Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 27 mars 2014[1]

Mål C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Konkurrensbegränsande samverkan — Marknaden för bankkort i Frankrike — Groupement des cartes bancaires (CB) — Prissättningsåtgärder tillämpliga på ’nya aktörer’ i CB — Anslutningsavgift och mekanismer för ’reglering av inlösningsverksamheten’ och ’vilande medlemmar som aktiverar sig igen’ — Förekomst av ett konkurrensbegränsande syfte — Befogenhet att göra förelägganden — Iakttagande av proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen”

1. I förevarande mål om överklagande har Groupement des cartes bancaires (nedan kallad CB eller klaganden) yrkat att domstolen ska upphäva den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 29 november 2012 i målet CB mot kommissionen,[2] genom vilken tribunalen ogillade talan som CB hade väckt i syfte att utverka en ogiltigförklaring av kommissionens beslut K (2007) 5060 slutlig av den 17 oktober 2007 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires ”CB”) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

2. Domstolen har i förevarande mål huvudsakligen anmodats att pröva om tribunalen utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning kunde slå fast att de aktuella åtgärderna hade till ”syfte” att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 81.1 EG (nu artikel 101.1 FEUF), med beaktande av att den underlåtit att granska åtgärdernas inverkan på konkurrensen, detta till skillnad från Europeiska kommissionen, som i det omtvistade beslutet efter en djupgående analys konstaterade att åtgärderna förutom ett konkurrensbegränsande syfte även hade en konkurrensbegränsande verkan.[3]

3. Domstolen ska särskilt besvara frågan om huruvida det var korrekt av tribunalen att anta och i förekommande fall tillämpa en ganska vid syn på begreppet konkurrensbegränsande ”syfte”. Denna viktiga fråga, som visserligen har prövats flera gånger tidigare, har nu ställts inom den mycket speciella ramen för marknaden för betalkort, vars dubbla karaktär[4] och mycket speciella särdrag hittills ännu inte[5] har varit föremål för domstolens prövning. Grundläggande är att detta mål ger domstolen ett nytt tillfälle att vidareutveckla sin något omdiskuterade rättspraxis avseende begreppet ”konkurrensbegränsande syfte” i artikel 81.1 EG.

1 — Originalspråk: franska.

2 — T-491/07, nedan kallad den överklagade domen.

3 — Se skälen 252–358 i det omtvistade beslutet.

4 — Dubbla marknader kan definieras som marknader där volymerna av genomförda transaktioner inte endast är beroende av den allmänna nivån på de priser som medlemmarna betalar utan även på deras struktur (Rochet J.-C. och Tirole, J., ”Two-sided markets: a progress report”, *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, nr 3, 2006, s. 645–667.

5 — Det ska emellertid påpekas att mål C-382/12 P, MasterCard m.fl. mot kommissionen, som är anhängigt vid domstolen (se generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande föredraget den 30 januari 2014) avser vissa beslut som fattats inom ramen för ett så kallat öppet system för betalkort som förvaltas av MasterCard. Det målet föranleder andra rättsfrågor än förevarande mål och avser helt andra åtgärder som rör införandet av multilaterala mellanbanksavgifter.

I – **Bakgrund till tvisten**

4. Bakgrunden till tvisten kan såvitt framgår av den överklagade domen sammanfattas enligt följande.

5. Klaganden är en ekonomisk intressegruppering enligt fransk rätt, som inrättades 1984 av de största franska bankerna. Den inrättades i syfte att skapa interoperabilitet mellan systemen för betalning och uttag med bankkort som getts ut av grupperingens medlemmar (nedan kallade CB-kort). Denna interoperabilitet innebär i praktiken att ett CB-kort som ges ut av en medlem i CB kan användas för betalning hos alla handlare som är anslutna till CB-systemet via en annan medlem och/eller för att göra uttag i uttagsautomater (nedan kallade DAB) som drivs av någon av de andra medlemmarna. CB:s medlemmar, som den 29 juni 2007 var 148 till antalet, är antingen så kallade ledande banker eller banker som är knutna till någon av de ledande bankerna. Enligt CB:s inrättandeavtal tillhör BNP Paribas, BPCE, tidigare caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) och Société générale (nedan kallad SG) de elva ledande bankerna.

6. Den 10 december 2002 anmälde CB i enlighet med förordning nr 17[6] flera nya regler till kommissionen som man avsåg att införa i CB-systemet och som bland annat[7] omfattade tre prissättningsåtgärder, vilka kan beskrivas enligt följande:

— En mekanism kallad Merfa,[8] vilken enligt CB i huvudsak syftade till att dels stimulera de medlemmar som hade en mer omfattande verksamhet som utgivare än som inlösare att utveckla sin inlösningsverksamhet, dels ekonomiskt ta hänsyn till satsningarna från medlemmar vars inlösningsverksamhet var betydande jämfört med deras utgivningsverksamhet. Man avsåg att utforma mekanismen så att medlemmarnas andel av den totala inlösningsverksamheten inom CB-systemet (mätt i antalet anslutna handlare registrerade i SIREN[9] och DAB) jämfördes med deras andel av den totala utgivningsverksamheten inom systemet. Merfa skulle tillämpas när förhållandet mellan de båda nyckeltalen var mindre än 0,5. De belopp som togs ut med stöd av Merfa skulle omfördelas mellan de medlemmar i CB som inte var betalningsskyldiga enligt Merfa i proportion till deras inlösningsverksamhet. Dessa medlemmar skulle få använda de uppburna medlen efter eget skön.

— En ändring av anslutningsavgiften till CB, vilken förutom ett fast belopp på 50 000 euro som togs ut vid anslutningen skulle utgöras av en avgift per CB-kort som gavs ut och var aktivt under de tre åren närmast efter anslutningen och, i förekommande fall, en extra anslutningsavgift för medlemmar vilkas antal utgivna CB-kort under eller i slutet av det sjätte året efter deras anslutning var tre gånger större än deras antal utgivna CB-kort i slutet av det tredje året efter deras anslutning.

— Ett system som avsåg vilande medlemmar som återigen blivit aktiva och som bestod av en avgift per utgivet CB-kort som skulle betalas av medlemmar som var inaktiva eller ganska inaktiva innan de nya prissättningsåtgärderna trädde i kraft och vilkas andel av verksamheten för utgivning av CB-kort i hela CB-systemet under åren 2003, 2004 och 2005 var mer än tre gånger högre än deras andel av den totala verksamheten avseende CB-kort i hela CB-systemet under räkenskapsåret 2000, 2001 eller 2002.

6 — Rådets förordning av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 13, 1962, s. 204).

7 — Av beskrivningen av åtgärderna framgår att de anmälda åtgärderna förutom prissättningsåtgärderna även omfattade en ändring av sättet att beräkna medlemmarnas rösträtt inom CB.

8 — *Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur* (mekanism för reglering av inlösningsfunktionen).

9 — *Système d'identification au répertoire des entreprises* (system för identifiering i företagsregistret).

7. Den 6 juli 2004 antog kommissionen ett första meddelande om invändningar riktat till CB och till nio ledande banker som hade varit föremål för kontroller, i vilket kommissionen kritiserade dem för att ha ingått ett ”hemligt konkurrensbegränsande avtal”, vilket hade ”som övergripande syfte att begränsa konkurrensen mellan de banker som är parter i avtalet och att på ett samordnat sätt hindra konkurrens från nya aktörer (bland annat stormarknader, internetbanker och utländska banker) på marknaden för utgivning av bankkort”. Kommissionen ansåg att ”anmälan [hade] gjorts i syfte att dölja det konkurrensbegränsande avtalets verkliga innehåll”. Kommissionen avsåg att underkänna anmälan och förelägga böter för mottagarna av meddelandet om invändningar. CB svarade på meddelandet om invändningar den 8 november 2004 och ett muntligt hörande hölls den 16 och 17 december 2004.

8. Den 17 juli 2006 antog kommissionen ett andra meddelande om invändningar som riktades enbart till CB. Kommissionen angav att det första meddelandet om invändningar skulle betraktas som återkallat. Det andra meddelandet om invändningar avsåg ett beslut av en företagssammanslutning om att införa en rad prissättningsåtgärder som hade ett konkurrensbegränsande syfte eller en konkurrensbegränsande verkan. CB svarade på det andra meddelandet om invändningar den 19 oktober 2006 och ett muntligt hörande hölls den 13 november 2006.

9. Den 20 juli 2007 lämnade CB in ett förslag till åtaganden enligt artikel 9 i förordning (EG) nr 1/2003,[10] vilket enligt generaldirektören för kommissionens generaldirektorat för konkurrens hade lämnats in för sent och dessutom var otillfredsställande.

10. Kommissionen antog sedan det omtvistade beslutet, i vilket den ansåg att CB hade överträtt artikel 81 EG. I beslutet konstaterades bland annat följande:

— Den relevanta marknaden har definierats som marknaden för utgivning av betalkort i Frankrike.

— De aktuella åtgärderna utgör ett beslut av en företagssammanslutning.

— Åtgärderna har ett konkurrensbegränsande syfte. Syftet framgår av själva utformningen av åtgärderna och överensstämmer inte med de syften som angavs i anmälan. För det första är åtgärderna inte lämpliga för att främja inlösning och resulterar antingen i merkostnader för de medlemmar som omfattas av dem eller i en begränsning av utgivningsverksamheten för de medlemmar som skulle ha omfattats av dem om de inte minskat sin utgivning. För det andra motsägs påståendet att Merfa är avsett att stimulera inlösningsverksamheten av förekomsten av mellanbanksavgifter samt den extra anslutningsavgiften och avgiften för vilande medlemmar som aktiverar sig igen. Åtgärdernas konkurrensbegränsande syfte framgår av åtgärdernas verkliga mål, vilka angavs av de ledande bankerna när åtgärderna utarbetades, det vill säga att hindra konkurrens från nya aktörer och påföra dem straffavgifter, upprätthålla de ledande bankernas intäkter och motverka lägre priser på bankkort.

— De aktuella åtgärderna har även en konkurrensbegränsande verkan. Särskilt kan nämnas att åtgärderna under den period då de tillämpades (den 1 januari 2003–8 juni 2004) ledde till att de nya aktörerna minskade sin planerade utgivning av CB-kort och att såväl de nya aktörerna som de ledande bankerna förhindrades att sänka sina priser på CB-kort.

— De aktuella åtgärderna kan inte betraktas som accessoriska begränsningar som inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG.

10 — Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT L 1, 2003, s. 1).

— Villkoren för tillämpning av artikel 81.3 EG är inte uppfyllda. Framför allt kan motiveringen av de aktuella åtgärderna inte godtas, särskilt inte när det gäller att Merfa ska fungera som en mekanism som skapar balans mellan inlösning och utgivning, eftersom utgivningsverksamhetens andel i förhållande till referensinlösningsverksamheten grundar sig på förhållandena i de ledande bankerna och inte på en optimal balans i CB-systemet.

11. Mot bakgrund av det ovanstående drog kommissionen slutsatsen att artikel 81.3 EG inte var tillämplig på de aktuella åtgärderna, att CB:s beslut avseende de aktuella åtgärderna stred mot bestämmelserna i artikel 81.1 EG och var ogiltigt enligt artikel 81.2 EG och att kommissionen således hade fog för att besluta att CB skulle återkalla de aktuella åtgärderna och i framtiden avhålla sig från alla avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som hade ett liknande syfte eller en liknande verkan.

12. I det omtvistade beslutet fastställs följande:

”Artikel 1

De prissättningsåtgärder som [CB] antagit genom [styrelsens] beslut av den 8 och 29 november 2002, det vill säga [Merfa], anslutningsavgiften per kort och den extra anslutningsavgiften, samt [avgiften för vilande medlemmar som återigen blivit aktiva], vilken är tillämplig på medlemmar i CB som inte har utvecklat någon betydande verksamhet inom CB sedan de anslöt sig, strider mot artikel 81 [EG].

Artikel 2

CB ska omedelbart upphöra med den överträdelse som avses i artikel 1 genom att återkalla de anmälda prissättningsåtgärder som avses i den artikeln, om detta inte redan har gjorts.

CB ska i framtiden avstå från alla åtgärder eller beteenden som har ett identiskt eller liknande syfte eller verkan.”

II – **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

13. Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 december 2007 väckte CB talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. BNP Paribas, BPCE och SG intervenerade till stöd för klaganden.

14. CB anförde, med stöd av intervenienterna, sex grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avsåg åsidosättande av artikel 81 EG på grund av felaktigheter i metoden för att analysera de aktuella åtgärderna och de utvalda marknaderna, åsidosättande av principen om likabehandling och bristande motivering. Som andra grund gjorde CB gällande att artikel 81.1 EG hade åsidosatts på grund av felaktig rättstillämpning, felaktiga faktiska omständigheter och en oriktig bedömning vid granskningen av de aktuella åtgärdernas syfte. Den tredje grunden avsåg felaktig rättstillämpning, felaktiga faktiska omständigheter och en oriktig bedömning vid granskningen av de aktuella åtgärdernas verkan. Genom den fjärde grunden, som anfördes i andra hand, gjorde CB gällande att artikel 81.3 EG hade åsidosatts på grund av felaktig rättstillämpning, felaktiga faktiska omständigheter och en oriktig bedömning vid granskningen av huruvida denna bestämmelse var tillämplig på de aktuella åtgärderna. Den femte grunden avsåg åsidosättande av principen om god förvaltning. Såvitt avser den sjätte grunden gjorde CB gällande att proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen hade åsidosatts.

15. Efter att ha underkänt samtliga dessa grunder ogillade tribunalen talan i sin helhet och förpliktade CB att bära sina rättegångskostnader och att ersätta kommissionens rättegångskostnader samt förpliktade BNP Paribas, BPCE och SG att bära sina rättegångskostnader.

III – **Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen**

16. Klaganden har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

— återförvisa målet till tribunalen, förutom om domstolen anser sig ha ett tillräckligt underlag för att ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

17. BNP Paribas, BPCE och SG har inkommit med svarsskrivelser till stöd för klaganden.

18. Kommissionen har yrkat att överklagandet ska ogillas och att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

19. Parterna yttrade sig skriftligen och muntligen vid förhandlingen den 22 januari 2014.

IV – **Bedömning av grunderna för överklagandet**

20. Klaganden har anfört tre grunder till stöd för sitt överklagande. Den första grunden avser felaktig rättstillämpning i samband med begreppet konkurrensbegränsande syfte. Den andra grunden avser felaktig rättstillämpning i samband med begreppet konkurrensbegränsande verkan. Såvitt avser den tredje grunden har klaganden gjort gällande att proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen har åsidosatts.

21. Som inledning till överklagandet har klaganden påstått att det är uppenbart att tribunalen i sin beskrivning av de faktiska omständigheterna (punkterna 1–48 i den överklagade domen,) utelämnade väsentliga faktorer, vilket visar att den aldrig frångick kommissionens ståndpunkt och att den underlät att vidta den fördjupade prövning av de faktiska och rättsliga omständigheterna som krävs enligt domstolens rättspraxis.[11] Tribunalen utelämnade dels den omständigheten att kommissionen radikalt hade bytt ståndpunkt under utredningen,[12] vilket förklaras av grundläggande fel i kommissionens analys, vilka denna underlåtit att påtala, dels de diskussioner som hade förts vid förhandlingen vid tribunalen den 16 maj 2012 beträffande begreppet konkurrensbegränsande syfte, bland annat avseende hur domen i målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers skulle tolkas.[13]

22. Det tycks mig som om klaganden genom dessa inledande påståenden, vilka bildar en bakgrund till de frågor som ska avgöras i förevarande mål, inte har velat åberopa ytterligare grunder än de formellt anförda.

23. De tre formellt anförda grunderna ska därför prövas i tur och ordning, med särskild betoning på den första grunden, vilken tycks vara av central betydelse för diskussionen och dessutom är av ett alldeles särskilt intresse.

11 — Se dom av den 8 december 2011 i mål C-272/09 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-12789), punkt 102.

12 — CB har betonat att kommissionen inte alls har frångått sina slutsatser i det första meddelandet om invändningar av den 6 juli 2004. Till följd av ett muntligt hörande som hölls den 16 och den 17 december 2004 var kommissionen emellertid tvungen att återkalla det första meddelandet om invändningar, för vilket det inte fanns någon verklig grund.

13 — Dom av den 20 november 2008 i mål C-209/07, Beef Industry Development Society och Barry Brothers (REG 2008, s. I-8637).

A – *Den första grunden: Felaktig rättstillämpning i samband med begreppet konkurrensbegränsande syfte*

24. Klaganden har med stöd av BNP Paribas, BPCE och SG gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning på flera punkter vid tillämpningen av artikel 81.1 EG. Klaganden har betonat att tribunalens synsätt utgör ett allvarligt prejudikat, i den del det innebär ett förbud i sig mot priser som en aktör faktureras av en annan aktör. CB har särskilt hävdat att tribunalen åsidosatte att begreppet konkurrensbegränsande syfte inte kan ges en alltför vid tolkning och bortsåg från den bedömningsram som domstolen i allmänhet tillämpar för att fastställa om ett konkurrensbegränsande syfte föreligger.

25. Innan jag går in på alla de invändningar som har anförts mot den bedömningsmodell som tribunalen använde med avseende på de aktuella åtgärderna, behöver ett antal inledande påpekanden göras beträffande den metod som enligt min mening ska tillämpas för att granska huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

1. Allmänna påpekanden om vad som menas med begreppet konkurrensbegränsande syfte i den mening som avses i artikel 81.1 EG

26. Det står klart att varje system för förbud eller sanktionsåtgärder mot samverkan avser beteenden som begränsar konkurrensen. [14]

27. För att identifiera beteenden som begränsar konkurrensen kan i allmänhet två metoder användas.

28. Den första metoden utgörs av ett kasuistiskt tillvägagångssätt, vilket innebär en ingående och fördjupad granskning av den faktiska och potentiella konkurrensbegränsande verkan av företagens beteenden. Denna metod har den stora fördelen att den inriktas exakt på de förfaranden som uppenbart har en konkurrensbegränsande verkan, men den kräver stora resurser och ger inga garantier för processekonomi. Denna metod kan därför *in fine* hindra en mer allmän upptäckt av konkurrensbegränsande beteenden.

29. Dessa nackdelar har föranlett en annan delvis mindre individualiserad metod, vilken också används avseende beteenden som efter en ekonomisk analys allmänt anses ha en skadlig inverkan på konkurrensen.

30. Inom detta system görs ingen skillnad i sak beroende på om ett företags beteende har fastställts vara konkurrensbegränsande genom en individuell granskning eller genom användning av ett standardiserat förfarande – beteendet är förbjudet i båda fallen. Skillnaden ligger framför allt i förfarandena för att bevisa att det ifrågasatta beteendet har en konkurrensbegränsande verkan.

31. Som exempel kan nämnas att enligt amerikansk antitrustlagstiftning betraktas ett visst antal beteenden i sig som överträdelser. Företag som gör sig skyldiga till dessa beteenden kan inte, vare sig vid den myndighet som ansvarar för att vidta åtgärder vid överträdelser av konkurrensreglerna eller vid domstol, invända mot kvalificeringen konkurrensbegränsande samverkan genom att bevisa att beteendena har få skadliga verkningar eller till och med har viss positiv inverkan på konkurrensen.

32. Hänvisningen i artikel 81.1 EG till samverkan som har ”till syfte” att ”hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden” har jämförbara, om än inte identiska konsekvenser.

14 — Det ska preciseras att begreppet ”begränsning” ska förstås så att det även omfattar fall där konkurrensen hindras eller snedvrids. Likaså ska begreppet begränsning i förevarande fall förstås så att det inte endast omfattar begränsningar av företagens frihet att agera på marknaden (*restraint of trade*), utan också begränsningar av marknadens funktion och struktur (*restriction of competition*).

33. När det fastställs att ett företags beteende har ett konkurrensbegränsande ”syfte” är detta beteende i princip förbjudet utan att dess verkan behöver granskas.

34. Även om en avvägning mellan den positiva och den konkurrensbegränsande verkan kan göras inom ramen för tillämpningen av artikel 81.3 EG har användningen av begreppet konkurrensbegränsande syfte ett antal fördelar, eftersom det gör det enklare att fastställa den konkurrensbegränsande inverkan av vissa av företagens förfaranden.

35. En av fördelarna med begreppet konkurrensbegränsande syfte är att det utan tvekan skapar förutsebarhet och således rättssäkerhet för företagen, eftersom det gör dem medvetna om de rättsliga följder (bland annat förbud och sanktionsåtgärder) som vissa beteenden, till exempel ingående av prisavtal, kan leda till och ger dem möjlighet att anpassa sitt beteende därefter. Vidare har identifieringen av olika fall av samverkan med ett konkurrensbegränsande syfte även en avskräckande effekt och bidrar till att förhindra konkurrensbegränsande beteenden. Slutligen har detta begrepp processekonomiska fördelar, eftersom det gör det möjligt för de myndigheter som ansvarar för konkurrensfrågor att vid vissa former av samverkan dra slutsatsen att de har en konkurrensbegränsande inverkan, utan att de behöver vidta en granskning av den potentiella eller faktiska verkan på den relevanta marknaden, vilket ofta är ett komplicerat och utdraget arbete.

36. Dessa fördelar kan emellertid uppnås endast om begreppet konkurrensbegränsande syfte är klart avgränsat, eftersom det annars kan komma att omfatta beteenden vilkas skadliga inverkan på konkurrensen inte tydligt framgår.

37. Ovanstående överväganden finner mer konkret stöd i domstolens fasta rättspraxis.

38. För det första, som domstolen mycket tidigt slog fast i domen i målet LTM,[15] och vilket den därefter erinrat om upprepade gånger,[16] leder den omständigheten att villkoret i artikel 81.1 EG, att det ska föreligga ett avtal som har till syfte eller verkan att begränsa konkurrensen, är alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, först och främst till att man måste beakta själva syftet med avtalet med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det ska tillämpas. Domstolen har i detta sammanhang preciserat att om ”en analys av *avtalsbestämmelserna* inte påvisar en *tillräckligt stor skada*” (min kursivering) för konkurrensen bör sedan avtalets verkningar prövas. För att avtalet ska kunna omfattas av förbudet bör det krävas att sådana omständigheter föreligger som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Vid bedömningen av om ett avtal är förbjudet enligt artikel 81.1 EG är det således överflödigt att ta hänsyn till avtalets faktiska verkan när det framgår att syftet med detta är att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden.[17]

15 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM (REG 1966, s. 337, 359; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251).

16 — Domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 15.

17 — Se domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 16 och där angiven rättspraxis.

39. För det andra har domstolen preciserat att skillnaden mellan ”överträdelse genom syfte” och ”överträdelse genom verkan” beror på att vissa former av samverkan mellan företag till sin *natur* kan anses vara skadliga för den normala konkurrensens goda funktion.[18] Olika former av samarbete mellan företag har ansetts vara konkurrensbegränsande enbart på grund av sitt syfte. Således har även andra slag av horisontellt samarbete än de som avses i artikel 81.1 a–e EG[19] ansetts ha ett konkurrensbegränsande syfte, liksom ett antal vertikala avtal.[20]

40. För det tredje krävs vid den mer standardiserade bedömning som föranleds av tillämpningen av begreppet konkurrensbegränsande syfte en ingående och individuell granskning av det omtvistade avtalet, vilken emellertid tydligt ska skiljas från granskningen av den faktiska eller potentiella verkan av de ifrågasatta företagens beteende.

41. Domstolen konstaterade mycket tidigt[21] att en granskning av huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte inte kan göras utan att beakta det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket parterna ingått avtalet. Domstolen har senare upprepade gånger erinrat om att avtalsbestämmelserna i fråga måste granskas mot bakgrund av deras sammanhang,[22] eftersom rent teoretiska och abstrakta överväganden är svåra att försvara vid en granskning av huruvida ett beteende är förenligt med fördragets regler om konkurrensbegränsande samverkan.[23]

42. Som exempel för att illustrera det ovanstående kan tas en överträdelse som mot bakgrund av tidigare erfarenheter kan antas leda till en av de allvarligaste konkurrensbegränsningarna, det vill säga ett horisontellt prisavtal avseende en given vara. Även om det står klart att en sådan samverkan i allmänhet har en mycket skadlig inverkan på konkurrensen, gäller detta inte till exempel i det fallet att de aktuella företagen endast innehar en obetydlig andel av den berörda marknaden.

43. Domstolen har likaså efter en granskning av sammanhanget slagit fast att även om ett distributionsavtal vid första påseendet kan anses utgöra en konkurrensbegräsning, kan det inte genom själva sin natur anses ha till syfte att avsevärt begränsa konkurrensen.[24]

44. Beaktandet av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget vid undersökningen av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte bör enligt min mening tydligt skiljas från påvisandet av en konkurrensbegränsande verkan enligt den andra delen av villkoret i denna bestämmelse. I annat fall riskerar man en skadlig glidning i tolkningen av artikel 81.1 EG, vilket jag återkommer till nedan. Beaktandet av sammanhanget vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte kan endast stärka eller neutralisera[25] granskningen av själva ordalydelsen i ett avtal om en misstänkt konkurrensbegränsande samverkan. Det kan inte på något sätt kompensera för avsaknaden av ett faktiskt identifierat konkurrensbegränsande syfte genom att påvisa åtgärdernas potentiella verkan.

18 — Domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 18.

19 — Bland annat har informationsutbyte i syfte att samordna konkurrenters beteende på marknaden ansetts ha ett sådant konkurrensbegränsande syfte (dom av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl. (REG 2009, s. I-4529).

20 — Se bland annat dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 429; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277), av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen (REG 1978, s. 131) (distributionsavtal som förbjöd parallell handel mellan medlemsstater och stadgade om territoriell ensamrätt), av den 3 juli 1985 i mål 243/83, Binon (REG 1985, s. 2015) (selektivt distributionssystem med fastställande av lägsta återförsäljningspriser), och av den 13 oktober 2011 i mål C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (REU 2011, s. I-9419) (selektivt distributionssystem som utan objektiv motivering medförde ett förbud för nätförsäljning av vissa produkter).

21 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Consten och Grundig mot kommissionen, s. 497.

22 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Miller International Schallplatten mot kommissionen, punkt 7, dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, Compagnie royale asturienne des mines och Rheinzink mot kommissionen (REG 1984, s. 1679), punkt 26, och av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen (REG 2006, s. I-3173), punkt 66.

23 — Se generaladvokaten Roemers förslag till avgörande i det ovannämnda målet Consten och Grundig mot kommissionen, s. 525.

24 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico (REG 1998, s. I-1983), punkterna 19–31.

25 — För ett exempel, se dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002, s. I-1577), punkt 97.

45. Med andra ord, och oavsett de konceptuella likheterna mellan de båda delarna av villkoret i denna bestämmelse,[26] kan en granskning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget för att fastställa huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte inte leda till att de ifrågasatta företagen anses ha överträtt konkurrensreglerna, om man inte av avtalsbestämmelserna kan sluta sig till att samverkan är skadlig för konkurrensen.

46. Även om det i domstolens och tribunalens rättspraxis erinras om skillnaden mellan de två slag av begränsningar som avses i artikel 81.1 EG har den i viss grad gett upphov till olika tolkningar och till och med förvirring. Viss rättspraxis verkar faktiskt att ha försvårat den nödvändiga åtskillnaden mellan granskningen av det konkurrensbegränsande syftet och analysen av den konkurrensbegränsande verkan hos avtal mellan företag.

47. I ett antal mål verkar beaktandet av sammanhanget mer utgöra en faktisk granskning av de aktuella åtgärdernas potentiella verkan.

48. I målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen,[27] i vilket förstainstansrätten hade anmodats att pröva huruvida bestämmelserna i ett avtal för att begränsa den parallella handeln med läkemedel hade ett konkurrensbegränsande syfte, ansåg förstainstansrätten i huvudsak att man inte kan sluta sig till att ett avtal begränsar konkurrensen enbart genom att läsa avtalsbestämmelserna mot bakgrund av sammanhanget, utan att man ”med nödvändighet” också måste beakta dess verkan. Enligt domen i det målet måste under alla omständigheter en konkret verkan på konkurrensen konstateras för att ett konkurrensbegränsande syfte ska kunna anses föreligga.[28]

49. Man kan med rätta fråga sig om en sådan analys, som innebär att de nödvändiga konsekvenserna av avtalet i fråga utvärderas, mer utgör en granskning av avtalets konkurrensbegränsande verkan än en analys av dess konkurrensbegränsande syfte.

50. Domstolen har nyligen och ännu mer uppenbart, i domen i målet Allianz Hungária Biztosító m.fl.,[29] slagit fast att avtal varigenom försäkringsbolag som tillhandahåller trafikförsäkringar bilateralt överenskommer med bilåterförsäljare som tillhandahåller service och reparationer eller med sammanslutningar av sådana återförsäljare, gällande den timersättning som försäkringsbolaget ska utge vid reparationer av fordon som är försäkrade genom bolaget, och enligt vilka timersättningen bland annat beror på det antal och den procentandel försäkringar som återförsäljaren sålt som mellanhand för försäkringsbolaget, kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF. Detta är fallet om det efter en individuell och konkret bedömning av avtalens innehåll och ändamål samt av det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de ingår framgår att avtalen till sin art kan anses vara skadliga för den normala konkurrensen på en av de relevanta marknaderna.[30]

26 — Flera författare har betonat att en analys av syftet innebär tillämpning i praktiken av en analys av verkan (se till exempel Wish, R., introduktion till det fjärde rundabordssamtalet vid konferensen New Frontiers of Antitrust den 10 februari 2012 med rubriken ”Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?”, *Concurrences*, nr 2, 2012, s. 59 och följande sidor.

27 — Förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-168/01, GlaxoSmithKline Services mot kommissionen (REG 2006, s. II-2969), punkt 147.

28 — Även om domstolen inom ramen för överklagandet av domen i det målet hade anmodats att underkänna bedömningen avseende de omtvistade avtalens konkurrensbegränsande syfte, gjorde den detta endast i den del som förstainstansrätten hade ansett att ett avtal måste medföra nackdelar för slutkonsumenterna för att kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte (se dom av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl. (REG 2009, s. I-9291), punkterna 63 och 64.

29 — Dom av den 14 mars 2013 i mål C-32/11, Allianz Hungária Biztosító m.fl..

30 — Se domen i det ovannämnda målet Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 48.

51. Även här är det svårt att se på vilket sätt den granskning av sammanhanget som domstolen föreslog, och som utgörs av en bedömning av risken för att konkurrensen på den relevanta marknaden upphör eller kraftigt försvagas, särskilt med hänsyn till ”marknadsstrukturen, förekomsten av alternativa distributionskedjor och deras respektive betydelse samt de berörda företagens marknadsandelar”, skiljer sig från en granskning av avtalens eventuella konkurrensbegränsande verkan.

52. Trots att rättspraxis således i viss grad kanske har bidragit till att fördunkla skiljelinjen mellan begreppen konkurrensbegränsande syfte respektive konkurrensbegränsande resultat, anser jag att det tydligare måste avgränsas hur begreppet konkurrensbegränsande syfte ska tillämpas.

53. Den omständigheten att ett avtal eller ett förfarande betraktas som konkurrensbegränsande på grund av själva sitt syfte har betydande konsekvenser, varav åtminstone två förtjänar att understrykas.

54. För det första bygger det tillvägagångssätt som innebär att man identifierar ett ”konkurrensbegränsande syfte” på ett formalistiskt synsätt som inte är riskfritt med hänsyn till skyddet av de allmänna intressen som eftersträvas genom fördragets regler på konkurrensområdet. När det har fastställts att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, har det förbud som detta resulterar i en mycket allmän räckvidd, det vill säga ett avtal kan förbjudas i förebyggande syfte och således förhindra framtida kontakter, [31] och detta oberoende av utvärderingen av avtalets faktiska verkan.

55. Detta formalistiska tillvägagångssätt kan således endast användas vid beteenden som medför en inneboende risk för särskilt skadliga verkningar eller beteenden där slutsatsen kan dras att den skadliga inverkan på konkurrensen är större än den konkurrensfrämjande verkan. Att förfara på annat sätt skulle innebära att förneka att vissa åtgärder som vidtas av ekonomiska aktörer potentiellt kan ha positiva externa effekter för konkurrensen. Enligt min mening är det endast om en begräsning är förbjuden i samtliga fall, enligt vad erfarenheten visat och i överensstämmelse med den ekonomiska analysen, som det är skäligt att av processekonomiska skäl direkt vidta sanktionsåtgärder mot den. [32]

56. Således ska endast beteenden som, mot bakgrund av erfarenheter och ekonomivetenskap, med säkerhet har en skadlig verkan som är lätt att upptäcka anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, men inte avtal vilka med beaktande av sitt sammanhang har en kluven inverkan på marknaden eller vilka har en accessorisk begränsande verkan som är nödvändig för att uppnå ett huvudsakligt syfte som inte begränsar konkurrensen.

57. För det andra, genom att ett avtal eller ett förfarande betraktas som konkurrensbegränsande på grund av själva sitt syfte befrias de myndigheter som ansvarar för konkurrensfrågor från bördan att bevisa att ett avtal eller ett förfarande har en konkurrensbegränsande verkan. En okontrollerad utvidgning av de beteenden som ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte är farlig med hänsyn till de principer som i regel bör tillämpas vid fastställandet av ett konkurrensbegränsande beteende och bevisningen av detta.

58. Mot bakgrund av ovanstående konsekvenser är det nödvändigt att avgränsa begreppet samverkan som har ett konkurrensbegränsande syfte så att det *in fine* endast omfattar samverkan som har en viss inneboende grad av skadlighet. Detta begrepp bör endast omfatta avtal som på grund av sin inneboende natur, det vill säga utan att det finns anledning att utvärdera deras faktiska eller potentiella

31 — Betydelsen av dessa konsekvenser har redan tidigare betonats av generaladvokaten Cruz Villalón i punkt 64 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Allianz Hungária Biztosító m.fl.

32 — Det tycks som om kommissionen, enligt vad den anger i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 81.3 EG (EUT C 101, s. 97), av den 27 april 2004 anser att detta är det tillvägagångssätt som ska tillämpas. Kommissionen anger där bland annat följande: ”Begränsningar som har till syfte att begränsa konkurrensen är sådana som redan i sig är av en sådan art att de kan leda till att detta syfte uppnås. Det är fråga om begränsningar som mot bakgrund av målen för gemenskapens konkurrensregler har så hög potential att skada konkurrensen att det vid tillämpningen av artikel 81.1 är onödigt att påvisa eventuella faktiska effekter på marknaden. Denna presumtion grundar sig på att *begränsningen är av allvarlig art och på de erfarenheter* som visar att om syftet är att begränsa konkurrensen, är det sannolikt att det får negativa effekter på marknaden och äventyrar uppnåendet av de mål som gemenskapen eftersträvar med sina konkurrensregler” (min kursivering).

verkan, har en så allvarlig eller skadlig verkan att de med största sannolikhet inverkar negativt på konkurrensen. Trots att det inte exakt har fastställts vilka beteenden som kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, föreslås det att man antar en relativt försiktig attityd vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte.

59. Försiktighet är desto viktigare eftersom den analysmodell som utformas av domstolen kommer att gälla för såväl kommissionen som nationella myndigheter med ansvar för konkurrensfrågor, vilkas medvetenhet och sakkunskap baserar sig på olika parametrar.

60. De fördelar i form av förutsebarhet och lättnad av bevisbördan som kan uppnås genom fastställande av att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte kan äventyras om fastställandet ytterst bidrar till en avancerad granskning av det ifrågavarande avtalets konsekvenser för konkurrensen som går långt utöver en ingående granskning av avtalet.

61. Det ska påpekas att domstolen, trots den uppenbara utvidgningen av de beteenden som anses ha ett konkurrensbegränsande syfte, upprepade gånger, alltifrån domen i det ovannämnda målet LTM till domen i det ovannämnda målet Allianz Hungária Biztosító m.fl., har erinrat om att analysen av syftet bör påvisa en ”tillräckligt stor skada”.[33]

62. Jag vill avslutningsvis erinra om att en sådan avgränsning inte skapar ”immunitet” för vissa beteenden så att de undantas från förbudet i artikel 81.1 EG. I det fallet att det inte konkret har fastställts att ett visst avtal – det vill säga med beaktande av dess syften och det rättsliga och ekonomiska sammanhanget – inte kan hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden, låter man helt enkelt bli att tillämpa begreppet konkurrensbegränsande syfte. Den myndighet som ansvarar för kontrollen av att konkurrensreglerna efterlevs har alltid möjlighet att underkänna ett avtal efter en mer avancerad granskning av dess faktiska och potentiella konkurrensbegränsande verkan på marknaden.

2. Bedömning av huruvida ett konkurrensbegränsande syfte föreligger i förevarande fall

63. Klaganden har genom sin första grund riktat övergripande kritik mot tribunalens icke-restriktiva syn på begreppet konkurrensbegränsande syfte. Mer specifikt har klaganden invänt mot felaktigheter i tribunalens granskning av de aktuella åtgärdernas innehåll och syfte samt sammanhanget för deras utarbetande.

64. Således ska det först avgöras om det rent allmänt var korrekt av tribunalen att i punkterna 124 och 146 i den överklagade domen anse att ”det … inte [finns] anledning att tolka begreppet överträdelse genom syfte på ett restriktivt sätt”. Därefter ska det avgöras om tribunalen, oaktat detta konstaterande, utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning kunde slå fast att det i förevarande fall förelåg en överträdelse genom syfte i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

33 — Detta krav har det erinrats om upprepade gånger i den allra senaste rättspraxisen (se domen i de ovannämnda målen Beef Industry Development Society och Barry Brother, punkt 15, T-Mobile Netherlands m.fl., punkt 28, och GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., punkt 55, samt dom av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl. (REU 2011, s. I-9083), punkt 135.

a) Ska begreppet konkurrensbegränsande syfte ges en restriktiv eller vid tolkning?

65. Det ska inledningsvis betonas att i rättspraxis, som kännetecknas av en ambivalens mellan viljan att inte exakt fastställa vilka beteenden som ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte och nödvändigheten av att iaktta *ratio legis* bakom artikel 81.1 EG, som bland annat kräver att det ska påvisas att beteendena i fråga orsakar en viss grad av skada, har frågan om huruvida begreppet konkurrensbegränsande syfte ska tolkas restriktivt inte alltid fått ett tydligt svar, även om vissa generaladvokater har föreslagit det ena eller andra synsättet. [34]

66. När det gäller domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers var det enligt min mening fel av tribunalen att hänvisa till den till stöd för konstaterandet att begreppet överträdelse genom syfte inte ska tolkas restriktivt.

67. Som det framgår av punkt 22 i den domen svarade domstolen endast på Beef Industry Development Society och Barry Brothers argument att ”begreppet överträdelse genom syfte ska tolkas restriktivt” och att ”[d]etta begrepp omfattar endast avtal som rör horisontell prissättning, begränsning av produktionen eller marknadsuppdelning, avtal vilka har så uppenbart konkurrensbegränsande verkan att de inte kräver någon ekonomisk analys”.

68. Det ska emellertid påpekas att även om det av domstolens svar i punkt 23 i samma dom, där det anges att ”de avtalstyper som nämns i artikel 81.1 a–e EG inte [utgör] en uttömmande uppräkning av förbjudna former av samverkan”, tydligt framgår att begreppet konkurrensbegränsning inte är begränsat till de mest uppenbara fallen av konkurrensbegränsande samverkan, såsom karteller (”hard core infringements”) som avses i den bestämmelsen, och inte kan avgränsas genom en begränsande uppräkning, uttalade domstolen sig inte nödvändigtvis om huruvida begreppet konkurrensbegränsande syfte ska tolkas restriktivt eller inte.

69. Ytterligare ett konstaterande kan göras efter en genomläsning av domen i det målet: det var definitivt en granskning av själva ordalydelsen i avtalen i fråga som föranledde domstolen att dra slutsatsen att de sistnämnda syftade till att begränsa konkurrensen.

70. Det är riktigt att avtalen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers (nedan kallade BIDS-avtalen), hade speciella särdrag i och med att de syftade till att rationalisera nötköttssektorn genom att minska överkapaciteten i industrin.

71. Det står ändå klart att dessa avtal var att likställa med avtal som syftar till att begränsa produktionen i den mening som avses i artikel 81.1 b EG. Det var först efter en ingående granskning av ordalydelsen i BIDS-avtalen som domstolen drog slutsatsen att de hade ett konkurrensbegränsande syfte. Domstolen ansåg bland annat att dessa avtal innehöll en mekanism för att uppmuntra konkurrerande företag att lämna marknaden. De uppgifter som lämnades till domstolen visade att BIDS-avtalen hade två huvudsyften. För det första skulle koncentrationen på den berörda marknaden ökas genom att antalet företag som tillhandahöll förädlingstjänster minskades väsentligt och för det

34 — Det kan till exempel nämnas att generaladvokaten Cruz Villálon i sitt förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet Allianz Hungária Biztosító m.fl. föreslog ett restriktivt synsätt och drog slutsatsen att kategorin med åtgärder som har ett konkurrensbegränsande syfte bör tolkas restriktivt och endast omfatta de fall där man kan konstatera att det finns en särskilt allvarlig inneboende risk för negativa effekter (se punkt 65 i nämnda förslag till avgörande). Inför domen i det ovannämnda målet T-Mobile Netherlands m.fl. tycks det som om generaladvokaten Kokott däremot föreslog ett mindre slutgiltigt synsätt genom att ange att ”[b]egreppet samordnat förfarande med konkurrensbegränsande syfte … förvisso inte [får] tolkas alltför vidsträckt med hänsyn till de långtgående följder som kan drabba de berörda företagen vid ett åsidosättande av artikel 81.1 EG. Lika litet får begreppet tolkas alltför restriktivt för att inte det förbud som är förankrat i primärrätten mot ett handlande ’i syfte att åsidosätta’ ska urholkas och därmed beröva artikel 81.1 EG en del av dess praktiska tillämplighet” (se punkt 44 i detta förslag till avgörande).

andra skulle nästan 75 % av produktionsöverkapaciteten elimineras.[35] BIDS-avtalen syftade således huvudsakligen till att möjliggöra för ett flertal företag att bedriva en gemensam affärspolitik med syfte att uppmuntra vissa av dem att lämna marknaden och därmed minska den överkapacitet som påverkar företagens lönsamhet genom att de inte kan uppnå stordriftsfördelar.[36]

72. Domstolen drog av detta slutsatsen att ”[d]enna typ av avtal strider på ett uppenbart sätt mot den egentliga grundtanken bakom EG-fördragets konkurrensregler, nämligen att samtliga ekonomiska aktörer självständigt ska bestämma den affärspolitik som de har för avsikt att följa på marknaden”. De företag som stod bakom BIDS-avtalen hade enligt domstolen utan dessa avtal i konkurrenshänseende inga andra medel för att förbättra sin lönsamhet än att intensifiera sin kommersiella rivalitet eller genomföra företagskoncentrationer. Med BIDS-avtalen kunde de undvika ett sådant förfarande och dela en stor del av de kostnader som är nödvändiga för att öka marknadens koncentrationsgrad, främst tack vare det bidrag på 2 euro per enhet som producerades av respektive företag som blev kvar på marknaden. Domstolen påpekade dessutom att de åtgärder som hade genomförts för att nå de mål som omfattades av BIDS-avtalen även medförde begränsningar som hade ett konkurrensbegränsande syfte.[37]

73. En analys av de aktuella åtgärderna påvisade en tillräckligt stor skada för att man skulle kunna dra slutsatsen att de hade ett konkurrensbegränsande syfte.

74. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att det var fel av tribunalen att i den överklagade domen slå fast att begreppet konkurrensbegränsande syfte inte ska tolkas restriktivt.

75. Det måste undersökas om tribunalen oaktat detta konstaterande och utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning kunde bekräfta slutsatsen att de omtvistade åtgärderna hade ett konkurrensbegränsande syfte.

b) Den analysmodell som i förevarande fall har använts för att avgöra om det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte

76. Det är inledningsvis viktigt att erinra om att även om tribunalen är ensam behörig att dels fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels bedöma dessa faktiska omständigheter, är domstolen enligt artikel 256 FEUF behörig att pröva tribunalens rättsliga bedömning av dessa omständigheter och de rättsliga följderna därav. Bedömningen av de faktiska omständigheterna utgör inte en rättsfråga som i sig ska prövas av domstolen, förutom om tribunalen har missuppfattat bevisningen.[38]

77. I förevarande fall verkar klaganden genom den nu aktuella grunden huvudsakligen ha velat göra gällande dels att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i samband med konstaterandet att de aktuella åtgärderna hade ett konkurrensbegränsande syfte, dels att tribunalen missuppfattade den bevisning som lagts fram för den. Dessa frågor kan i princip inte undandras domstolens prövning.

35 — Se domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkterna 31 och 32.

36 — Se domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 33.

37 — Se domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkterna 34–36.

38 — Se bland annat dom av den 19 juli 2012 i de förenade målen C-628/10 P och C-14/11 P, Alliance One International och Standard Commercial Tobacco mot kommissionen och kommissionen mot Alliance One International m.fl., punkterna 84 och 85.

78. Det ankommer nämligen på domstolen att pröva om tribunalen faktiskt kontrollerade att kommissionen, efter en individuell och konkret granskning av de aktuella åtgärdernas innehåll och syfte samt det ekonomiska och rättsliga sammanhang som de ingick i, med tillräcklig säkerhet hade fastställt att åtgärderna orsakade så stor skada att de kunde antas ha en negativ inverkan på konkurrensen.

79. Vid en sådan prövning utgör tidigare erfarenheter en fullständigt relevant referensram. Med ”erfarenheter” avses vad som vanligen brukar framgå vid en ekonomisk analys och som har bekräftats av myndigheter med ansvar för konkurrensfrågor och i förekommande fall stärkts genom rättspraxis.

80. I förevarande sammanhang ska det konstateras att de omtvistade åtgärderna är av horisontell karaktär och därför i princip kan anses medföra en större risk för ett konkurrensbegränsande syfte.

81. Det har slagits fast att vissa horisontella avtal mellan företag innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar, som till exempel fastställande av priser och uppdelning av marknader,[39] och därför kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om de omtvistade åtgärdernas skadliga inverkan på konkurrensen inte omedelbart framgår.

82. Det bör emellertid undersökas om det var korrekt av tribunalen att bekräfta kommissionens slutsats att det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte, eftersom en sådan slutsats ska bygga på en helhetsbedömning av innehållet i åtgärderna, vilken vid behov ska tolkas mot bakgrund av de objektivt eftersträvade målen och det ekonomiska och rättsliga sammanhanget.

83. Den förevarande grundens indelning i delgrunder som var och en avser en av de tre aspekter som är relevanta vid bedömningen av huruvida en åtgärd har ett konkurrensbegränsande syfte kan verka konstlad.

84. Det tycks mig emellertid lämpligt att behandla dessa olika aspekter i tur och ordning.

i) Den första delgrunden: Granskning av innehållet i CB:s åtgärder

85. Klaganden har, i flera avseenden med stöd av BNP Paribas, BPCE och SG, gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning på flera punkter vid bedömningen av de aktuella åtgärdernas innehåll.

86. Klaganden har för det första hävdat att tribunalen begick flera misstag vid analysen av själva syftet med åtgärderna. Vid granskningen av om de omtvistade åtgärderna hade en skadlig verkan beaktade tribunalen inte åtgärdernas innehåll, utan fäste vikt vid de subjektiva avsikterna hos vissa av CB:s medlemmar. Tribunalen gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 126 och 132 i den överklagade domen ansåg att det av själva utformningen av de aktuella åtgärderna framgick att de hade ett konkurrensbegränsande syfte som utgjordes av att de hindrade konkurrens från nya aktörer på den berörda marknaden. Klaganden anser vidare att tribunalen missuppfattade bevisningen när den slog fast att det fanns ett visst antal hinder som i praktiken gjorde det mycket svårt för nya aktörer att utveckla sin inlösningsverksamhet, och därvid stödde sig på kommissionens uttalanden och utan giltig förklaring bortsåg från uppgifter som visade på motsatsen.

87. Klaganden har för det andra hävdat att det var fel av tribunalen att i punkterna 186 och 256 i den överklagade domen beakta omständigheter som föregick antagandet av de aktuella åtgärderna och som framgick av handlingar som beslagtagits vid de kontroller som utfördes i CB:s lokaler och hos vissa av medlemmarna.

39 — Dom av den 8 december 2011 i mål C-389/10 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-13125), punkt 75.

88. Det var fel av tribunalen att i samband med analysen av de aktuella åtgärdernas syfte beakta uttalanden av vissa ledande banker innan åtgärderna antogs, eftersom dessa uttalanden inte speglade CB:s vilja, utan endast viljan hos vissa medlemmar. För att ett beslut ska betraktas som ett beslut av en företagssammanslutning måste det vara ett tillförlitligt uttryck för viljan hos dess upphovsmän. I förevarande fall är omständigheterna vid utarbetandet och antagandet av beslutet inte relevanta, eftersom endast de anmälda åtgärderna fullständigt uttrycker CB:s avsikt. Tribunalen beaktade dessutom omständigheter som föregick antagandet i stället för att göra en fördjupad analys av åtgärdernas innehåll.

89. Klaganden anser vidare att tribunalen missuppfattade bevisningen, eftersom den gjorde ett olämpligt urval bland de uttalanden som föregick åtgärderna, de beslagtagna handlingarna och uttalandena av nya aktörer. Enligt klaganden fanns det ett antal uppgifter som bland annat visade att det var nödvändigt att bekämpa parasiteringen och att CB var angeläget om att respektera konkurrensreglerna. Dessa uppgifter styrkte att det verkligen var tveksamt huruvida det förelåg en konkurrensbegränsning och borde ha beaktats av tribunalen. Att tribunalen missuppfattade bevisningen är desto mer uppenbart eftersom den grundade sig på samma uppgifter som de som kommissionen använt utan att frångå slutsatserna i det första meddelandet om invändningar.

90. I den överklagade domen slog tribunalen i huvudsak fast att de aktuella åtgärdernas konkurrensbegränsande syfte utgjordes av att de hindrade konkurrens från nya aktörer på den franska marknaden för utgivning av CB-kort.

91. Tribunalen beaktade således slutsatsen att de omtvistade åtgärdernas konkurrensbegränsande syfte framgick av de beräkningsformler som fastställts inom ramen för de aktuella åtgärderna (se punkterna 126–133 i den överklagade domen). Tribunalen ansåg även att det endast var i bekräftande syfte som kommissionen stödde sig på de handlingar som samlats in vid kontrollbesöken och som innehöll uttalanden som de ledande bankerna gjort under utarbetandet av de aktuella åtgärderna (se punkterna 123–154 i den överklagade domen).

92. När det, för det första, gäller granskningen av de beräkningsformler som användes inom ramen för de omtvistade åtgärderna tycks det mig, med beaktande av det ovan angivna, som om tribunalen har brustit i kontrollen av huruvida dessa medförde ett system som till sin natur var konkurrensbegränsande.

93. Tribunalen påpekade visserligen i punkt 132 i den överklagade domen att kommissionen, när det gäller de beräkningsformler som förutsågs inom ramen för de aktuella åtgärderna och på grund av svårigheten att utveckla inlösningsverksamheten, hade beaktat att de medlemmar i CB som omfattades av åtgärderna ålades att antingen begränsa sin utgivningsverksamhet eller bära kostnader (för utgivningen) som andra medlemmar i CB, däribland de ledande bankerna, inte behövde bära. Tribunalen påpekade även att ”[d]essa formler begränsade således möjligheten för de medlemmar som omfattades av åtgärderna att (med sina priser) konkurrera på utgivningsmarknaden mot de medlemmar i CB som inte omfattades av dem. Kommissionen drog av detta slutsatsen att de aktuella åtgärderna hade ett konkurrensbegränsande syfte som bestod i att hindra konkurrens från nya aktörer (se skälen 212, 213 och 222 i det omtvistade beslutet)”.

94. I punkt 133 i den överklagade domen beaktade tribunalen även kommissionens slutsats att ”den funktion som CB uppgett för Merfa (att stimulera utvecklingen av inlösningsverksamheten) motsägs av förekomsten av mellanbanksavgifter som uppmuntrar utgivningen (se skälen 226–230 i det omtvistade beslutet) och av den omständigheten att den extra anslutningsavgiften och avgiften för vilande medlemmar som återigen blir aktiva straffar de banker som inte har gett ut ett tillräckligt antal kort under tiden närmast före åtgärderna (se skälen 231 och 232 i det omtvistade beslutet)”.

95. Även om dessa konstateranden förvisso avser innehållet i de aktuella åtgärderna, vilka i huvudsak syftade till att införa vissa avgifter för vissa banker och stimulera inlösningsverksamheten, anser jag att varken kommissionen eller tribunalen har visat på vilket sätt dessa åtgärder på grund av själva sin ordalydelse kunde anses begränsa konkurrensen. Om man endast beaktar ordalydelsen i anmälan av åtgärderna, vilken kommissionen har återgett och som har granskats av tribunalen, var åtgärdernas syfte att ålägga medlemmarna i CB att bidra ekonomiskt till finansieringen av driftskostnaderna för CB:s betalsystem. Som jag anger nedan (se bland annat punkterna 130 och 131) kan åtgärderna inte anses ha ett konkurrensbegränsande syfte enbart på grundval av den omständigheten att vissa medlemmar i CB till följd av de aktuella åtgärderna kan vara tvungna att antingen begränsa sin utgivningsverksamhet eller bära kostnader (för utgivningen) som andra medlemmar i CB inte behöver bära.

96. När det, för det andra, gäller beaktandet av de omständigheter som föregick antagandet av de aktuella åtgärderna, det vill säga uttalanden som gjordes av de ledande bankerna och som framgår av vissa förberedande handlingar avseende de aktuella åtgärderna vilka samlades in vid kontrollbesöken, har tribunalens resonemang ifrågasatts på flera punkter inom ramen för förevarande mål om överklagande.

97. Det ska undersökas om det var korrekt av tribunalen att tillskriva CB som helhet vissa av de uttalanden som hade gjorts av de ledande bankerna innan de aktuella åtgärderna utarbetades. Det ska även undersökas vilken vikt som fästes vid dessa uttalanden vid bedömningen av åtgärdernas innehåll och vilken roll de spelade vid fastställandet av att det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte.

98. När det, för det första, gäller frågan om huruvida de ledande bankernas uttalanden faktiskt uttryckte CB:s vilja, är argumentet att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att likställa de ledande bankernas uttalanden med CB:s avsikter ganska övertygande.

99. Det ska påpekas att tribunalen begränsade sig till att påpeka att ”[e]ftersom de ledande bankerna är medlemmar i den informella instans, det vill säga [Comité d’orientation monétique], som utarbetade de aktuella åtgärderna och den styrelse som antog dem, överensstämmer den avsikt som uttryckts av de ledande bankerna i huvudsak med CB:s avsikt när det gäller antagandet av de aktuella åtgärderna” (punkt 256 i den överklagade domen). Tribunalen drog härav slutsatsen att kommissionen inte motsade sig själv när den betecknade de aktuella åtgärderna som beslut av en företagssammanslutning och således medgav att de aktuella åtgärderna utgjorde ett uttryck för CB:s vilja samtidigt som den stödde sig på uttalanden av de ledande bankerna för att styrka den omständigheten att åtgärderna syftade till att utestänga nya aktörer (punkt 257 i den överklagade domen).

100. För att validera den slutsats som kommissionen kommit fram till, det vill säga att de ledande bankernas uttalanden kunde tillskrivas CB i sin helhet, anser jag att tribunalen borde ha kontrollerat om uttalandena av vissa ledande banker var ett tillförlitligt uttryck för CB:s vilja, eftersom de i annat fall inte kan knytas till det beslut av en företagssammanslutning som avses i förevarande mål.[40] Det ska i detta sammanhang betonas att COM är, såsom tribunalen angav i punkt 7 i den överklagade domen, en informell instans utan beslutsbefogenheter.

101. När det, för det andra, gäller den vikt som, vid fastställandet av de aktuella åtgärdernas konkurrensbegränsande syfte, fästes vid den avsikt som kom till uttyck i de ledande bankernas uttalanden, är tribunalens konstaterande långt ifrån övertygande, det vill säga att det endast var i bekräftande syfte som kommissionen stödde sig på de handlingar som hade samlats in vid kontrollbesöken och som innehöll uttalanden som de ledande bankerna hade gjort under utarbetandet av de aktuella åtgärderna (punkterna 134 och 267 i den överklagade domen).

40 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Wouters m.fl., punkt 64.

102. Om man endast beaktar det avsnitt i det omtvistade beslutet som rör granskningen av huruvida det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte,[41] framgår det att kommissionen först angav att själva utformningen av åtgärderna motsade de syften som angetts i anmälan[42] och därefter redogjorde för skälen till att den ansåg att syftet att begränsa konkurrensen, vilket framgick av själva utformningen av åtgärderna, överensstämde perfekt med åtgärdernas faktiska syften, vilka framgick av de ledande bankernas uttalanden under utarbetandet av åtgärderna.[43] Kommissionen angav också att ”Merfas konkurrensbegränsande syfte styrks av de ledande bankernas uttalanden under perioden för utarbetandet av åtgärderna”.[44]

103. Kommissionen tycks slutligen ha fäst lika stor vikt vid de handlingar som avsåg omständigheterna innan de aktuella åtgärderna antogs som vid granskningen av de aktuella åtgärdernas utformning.

104. Detta framgår ganska tydligt av skälen 193 och 198 i det omtvistade beslutet, där det, i samband med sammanfattningen av den metod som kommissionen använde för att fastställa att det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte, hänvisas till de förberedande handlingarna. Som SG betonade i sina skriftliga inlagor syftar det avsnitt som ägnas åt granskningen av åtgärdernas utformning till att genom omvänd bevisning visa att de aktuella åtgärderna inte överensstämde med det syfte som uppgetts. Den positiva bevisningen för att de aktuella åtgärderna hade ett konkurrensbegränsande syfte grundade sig till stor del på sakuppgifter som hämtats ur de förberedande handlingar som hade sammanställts av de ledande bankerna.[45]

105. Det tycks även som om tribunalen, när det gällde att tolka innehållet i de aktuella åtgärderna, beaktade övervägandena avseende de aktuella åtgärdernas utformning vilka tolkades mot bakgrund av de handlingar som samlats in vid kontrollbesöken och som innehöll uttalanden av de ledande bankerna.[46]

106. Det är, för det tredje, under alla omständigheter nödvändigt att fastställa huruvida de ledande bankernas uttalanden, vilka föregick antagandet av de aktuella åtgärderna, kunde anses relevanta vid fastställandet av att det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte.

107. Jag anser att dessa uttalanden, även om de faktiskt skulle vara representativa för CB:s avsikter, vilket jag anser måste uteslutas (se ovan punkt 100), inte kunde anses vara tillräckliga för att visa att det fanns ett konkurrensbegränsande avtal och än mindre ett avtal som hade ett konkurrensbegränsande syfte.

108. Det framgår visserligen ganska tydligt av rättspraxis att även om parternas uppsåt inte är avgörande för bedömningen av huruvida avtal är konkurrensbegränsande, finns det inget som hindrar konkurrensmyndigheterna, nationella domstolar och EU-domstolen från att beakta detta.[47]

41 — Punkterna 193–251 i det omtvistade beslutet.

42 — Del 10.2.1.1, motsvarande punkterna 199–234 i det omtvistade beslutet.

43 — Del 10.2.1.2, motsvarande punkterna 235–250 i det omtvistade beslutet.

44 — Punkt 234 i det omtvistade beslutet.

45 — Se även redogörelsen av innehållet i det omtvistade beslutet i punkterna 35 och 36 i den överklagade domen.

46 — Se särskilt punkt 186 i den överklagade domen.

47 — Se domen i det ovannämnda målet Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 37 och där angiven rättspraxis.

109. Möjligheten att beakta den avsikt som uttryckts av parterna kan enligt min mening användas endast som ett tillägg eller ett komplement, men kan inte ersätta en ingående granskning av ett avtals ordalydelse och det ifrågasatta beteendets syften. Liksom parterna i ett avtal inte kan göra gällande att de inte hade för avsikt att överträda förbudet i artikel 81.1 EG, [48] kan det inte räcka att hänvisa till att det fanns en sådan avsikt för att dra slutsatsen att de åtgärder som parterna vidtagit har ett konkurrensbegränsande syfte. Den avsikt som parterna uttryckt kan aldrig beaktas när det såsom i förevarande fall gäller att utvärdera den konkurrensbegränsande inverkan av företagens beteende.

110. Jag anser att det för att identifiera ett ”konkurrensbegränsande syfte” krävs en verkligt objektiv granskning oberoende av parternas vilja. Jag anser därför att varken de avsikter som parterna i en misstänkt konkurrensbegränsande samverkan eventuellt har uttryckt eller de eventuellt legitima syften som de eftersträvar har någon direkt relevans när det gäller att granska om nämnda samverkan, oavsett form, har ett konkurrensbegränsande ”syfte”.

111. Inom ramen för denna delgrund har klaganden slutligen hävdat att tribunalen missuppfattade den bevisning som lagts fram. Missuppfattningen bestod i den omständigheten att förutom att det fanns handlingar som intygade att det inte nödvändigtvis var svårt att utveckla inlösningsverksamheten hade kommissionen gjort ett olämpligt urval bland de ledande bankernas uttalanden.

112. Det räcker här att erinra om att det i princip är tribunalen som ensam ska bedöma vilket värde som bevisningen i målet ska tillmätas. För att bevisningen ska anses ha missuppfattats krävs att tribunalen uppenbart har överskridit ramarna för en skälig bedömning av denna bevisning, [49] vilket ska framstå som uppenbart av handlingarna i målet utan att det är nödvändigt att göra en ny bedömning av bevisningen. En klagande som gör gällande att tribunalen har missuppfattat bevisningen ska ange exakt vilka omständigheter som tribunalen har missuppfattat och visa de bedömningsfel som klaganden anser har orsakat denna missuppfattning hos tribunalen. [50]

113. I förevarande fall framstår det inte som uppenbart av handlingarna i målet att bevisningen har missuppfattats. Klaganden har inte heller angett exakt vilka handlingar som klaganden anser visar att denna missuppfattning skett. Genom sin argumentering vill klaganden, trots åberopandet av att bevisningen har missuppfattats, egentligen ha en ny bedömning av bevisningen, vilket faller utanför domstolens behörighet.

114. Av det ovan anförda följer att om man enbart granskar själva ordalydelsen i de aktuella åtgärderna, såsom de beskrivits av tribunalen, är det svårt att förstå konstaterandet att kommissionen hade styrkt att de nämnda åtgärderna hade ett konkurrensbegränsande syfte.

ii) Den andra delgrunden: Granskning av åtgärdernas syfte

115. Klaganden har hävdat att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid bedömningen av de aktuella åtgärdernas syfte. Det var fel av tribunalen att, samtidigt som den medgav att kampen mot parasiterandet på CB-systemet utgjorde ett legitimt syfte, vägra att bedöma detta syfte med avseende på artikel 81.1 EG. Tribunalen borde ha medgett att ett konkurrensbegränsande syfte är uteslutet, eftersom CB:s åtgärder var avsedda att stimulera inlösningsverksamheten och försöka hitta en optimal balans mellan inlösnings- och utgivningsverksamheten. I enlighet med proportionalitetsprincipen är dessa åtgärder lämpliga, eftersom de består av systemiska åtgärder som vidtagits med hänsyn till CB-systemets övergripande intresse, och balanserade, eftersom varje medlem i CB kan välja det alternativ som lämpar sig bäst för situationen i det enskilda fallet.

48 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet General Motors mot kommissionen, punkt 77 och där angiven rättspraxis.

49 — Se dom av den 10 februari 2011 i mål C-260/09 P, Activision Blizzard Germany mot kommissionen (REU 2011, s. I-419), punkt 57, och av den 4 juli 2013 i mål C-287/11 P, kommissionen mot Aalberts Industries m.fl., punkt 52.

50 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 50.

116. För att avgöra om ett avtal omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG ska enligt rättspraxis ledning sökas i de objektiva mål som det syftar till att uppnå. [51]

117. Det är viktigt att erinra om att dessa objektiva mål, vilka tydligt bör framgå av de aktuella åtgärderna, inte ska förväxlas med subjektiva avsikter att begränsa eller inte begränsa konkurrensen och inte heller med legitima syften som företagen i fråga eventuellt försöker uppnå. Enligt fast rättspraxis kan ett avtal således anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det eftersträvar andra legitima syften. [52]

118. Hur ska de prissättningsåtgärder som i förevarande fall vidtagits av CB betraktas?

119. Tvärtemot vad kommissionen lät förstå vid förhandlingen, är det svårt att bekräfta att Merfa-systemet orsakar så stor skada att det kan likställas med en priskartell [53] och att det i den egenskapen skulle ha en skadlig inverkan på konkurrensen. Av ovan angivna skäl kan de aktuella åtgärderna, vilka inte omfattar någon mekanism för att uppmuntra vissa konkurrenter att lämna marknaden, knappast heller jämföras med åtgärderna för att rationalisera den relevanta marknaden i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers.

120. Av den överklagade domen framgår att de aktuella åtgärderna i huvudsak syftade till att införa avgifter för de medlemmar i CB som såväl när de anslöt sig till CB-systemet som vid användning av det satsade mer på utgivning (utgivning av betal- och/eller uttagskort av kortinnehavarna) än på inlösning (verksamhet för anslutning av handlare registrerade i SIREN och drift av DAB).

121. Alla dessa åtgärder var enligt CB avsedda att skydda CB-systemet från ekonomisk parasitering till följd av att banker huvudsakligen utvecklar sin kortutgivningsverksamhet och utan att betala någon ersättning drar nytta av de fördelar som skapas genom att andra medlemmar investerar i inlösningsverksamheten.

122. Även om det har slagits fast, vilket tribunalen för övrigt medgav (se bland annat punkterna 76 och 77 i den överklagade domen), att kampen mot ekonomisk parasitering kan utgöra ett legitimt syfte, är ett sådant övervägande inte direkt relevant vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

123. Jag anser följaktligen att det inte nödvändigtvis var fel av tribunalen att konstatera att syftet att bekämpa parasitering i allmänhet inte ska beaktas vid en granskning av åtgärder enligt artikel 81.1 EG, men att det kan beaktas vid en granskning av huruvida åtgärderna eventuellt kan omfattas av ett undantag enligt artikel 81.3 EG.

124. Detta konstaterande är emellertid meningsfullt endast om det till följd av en ingående granskning tydligt fastställs att de omtvistade åtgärderna har ett konkurrensbegränsande syfte. När det är uppenbart att ett beteende har ett konkurrensbegränsande syfte blir det fullständigt irrelevant huruvida det även har andra syften.

51 — Se domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 21.

52 — Till exempel legitima handelspolitiska syften (domen i det ovannämnda målet General Motors mot kommissionen, punkt 64), skyddet av folkhälsan och en minskning av kostnaderna för kontrollen av överensstämmelse (dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 3369), punkt 25, eller åtgärder som är avsedda att avhjälpa en kris i en bransch (domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 21).

53 — Det verkar som om kommissionen till en början ansåg att de aktuella åtgärderna var att likställa med en kartell mellan CB och de ledande bankerna (se ovan punkt 7), men ändrade åsikt under utredningen.

125. Under motsatt förhållande, det vill säga när ett konkurrensbegränsande syfte inte tydligt har fastställts, vilket tycks vara fallet i förevarande mål, finns det anledning att granska den konkurrensbegränsande verkan och inom denna ram bedöma om de aktuella åtgärderna är nödvändiga och proportionerliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. [54]

126. Det är emellertid svårt att se på vilket sätt de aktuella åtgärderna skulle orsaka så stor skada som krävs enligt rättspraxis.

127. Det har inte bestritts att åtgärderna antogs för att stimulera CB:s inlösningsverksamhet inom ramen för ett betalsystem som bestod av två sidor som var kopplade till varandra genom nätverkseffekter. Som tribunalen konstaterade i punkt 102 i den överklagade domen hade kommissionen själv angett att utgivnings- och inösningsverksamheten var nödvändiga för varandra och för funktionen hos CB:s betalsystem i allmänhet, dels eftersom handlarna inte gick med på att ansluta sig till betalkortsystemet om antalet kortinnehavare var otillräckligt, dels eftersom konsumenterna inte ville ha ett kort som inte gick att använda hos ett tillräckligt stort antal handlare.

128. De omtvistade åtgärderna syftade således till att de medlemmar som i sin utgivningsverksamhet hade direkt nytta av att vara anslutna till ett betalsystem som upprättats genom andra medlemmars satsningar på ”inlösningssidan” skulle bidra ekonomiskt till systemet. Dessa åtgärder, bland annat Merfa, består i huvudsak av ett system som syftar till att erhålla ett ekonomiskt bidrag från medlemmar med liten verksamhet på ”inlösningssidan”.

129. Att påföra en avgift för medlemmar i ett nätverk vilka utan att betala någon ersättning har nytta av de satsningar som gjorts av andra medlemmar i syfte att utveckla nätverket innebär enligt min mening inte ett konkurrensbegränsande syfte.

130. I förevarande fall kan förvisso nivån på den avkrävda avgiften eller svårigheterna för vissa aktörer att utveckla sin inlösningsverksamhet resultera i att aktörer som inte betalar den avgift som de påförts genom de aktuella åtgärderna utestängs. Utan att göra gällande teorin om ”nödvändiga nyttigheter”, [55] vilken kommissionen dock inte har hänvisat till i förevarande fall, [56] och vars tillämplighet i varje fall är tveksam, [57] kan emellertid någon kritik knappast riktas mot detta ur konkurrenssynpunkt.

131. Även om det inte kan uteslutas att de omtvistade åtgärderna leder till att vissa medlemmar i CB stimuleras till att antingen begränsa sin utgivningsverksamhet eller öka sin inlösningsverksamhet, varav det sistnämnda alternativet i praktiken är svårgenomförbart och således leder till att de utestängs från systemet, är detta emellertid en fråga som omfattas av granskningen av de aktuella åtgärdernas potentiella konkurrensbegränsande verkan och inte av deras syfte. Jag anser att den utestängande verkan av de prissättningsåtgärder som avses i förevarande mål kan bedömas endast inom ramen för en granskning av åtgärdernas konkurrensbegränsande verkan.

54 — Se dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia de Paris (REG 1986, s. 353; svensk specialutgåva, volym 8, s. 403), punkterna 15–17, och av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG (REG 1994, s. I-5641).

55 — Det erinras om att enligt denna teori ska innehavaren av en resurs eller struktur göra denna tillgänglig för sina konkurrenter när tillträde till denna struktur är oundgänglig för utövandet av deras verksamhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 april 2004 i mål C-418/01, IMS Health, REG 2004, s. I-5039).

56 — Se den överklagade domen, punkterna 66 och 224.

57 — Kommissionen angav själv i XXX:e rapporten om konkurrenspolitiken 2000 att ”[k]ommissionen har medgett att CB-systemet inte är en väsentlig funktion och att gruppen därför kan avgöra om den ska bevilja sina konkurrenter tillträde eller inte (på det villkoret att konkurrenterna inte behandlas diskriminerande)” (punkt 207 i rapporten).

132. Jag måste medge att jag inte riktigt förstår den tolkning som såväl kommissionen som tribunalen har gjort av de omtvistade åtgärder som CB vidtagit avseende CB:s samtliga medlemmar, vilka, som det har visats, är antingen ledande banker eller medlemmar som är anknutna till eller närstående de ledande bankerna. [58] Eftersom prissättningsåtgärderna direkt eller indirekt berör samtliga medlemmar i CB, är det svårt att förstå på vilket sätt de kan anses utgöra ett system som till sin natur är konkurrensbegränsande och särskilt hur de på något sätt kan anses ha utformats för att förskona de ledande bankerna. [59]

133. Av ovanstående överväganden följer att i likhet med de aktuella åtgärdernas ordalydelse stöder inte heller de eftersträvade syftena att det var korrekt av kommissionen att dra slutsatsen att det i förevarande fall förelåg ett konkurrensbegränsande syfte.

iii) Den tredje delgrunden: Granskning av det sammanhang i vilket åtgärderna utarbetades

134. Klaganden har gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till flera fel i analysen av det sammanhang i vilket de aktuella åtgärderna ingick.

135. Klaganden har, för det första, kritiserat tribunalen för att ha gjort sig skyldig till fel vid beaktandet av det rättsliga sammanhanget, dels genom att göra en felaktig tolkning av rättspraxis avseende konkurrensbegränsande syfte, bland annat domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers, dels genom att göra en felaktig tolkning av frågor som behandlats i tidigare beslutspraxis. Den överklagade domen är bland annat behäftad med en motstridig motivering, eftersom tribunalen i punkterna 94 och 99 i domen bekräftade både att de förfaranden som granskades i de båda besluten avseende Visa [60] skiljer sig märkbart från de förfaranden som avses i förevarande mål och att de båda besluten avseende Visa avsåg ”liknande eller identiska situationer”. Den felaktiga bedömningen framgår även av den omständigheten att kommissionen själv hade gått med på att diskutera eventuella åtaganden enligt artikel 9 i förordning nr 1/2003, det vill säga åtaganden ”för att undanröja [dess] betänkligheter” och som inte på något sätt kännetecknade en överträdelse av konkurrensreglerna.

136. Klaganden anser, för det andra, att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid beaktandet av det ekonomiska sammanhanget, bland annat genom att bortse från den dubbla funktion som betalningssystemet med CB-kort har.

137. Klaganden anser, för det tredje, att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid beaktandet av det ekonomiska sammanhanget genom att underlåta att utöva sin prövningsrätt avseende komplexa ekonomiska bedömningar. I förevarande fall gjorde tribunalen inte någon som helst objektiv minimiprövning av de ekonomiska bedömningarna i det omtvistade beslutet, utan nöjde sig med att i punkterna 320 och 321 i den överklagade domen underkänna vissa ekonomiska undersökningar som CB hade lagt fram, med motiveringen att de motsades av andra undersökningar.

138. Av granskningen av denna grunds båda första delar framgår att om man endast beaktar innehållet i de aktuella åtgärderna och det syfte som de är avsedda att uppnå kan det inte fastställas att de har ett konkurrensbegränsande syfte i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

58 — Se punkt 3 i den överklagade domen som återger innehållet i skäl 29 i det omtvistade beslutet.

59 — Se punkt 130 i den överklagade domen. BNP Paribas har såväl i sin svarsinlaga som vid förhandlingen betonat att det framför allt var – det enligt BNP Paribas felaktiga – påståendet att alla de ledande bankerna förskonades från de aktuella åtgärderna som motiverade att de ansågs utgöra en överträdelse genom syfte. Genom att godta detta grundläggande påstående underlät tribunalen att fullgöra sin motiveringsskyldighet.

60 — Kommissionens beslut om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet, det vill säga beslut 2001/782/EG av den 9 augusti 2001 (Ärende COMP/29.373 - Visa International) (EGT L 293, s. 24) (nedan kallat beslutet från 2001 avseende Visa), och beslut 2002/914/EG av den 24 juli 2002 (Ärende COMP/29.373 - Visa International - Multilateral förmedlingsavgift) (EGT L 318, s. 17) (nedan kallat beslutet från 2002 avseende Visa).

139. Under dessa omständigheter kan uppgifter som rör det ekonomiska och rättsliga sammanhanget [61] vid utarbetandet av de aktuella åtgärderna inte ensamma ligga till grund för ett fastställande av att det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte. Som jag angett ovan kan en granskning av sammanhanget inte på något sätt kompensera för att det inte har visats att det faktiskt förelåg ett konkurrensbegränsande syfte (se ovan punkt 44).

140. För fullständighetens skull ska emellertid nedanstående betonas.

141. När det, för det första, gäller beaktandet av det rättsliga sammanhanget är tidigare erfarenheter i vid bemärkelse, som jag angett ovan, en parameter som måste beaktas vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte (se ovan punkterna 55 och följande punkter).

142. Även om tidigare erfarenheter utan tvekan visar att vissa typer av samarbete till sin natur i sig är skadliga för konkurrensen i fall av uppbenbara begränsningar vilka med största sannolikhet har en inverkan på konkurrensen, är jag emellertid inte övertygad om att kommissionens beslutspraxis alltid kan användas som ett starkt argument. Den omständigheten att kommissionen inte tidigare har ansett att ett visst slags avtal begränsar konkurrensen på grund av själva sitt syfte, hindrar inte i sig att kommissionen i framtiden drar motsatt slutsats efter en ingående granskning av de omtvistade åtgärderna i det enskilda fallet.

143. Kommissionens tidigare ståndpunkter avseende avtal som ingåtts inom ramen för betalsystem, och särskilt ståndpunkterna i besluten från 2001 och 2002 avseende Visa – under antagandet att de avser åtgärder som är i hög grad identiska med åtgärderna i förevarande mål, säger inte nödvändigtvis något om huruvida de nu aktuella åtgärderna har ett konkurrensbegränsande syfte.

144. Icke desto mindre bör man vara uppmärksam på de skäl som motiverade kommissionen att i sina slutsatser avvika från sin tidigare beslutspraxis avseende marknaden för betalsystem. Det ankom bland annat på tribunalen att kontrollera på vilket sätt de aktuella åtgärderna, jämförda med åtgärder som vidtagits på samma marknad och vilkas likhet delvis erkändes av tribunalen, [62] orsakade så stor skada att de kunde anses ha ett konkurrensbegränsande syfte.

145. När det gäller påståendet att domen i det ovannämnda målet Beef Industry Development Society och Barry Brothers utgör ett prejudikat i förevarande mål, anser jag, som jag angav ovan i punkterna 69–73, att det målet på flera punkter tydligt skiljer sig från förevarande mål.

146. När det, för det andra, gäller beaktandet av det ekonomiska sammanhanget har CB i huvudsak kritiserat tribunalen för att ha bortsett från CB-systemets särdrag och särskilt dess dubbelsidiga karaktär.

147. I detta hänseende anser jag att även för det fallet att man av de aktuella åtgärdernas ordalydelse och syften skulle ha dragit slutsatsen att de hade ett konkurrensbegränsande syfte motsägs den slutsatsen av sammanhanget.

148. Det ska erinras om att kommissionen för att dra slutsatsen att det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte inte kan begränsa sig till en abstrakt granskning, särskilt inte när det inte är uppenbart att åtgärderna har en begränsande karaktär.

61 — Även om klaganden har formulerat sina invändningar i tre punkter anser jag att den tredje punkten, genom vilken klaganden kritiserat tribunalen för att ha underlåtit att utöva sin prövningsrätt avseende komplexa ekonomiska bedömningar, enkelt kan förenas med invändningen avseende granskningen av det ekonomiska sammanhanget.

62 — Även om det tycks finnas en viss motsägelse mellan konstaterandet i punkt 94 i den överklagade domen, där det anges att de åtgärder som avsågs i besluten från 2001 och 2002 avseende Visa inte kan anses jämförbara, och konstaterandet i punkt 99 i samma dom, där det anges att ”motiveringsskyldigheten inte innebär att kommissionen, utöver motiveringen av beslutet med hänvisning till akten i det ärende som är föremål för beslutet, specifikt måste ange skälen till att den kom fram till en annan slutsats än i ett tidigare ärende som rörde liknande eller identiska förhållanden eller i vilket de ekonomiska aktörerna var desamma”.

149. Beaktandet av den befintliga interaktionen mellan ”utgivningssidan” och ”inlösningssidan” vid granskningen av det sammanhang i vilket åtgärderna utarbetades i syfte att fastställa huruvida det fanns ett konkurrensbegränsande syfte har inget att göra med beaktandet av denna samverkan vid definitionen av den relevanta marknaden. Det är inte frågan om att ifrågasätta påståendet att marknaden för utgivning och inlösning är helt skilda marknader, utan om att granska om det ekonomiska sammanhang i vilket åtgärderna utarbetades har beaktats i tillräcklig grad.

150. Som klaganden påpekade vid tribunalen måste det finnas en balans mellan utgivningsverksamheten och inlösningsverksamheten för att CB-systemet ska fungera väl. Ur detta perspektiv kan det inte uteslutas att medlemmarnas respektive bidrag till utvecklingen av de båda funktionerna kan beaktas. En CB-medlem som huvudsakligen eller uteslutande är verksam inom området för utgivning har, oavsett om det är en gammal medlem eller en ny aktör, nytta av de investeringar som görs för att utveckla området för inlösning, vilket är en nödvändig pelare för att systemet ska kunna fortgå.

3. Slutsats

151. Sammanfattningsvis framgår det att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, dels genom att ge begreppet konkurrensbegränsande syfte en icke-restriktiv tolkning, dels genom att tillämpa denna tolkning vid granskningen av de omtvistade åtgärdernas innehåll och syften samt det sammanhang i vilket de har utarbetats.

152. Tribunalen underlät särskilt att kontrollera att det var korrekt av kommissionen att med hänsyn till de aktuella åtgärdernas ordalydelse och syften samt det sammanhang i vilket de har utarbetats dra slutsatsen att åtgärderna orsakade så stor skada att de kunde antas ha en konkurrensbegränsande verkan.

153. Den överklagade domen ska således frånkännas giltighet på denna punkt och kan upphävas enbart av detta skäl.

154. Eftersom tribunalen inte ansåg att det var nödvändigt att granska om de aktuella åtgärderna hade en konkurrensbegränsande verkan, ska målet återförvisas till tribunalen.

155. För det fallet att domstolen inte skulle instämma i min slutsats behandlar jag emellertid nedan kortfattat den andra och den tredje grunden som anförts av klaganden i detta mål om överklagande.

B – *Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning i samband med begreppet konkurrensbegränsande verkan*

156. Klaganden har med stöd av BNP Paribas påpekat att av de 455 punkterna i den överklagade domen ägnas endast fyra åt de aktuella åtgärdernas verkan. Förutom felaktig rättstillämpning vid prövningen av huruvida det förelåg en konkurrensbegränsande verkan, underlät tribunalen även att ge ett tillräckligt svar på alla de argument som CB hade anfört, vilket strider mot den motiveringsskyldighet som åligger tribunalen enligt bestämmelserna i artikel 36 i förening med bestämmelserna i artikel 53 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol. Det bör särskilt påpekas att kommissionen inte lyckades visa att de aktuella åtgärderna faktiskt ledde till att nya aktörer lämnade marknaden eller att deras verksamhet för utgivning av CB-kort begränsades.

157. Eftersom tribunalen inte särskilt undersökte om de omtvistade åtgärderna hade en konkurrensbegränsande verkan, och för det fallet att det, tvärtemot vad jag föreslagit, skulle konstateras att tribunalen utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning kunde slå fast att de aktuella åtgärderna hade till ”syfte” att begränsa konkurrensen i den mening som avses i

artikel 81.1 EG, måste den andra grunden förklaras utan verkan.[63]

158. När det har fastställts att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte behöver det enligt fast rättspraxis[64] och som jag angett ovan inte undersökas om det har en konkurrensbegränsande verkan.

159. Tribunalen gjorde sig således inte skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i punkterna 269–272 i den överklagade domen slå fast att grunden avseende felaktig rättstillämpning, felaktiga faktiska omständigheter och en oriktig bedömning vid granskningen av de aktuella åtgärdernas verkan var verkningslös, eftersom tribunalen hade konstaterat att åtgärderna i fråga syftade till att förhindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den inre marknaden i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

160. Tribunalen kan inte heller kritiseras för att inte ha fullgjort sin motiveringsskyldighet på denna punkt. Eftersom tribunalen ansåg det vara lämpligt att endast pröva huruvida det förelåg ett konkurrensbegränsande syfte, vilket den hade befogenhet till enligt rättspraxis, behövde den inte redogöra för skälen till att de omtvistade åtgärderna i förekommande fall även hade en konkurrensbegränsande verkan.

161. Inom ramen för förevarande förfarande ankommer det inte på domstolen att pröva frågan om huruvida de aktuella åtgärderna, oaktat deras eventuella konkurrensbegränsande syfte, kan anses ha en konkurrensbegränsande verkan. Det ankommer inte på domstolen att kontrollera om kommissionen lyckades visa att de omtvistade åtgärderna har lett till att nya aktörer lämnat marknaden eller att deras planerade CB-utgivning minskat. Detta gäller särskilt eftersom kommissionen, vilket jag redan har påpekat ovan,[65] ägnade en avsevärd del av det omtvistade beslutet till att granska de aktuella åtgärdernas verkan.

162. Sammanfattningsvis anser jag att klaganden inte kan vinna framgång med denna grund.

C – Den tredje grunden: Tribunalen åsidosatte proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen genom att inte ogiltigförklara föreläggandet i artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet

163. Klaganden har med stöd av BNP Paribas hävdat att tribunalen genom att inte ogiltigförklara föreläggandet i artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet, genom vilket CB har ålagts att i framtiden avhålla sig från varje åtgärd eller varje beteende som har ett identiskt eller liknande syfte eller verkan som de aktuella åtgärderna, åsidosatte proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen.

164. När det för det första gäller proportionalitetsprincipen, vilken stadfästs i artikel 5.4 FEU, har klaganden påpekat att tribunalen i enlighet med artikel 7.1 i förordning nr 1/2003 borde ha konstaterat att den skyldighet som ålagts av kommissionen inte var nödvändig med hänsyn till det eftersträvade syftet, det vill säga att ”den konstaterade överträdelsen ska upphöra”, eftersom CB redan innan det omtvistade beslutet antogs hade dragit in åtgärderna och eftersom kommissionen i artikel 2 första stycket i beslutet hade ålagt CB att omedelbart upphöra med överträdelsen genom att återkalla

63 — Domstolen har bland annat angett att det finns än större anledning att först pröva frågan om huruvida ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte innan det prövas huruvida det har en konkurrensbegränsande verkan om det visar sig att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid bedömningen av avtalets syfte, vilket leder till att överklagandet ska ogillas i den del det rör domskälen i den överklagade domen angående avtalets konkurrensbegränsande verkan (se domen i det ovannämnda målet GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., punkt 56).

64 — Se domarna i de ovannämnda målen LTM och Beef Industry Development Society och Barry Brothers, punkt 16.

65 — Se ovan punkt 2.

de anmälda prissättningsåtgärderna. Likaså borde tribunalen ha konstaterat att det ifrågasatta föreläggandet är oproportionerligt, eftersom det omfattar åtgärder som har en ”liknande” verkan. Nödvändigheten av att närmare avgränsa föreläggandet är desto större i förevarande fall, eftersom tribunalen och CB gjort mycket olika bedömningar av de aktuella åtgärderna.

165. När det gäller rättsäkerhetsprincipen anser klaganden att tribunalen borde ha konstaterat att det omtvistade beslutet var väldigt tvetydigt i fråga om föreläggandets räckvidd, vilket skapar rättslig osäkerhet för CB när det gäller vilka åtgärder det har rätt att vidta i framtiden för att säkerställa sin konkurrenskraft och utveckling. Denna osäkerhet beror på den extremt allmänna och oprecisa karaktären hos kvalificeringen av de åtgärder som är förbjudna för CB i framtiden, vilken kan omfatta varje åtgärd som i framtiden bedöms nödvändig för att skapa balans och stärka CB-systemets konkurrenskraft eller garantera dess utveckling. CB är således förhindrat att vidta åtgärder för att bekämpa den parasitering som systemet utsätts för.

166. Det ska påpekas att klaganden genom sin tredje grund har kritiserat kommissionen för att inte närmare ha avgränsat räckvidden av föreläggandet i artikel 2 andra stycket i det omtvistade beslutet, men att det inte har angetts på vilken punkt tribunalen ska ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, särskilt i samband med tolkningen av domstolens rättspraxis.

167. Det måste konstateras att denna grund således i huvudsak utgör en upprepning av de argument som anfördes till stöd för talan vid tribunalen inom ramen för den sjätte grundens andra del[66] och borde avvisas enbart av detta skäl.

168. Denna grund rör emellertid en intressant problematik som är nära knuten till prövningen av den första grunden avseende kommissionens befogenhet att göra förelägganden och den kontroll som tribunalen utövar över denna befogenhet.

169. Även om parterna tycks vara överens om att proportionalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen är tillämpliga, uppkommer frågan om vilken räckvidd dessa principer har när kommissionen har dragit slutsatsen att det föreligger en samverkan som har ett konkurrensbegränsande ”syfte” i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

170. När det gäller iakttagandet av proportionalitetsprincipen anser jag att nödvändigheten av att garantera den ändamålsenliga verkan av ett beslut i vilket det slås fast att det föreligger en överträdelse av artikel 81.1 EG resulterar i att när det väl tydligt har fastställts att det föreligger ett konkurrensbegränsande ”syfte” har kommissionen rätt att ålägga de ifrågasatta företagen inte endast att dra in eller återkalla de omtvistade åtgärderna, utan också att i framtiden avhålla sig från att genomföra åtgärder som har ett liknande syfte.

171. Det krävs emellertid att de ifrågasatta åtgärdernas påstådda konkurrensbegränsande syfte har identifierats och avgränsats tydligt, vilket, som jag angav ovan i samband med behandlingen av den första grunden, inte tycks vara fallet här.

172. Detta krav gäller även beträffande rättssäkerhetsprincipen.

173. När de omtvistade åtgärdernas konkurrensbegränsande syfte har identifierats tillräckligt klart bör kommissionen kunna ha rätt att ålägga företagen i fråga att avhålla sig från alla liknande beteenden. Giltigheten hos detta synsätt är mer diskutabel dels när det konkurrensbegränsande syftet inte har fastställts eller inte har fastställts tillräckligt tydligt, dels när företagen, såsom i förevarande fall, själva måste identifiera föreläggandets omfattning.

66 — Se punkterna 435–452 i den överklagade domen.

V – **Förslag till avgörande**

174. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska avgöra målet enligt följande:

1) Den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 29 november 2012 i mål T-491/07, CB mot kommissionen, upphävs.

2) Målet återförvisas till Europeiska unionens tribunal.

3) Frågan om rättegångskostnader anstår.