wezen dat het voorbij is gegaan aan de kenmerken van het CB-kaartensysteem en in het bijzonder het tweezijdig karakter ervan.

147. Dienaangaande ben ik van mening dat, zelfs indien ervan zou worden uitgegaan dat uit de inhoud en de oogmerken van de betrokken maatregelen kon worden afgeleid dat zij een mededingingsverstorende strekking hadden, de contextuele gegevens die conclusie kunnen afzwakken.

61 — Hoewel de door rekwirant aangevoerde grieven drie punten betreffen, lijkt mij dat het derde punt, met de kritiek dat het Gerecht de ingewikkelde economische beoordelingen niet heeft getoetst, gemakkelijk kan worden betrokken bij het punt met betrekking tot het onderzoek van de economische context.

62 — Toch lijkt er een lichte tegenstelling te bestaan tussen de conclusie in punt 94 van het bestreden arrest, dat de in de Visabeschikkingen 2001 en 2002 betrokken maatregelen niet vergelijkbaar kunnen worden geacht, en de conclusie in punt 99 van datzelfde arrest, volgens welke „uit de motiveringsplicht van de Commissie kan niet worden afgeleid dat zij, behalve het feit dat zij haar beschikking motiveert door naar het dossier van de betrokken zaak te verwijzen, specifiek de redenen moet uiteenzetten waarom zij tot een andere conclusie is gekomen dan in een eerdere zaak die een soortgelijke of identieke situatie of dezelfde economische spelers betrof”.

148. Op dit punt kan de Commissie, in het bijzonder ingeval van een niet-evidente restrictie, zich immers niet tot een abstract onderzoek beperken om tot het bestaan van een beperking naar strekking te kunnen concluderen.

149. Het feit dat voor het vaststellen van een mededingingsbeperkende strekking in het kader van het onderzoek van de context waarin de maatregelen zijn uitgewerkt, de bestaande interactie tussen de „uitgifte"-zijde en de „acquisitie"-zijde in aanmerking wordt genomen, is mijns inziens heel iets anders dan wanneer dat geschiedt om de relevante markt te definiëren. Het gaat er immers niet om in twijfel te trekken dat de uitgifte- en de acquisitiemarkt heel verschillend zijn, maar om te onderzoeken of met de economische context waarin de maatregelen zijn uitgewerkt voldoende rekening is gehouden.

150. In dit geval, en zoals rekwirant voor het Gerecht heeft betoogd, vereiste de goede werking van het CB-kaartensysteem dat de uitgifteactiviteiten en de acquisitieactiviteiten op evenwichtige wijze worden uitgeoefend. Gelet hierop mag niet worden uitgesloten dat de respectievelijk bijdrage van elk van de leden aan de ontwikkeling van elk van deze taken in aanmerking kan worden genomen. Immers, een lid van de Groupement, nieuwkomer of niet, die voornamelijk of uitsluitend bij de uitgifte van CB-kaarten actief is, trekt voordeel uit de investeringen die zijn gedaan in de ontwikkeling van de „acquisitie"-zijde, aangezien dat een noodzakelijke pijler is voor het voortbestaan van het systeem.

3. Conclusie

151. Kortom, het Gerecht blijkt het recht te hebben geschonden door enerzijds een niet strikte uitlegging van het begrip mededingingsbeperking naar strekking vast te stellen en aan te houden, en anderzijds die aanpak specifiek toe te passen bij het onderzoek van de inhoud, de oogmerken en de context waarin de litigieuze maatregelen zijn uitgewerkt.

152. Het Gerecht heeft in het bijzonder verzuimd na te gaan of de Commissie, gelet op de inhoud, de oogmerken en de context waarin de betrokken maatregelen zijn uitgewerkt, mocht concluderen dat die maatregelen zo schadelijk waren dat de mededingingsverstorende gevolgen ervan verondersteld konden worden.

153. Het bestreden arrest moet derhalve op dit punt worden afgekeurd en zou enkel op die grond vernietigd kunnen worden.

154. Aangezien het Gerecht het niet nodig heeft geacht te onderzoeken of deze maatregelen een mededingingsverstorend gevolg hadden, moet deze zaak worden verwezen naar het Gerecht.

155. Toch zal ik, voor het geval dat het Hof niet met mijn conclusie instemt, hierna kort het door rekwirant in het kader van deze hogere voorziening aangevoerde tweede en derde middel onderzoeken.

B – *Tweede middel: schending van het recht bij de toepassing van het begrip mededingingsbeperking naar gevolg*

156. Rekwirant, daarbij gesteund door BNP Paribas, merkt op dat van de 455 punten die het bestreden arrest omvat, slechts vier aan het onderzoek van de gevolgen van de betrokken maatregelen zijn gewijd. Behalve schending van het recht bij zijn onderzoek naar het bestaan van een mededingingsbeperking naar gevolg zou het Gerecht niet rechtens genoegzaam alle door rekwirant aangevoerde argumenten hebben beantwoord, en dit in strijd met zijn in artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het

Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaalde motiveringsplicht. In het bijzonder zou de Commissie er niet in geslaagd zijn aan te tonen dat als gevolg van de betrokken maatregelen nieuwkomers zich daadwerkelijk uit de markt hadden teruggetrokken dan wel hun uitgifte van CB-kaarten hadden beperkt.

157. Het Gerecht is in dit geval echter juist niet nagegaan of de litigieuze maatregelen mededingingsverstorende gevolgen hadden. Aangenomen dat, anders dan ik voorstel, zou worden beslist dat het Gerecht zonder schending van het recht heeft kunnen vaststellen dat de betrokken maatregelen ertoe „strekten" de mededinging te beperken in de zin van artikel 81, lid 1, EG, kan het tweede middel derhalve niet slagen. [63]

158. Volgens vaste rechtspraak [64] en in het verlengde van hetgeen ik hiervoor heb aangegeven, is er immers geen reden om de mededingingsverstorende gevolgen te onderzoeken, wanneer de mededingingsverstorende strekking van een overeenkomst is vastgesteld.

159. Het Gerecht heeft dus zonder het recht te schenden in de punten 269 tot en met 272 van het bestreden arrest vastgesteld dat het middel inzake onjuiste opvatting van het recht en de feiten en beoordelingsfouten bij het onderzoek van de gevolgen van de maatregelen ondeugdelijk was, aangezien het tot de conclusie was gekomen dat die maatregelen ertoe strekten de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

160. Evenmin kan het Gerecht worden verweten dat het zijn motiveringsplicht op dit punt niet is nagekomen. Aangezien het Gerecht, dat daartoe op grond van de rechtspraak bevoegd is, het opportuun heeft geacht om zich te beperken tot het onderzoek van het bestaan van een mededingingsverstorende strekking, hoefde het niet te motiveren waarom de litigieuze maatregelen voorts mededingingsverstorende gevolgen hadden.

161. Bovendien staat het in het kader van deze procedure niet aan het Hof om de vraag te behandelen of de betrokken maatregelen, niettegenstaande hun eventuele mededingingsverstorende strekking, kunnen worden geacht mededingingsverstorende gevolgen te hebben. Het is met name niet de taak van het Hof om na te gaan of de Commissie erin geslaagd is om aan te tonen dat als gevolg van de litigieuze maatregelen nieuwkomers zich uit de markt hadden teruggetrokken of hun planning van activiteiten inzake de uitgifte van CB-bankkaarten naar beneden hadden bijgesteld. Dat geldt te meer omdat de Commissie, zoals ik hiervoor heb vermeld [65], een aanzienlijk deel van de litigieuze beschikking heeft gewijd aan het onderzoek van de door de betrokken maatregelen veroorzaakte gevolgen.

162. Al met al ben ik van mening dat dit middel in elk geval niet kan slagen.

63 — In die zin heeft het Hof met name gepreciseerd dat het onderzoek van de argumenten betreffende de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst voorafgaand aan de argumenten die betrekking hebben op de mededingingsbeperkende gevolgen, te meer gerechtvaardigd is omdat, wanneer de schending van het recht bij de beoordeling van de strekking van die overeenkomst wordt bevestigd, de hogere voorziening gericht tegen de motivering van het bestreden arrest aangaande de mededingingsverstorende gevolgen van de overeenkomst moet worden afgewezen (zie reeds aangehaald arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., punt 56).

64 — Zie reeds aangehaalde arresten LTM en Beef Industry Development Society en Barry Brothers (punt 16).

65 — Zie punt 2 van deze conclusie.

C – Derde middel: schending van het evenredigheid- en het rechtszekerheidsbeginsel door het Gerecht doordat het het bevel in artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking niet heeft nietig verklaard

163. Rekwirant, daarbij ondersteund door BNP Paribas, betoogt dat het Gerecht het evenredigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden doordat het het bevel in artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking, waarbij de Groupement wordt gelast zich in de toekomst te onthouden van iedere maatregel of ieder gedrag met een identiek of soortgelijk doel of gevolg als de betrokken maatregelen, niet heeft nietig verklaard.

164. Aangaande in de eerste plaats het evenredigheidsbeginsel dat in artikel 5, lid 4, VEU is neergelegd, had het Gerecht, volgens rekwirant, overeenkomstig artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 moeten vaststellen dat de door de Commissie opgelegde verplichting niet noodzakelijk was voor het nagestreefde doel, dat wil zeggen „het maken van een einde aan de vastgestelde inbreuk", aangezien de Groupement al vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking de maatregelen had opgeschort en in artikel 2, eerste alinea, van deze beschikking wordt gelast om onmiddellijk een einde te maken aan de inbreuk door de aangemelde tariefmaatregelen in te trekken. Ook had het Gerecht moeten vaststellen dat het aangevochten bevel onevenredig is, voor zover hieronder ook maatregelen vallen met een „soortgelijk" gevolg. De noodzaak om het bevel strikter te omschrijven zou in casu te meer essentieel zijn gezien de belangrijke verschillen in opvatting tussen het Gerecht en de Groupement wat de analyse van de betrokken maatregelen betreft.

165. Wat het rechtszekerheidsbeginsel betreft meent rekwirant voorts dat het Gerecht had moeten vaststellen dat de litigieuze beschikking zeer onduidelijk is over de reikwijdte van het uitgevaardigde bevel, waardoor bij de Groupement rechtsonzekerheid is ontstaan over de maatregelen die hij in de toekomst mocht nemen om zijn concurrentiepositie zeker te stellen en te kunnen groeien. De onzekerheid zou in casu erin bestaan dat de kwalificatie van de aan de Groupement in de toekomst verboden maatregelen uiterst algemeen en onnauwkeurig is, waardoor iedere evenwichtsherstellende maatregel die in de toekomst nodig kan worden geacht om de concurrentiepositie van het CB-kaartensysteem te versterken of dit systeem uit te breiden, hieronder kan vallen. De Groupement zou dan ook geen maatregelen kunnen nemen ter bestrijding van verschijnselen van parasitisme waarvan het systeem de dupe kan worden.

166. Opgemerkt moet worden dat rekwirant met zijn derde middel de Commissie wil bekritiseren omdat zij de reikwijdte van het bevel in artikel 2, tweede alinea, van de litigieuze beschikking niet strikter heeft omschreven, maar in zoverre geen onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht aanwijst over met name de aan te houden uitlegging van de rechtspraak van het Hof.

167. Dit middel herhaalt derhalve in wezen de argumenten die ter ondersteuning van het beroep bij het Gerecht in het kader van het tweede onderdeel van het zesde middel zijn aangevoerd [66], en zou alleen om die reden niet-ontvankelijk verklaard moeten worden.

168. Dit zo zijnde, werpt dit middel een interessante problematiek op aangaande de bevoegdheden van de Commissie om een bevel uit te vaardigen en het toezicht door het Gerecht op de uitoefening van die bevoegdheden, een problematiek die nauw samenhangt met het onderzoek van het eerste middel.

169. Partijen zijn het mijns inziens weliswaar erover eens dat het evenredigheids- en het rechtszekerheidsbeginsel van toepassing zijn, maar dan rijst de vraag naar de reikwijdte van deze beginselen wanneer de Commissie het bestaan van een overeenkomst met mededingingsbeperkende „strekking" in de zin van artikel 81, lid 1, EG heeft vastgesteld.

66 — Zie de punten 435-452 van het bestreden arrest.

170. Wat de naleving van het evenredigheidsbeginsel betreft, ben ik op grond van de noodzaak om het nuttig effect te waarborgen van een beschikking waarin een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG wordt vastgesteld, van mening dat de Commissie, wanneer het bestaan van een beperking naar „strekking" eenmaal duidelijk vaststaat, de aangeklaagde ondernemingen mag gelasten niet alleen de uitvoering van de litigieuze maatregelen op te schorten en in te trekken, maar ook om zich in de toekomst te onthouden van de uitvoering van iedere maatregel met een soortgelijke strekking.

171. Maar ook dan is het nodig dat de „mededingingsverstorende" strekking die de litigieuze maatregelen bezitten, duidelijk wordt bepaald en omschreven, hetgeen, zoals ik in het kader van de behandeling van het eerste middel heb vermeld, mijns inziens niet is gebeurd.

172. Dit vereiste lijkt mij ook te gelden in het licht van de naleving van het rechtszekerheidsbeginsel.

173. Zodra de mededingingsverstorende strekking van de litigieuze maatregelen voldoende duidelijk is vastgesteld en bepaalbaar is, moet de Commissie gerechtigd zijn om de betrokken ondernemingen te gelasten zich van ieder soortgelijk gedrag te onthouden. De geldigheid van een degelijke aanpak lijkt mij eerder discutabel wanneer ofwel de mededingingsverstorende strekking niet of onvoldoende is omschreven, ofwel, zoals in casu, de ondernemingen zelf de reikwijdte van het betrokken bevel moeten bepalen.

V – **Conclusie**

174. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 29 november 2012, CB/Commissie (T-491/07), wordt vernietigd.

2) De zaak wordt naar het Gerecht van de Europese Unie verwezen.

3) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden."