Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Syvende Afdeling)

24. maj 2012 *

»Konkurrence — vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder — markedet for merchant acquiring-virksomhed for transaktioner, der foretages med hævekort, betalingskort med forskudt debitering og kreditkort — beslutning, der fastslår en overtrædelse af artikel 81 EF og af EØS-aftalens artikel 53 — multilaterale fallback-interbankgebyrer — artikel 81, stk. 1 og 3, EF — begrebet accessorisk begrænsning — manglende objektiv nødvendig karakter — konkurrencebegrænsende virkning — betingelserne for at meddele en individuel fritagelse — ret til forsvar — afhjælpende foranstaltning — tvangsbøde — begrundelse — proportionalitet«

I sag T-111/08,

MasterCard, Inc., Wilmington, Delaware (USA),

MasterCard International, Inc., Wilmington,

MasterCard Europe, Waterloo (Belgien),

ved advokaterne B. Amory, V. Brophy og S. McInnes samt T. Sharpe, QC,

sagsøgere,

støttet af:

Banco Santander, SA, Santander (Spanien), ved advokaterne F. Lorente Hurtado, P. Vidal Martínez og A. Rodriguez Encinas

af

Royal Bank of Scotland plc, Edinburgh (Det Forenede Kongerige) ved solicitor D. Liddell, advokat D. Waelbroeck, N. Green, QC, og barrister M. Hoskins

af

HSBC Bank plc, London (Det Forenede Kongerige), ved solicitors M. Coleman og P. Scott samt R. Thompson, QC

af

Bank of Scotland plc, Edinburgh, først ved solicitors S. Kim, K. Gordon og C. Hutton, derefter ved J. Flynn, QC, og solicitors E. McKnight og K. Fountoukakos-Kyriakakos

af

* Processprog: engelsk.

Lloyds TSB Bank plc, London ved solicitors E. McKnight og K. Fountoukakos-Kyriakakos samt J. Flynn, QC

og af

MBNA Europe Bank Ltd, Chester (Det Forenede Kongerige) ved solicitor A. Davis og J. Swift, QC,

intervenienter,

mod

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

sagsøgt,

støttet af:

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, først ved E. Jenkinson og I. Rao, som befuldmægtigede, derefter ved I. Rao, S. Ossowski og F. Penlington, og endelig ved I. Rao, M. Ossowski og C. Murrell, som befuldmægtigede, bistået af J. Turner, QC, og barrister J. Holmes

af

British Retail Consortium, London ved solicitor P. Crockford og barrister A. Robertson

og af

EuroCommerce AISBL, Bruxelles (Belgien), først ved advokaterne F. Tuytschaever og F. Wijckmans, derefter ved F. Wijckmans og J. Stuyck,

intervenienter,

angående principalt en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2007) 6474 endelig af 19. december 2007 om en procedure efter artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (i sag COMP/34 579 – MasterCard, COMP/36 518 – EuroCommerce, COMP/38 580 – Commercial Cards) og subsidiært påstand om annullation af samme beslutnings artikel 3-5 og 7,

har

RETTEN (Syvende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Dittrich, og dommerne I. Wiszniewska-Białecka og M. Prek (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig N. Rosner,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. juli 2011,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

I – *Sagsøgerne*

1 MasterCard er en international betalingsorganisation (herefter »betalingsorganisationen MasterCard«), som er repræsenteret af flere juridiske personer, nemlig holdingselskabet MasterCard, Inc. og dets to datterselskaber MasterCard International, Inc., og MasterCard Europe (herefter under ét »sagsøgerne«).

2 Sagsøgerne er ansvarlige for forvaltningen og koordineringen af betalingssystemer ved brug af kortene MasterCard og Maestro (herefter under ét henholdsvis »MasterCard-systemet« og »MasterCard-kort«), hvilket bl.a. omfatter fastsættelse af systemets regler og levering af autorisations- og clearingtjenester til de deltagende finansieringsinstitutter. Ansvaret for udstedelse af MasterCard-kortene og indgåelse af aftaler om kortaccept med handlende om at acceptere betalinger med MasterCard-kortene påhviler finansieringsinstitutterne.

3 Inden den 25. maj 2006 ejede bankerne hele betalingsorganisationen MasterCard og de tilsvarende stemmerettigheder. På denne dato blev MasterCard noteret på børsen i New York (USA) (IPO, herefter »børsnoteringen«), hvorved dets struktur og forvaltning blev ændret.

II – *Den administrative procedure forud for den anfægtede beslutning*

4 Den 30. marts 1992 og den 27. juni 1997 modtog Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber klager fra henholdsvis British Retail Consortium (herefter »BRC«) og EuroCommerce AISBL over bl.a. Europay International SA (herefter »Europay«), der blev MasterCard Europe.

5 Den 22. maj 1992, i maj 1993 og den 8. september 1994 indgav Europay forskellige anmeldelser. Disse anmeldelser blev fulgt af en anmeldelse med virkning fra den 1. juli 1995 vedrørende alle Europays betalingssystemer.

6 Som følge af den klagepunktsmeddelelse, som Kommissionen havde sendt til Europay, og dennes svar, offentliggjorde Kommissionen den 13. april 2002 en meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] EF og [82] EF (EFT 1959-1962, s. 81), hvori den meddelte, at den havde til hensigt at indtage en positiv holdning til visse bestemmelser i Europays system, der ikke omfatter bestemmelserne vedrørende fallback-interbankgebyrerne.

7 Den 22. november 2002 indledte Kommissionen en undersøgelse på eget initiativ vedrørende fallback-interbankgebyrerne inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) for så vidt angår firmakort.

8 Den 24. september 2003 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til sagsøgerne vedrørende bestemmelserne i MasterCards system og deres beslutninger om fallback-interbankgebyrer.

9 Sagsøgerne besvarede denne klagepunktsmeddelelse den 5. juni 2004.

10 Den 21. juni 2006 fremsendte Kommissionen en supplerende klagepunktsmeddelelse.

11 Sagsøgerne fik adgang til Kommissionens sagsakter den 3. og 4. juli samt den 22. august 2006.

12 Sagsøgerne besvarede den supplerende klagepunktsmeddelelse den 15. oktober 2006.

13 Den 14. og 15. september 2006 blev sagsøgerne hørt under et retsmøde.

14 Kommissionen fremsendte den 23. marts 2007 en sagsfremstillingsmeddelelse til sagsøgerne.

15 Den 16. maj 2007 besvarede sagsøgerne sagsfremstillingsmeddelelsen.

Den anfægtede beslutning

16 Den 19. december 2007 vedtog Kommissionen beslutning K(2007) 6474 endelig om en procedure efter artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (COMP/34 579 – MasterCard, COMP/36 518 – EuroCommerce, COMP/38 580 – Commercial Cards) (herefter »den anfægtede beslutning«), hvis væsentligste forhold gengives nedenfor.

I – *Bankkortsystem med fire parter og interbankgebyrer*

17 Kommissionen henviste til, at et bankkortsystem med fire parter, der også er benævnt et åbent system, såsom MasterCard-systemet, adskiller sig fra et system med tre parter derved, at i et system med fire parter kan det finansieringsinstitut, der udsteder bankkortet (herefter »den kortudstedende bank« eller »udstederen«), være et andet institut end det finansieringsinstitut, der udbyder merchant acquiring-tjenester til de erhvervsdrivende, dvs. de tjenester, der giver dem mulighed for at acceptere kortene som betalingsmiddel for transaktionerne (herefter »den indløsende bank« eller »indløseren«) (234.-249. betragtning til den anfægtede beslutning).

18 Interbankgebyrerne vedrører forholdet mellem den kortudstedende bank og den indløsende bank i forbindelse med betalingskorttransaktioner og svarer til et beløb, der er fradraget til den kortudstedende bank. De skal holdes adskilt fra de gebyrer, som den kortudstedende bank opkræver af de erhvervsdrivende (»merchant service charge« er gebyrer for tjenester til erhvervsdrivende, herefter »MSC-gebyrer«).

19 Kommissionen understregede, at betalingsorganisationen MasterCard normalt ikke pålægger de kortudstedende banker en særlig anvendelsesmetode af interbankgebyrerne, og at den ikke fører systematisk kontrol med anvendelsen af disse (138. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen har endvidere konstateret, at sagsøgerne ikke eller ikke længere kvalificerer interbankgebyrernes pris eller godtgørelse for visse af de tjenester, som de kortudstedende banker yder for de erhvervsdrivende, men balanceringsmekanismen for kortindehaverne og de erhvervsdrivendes ansøgning (146.-155. betragtning til den anfægtede beslutning).

20 Den anfægtede beslutning vedrører ikke alle de interbankgebyrer, der opkræves i forbindelse med MasterCard-systemet, men kun de interbankgebyrer, som den anfægtede beslutning betegner som multilaterale interbankgebyrer, der gælder inden for EØS eller standardeuroområdet, dvs. hvis der ikke foreligger interbankgebyrer, der er aftalt bilateralt mellem den kortudstedende bank og den indløsende bank, eller interbankgebyrer, der er fastsat kollektivt på nationalt plan (118. betragtning til den anfægtede beslutning).

II – *Afgrænsning af det relevante marked*

21 Ifølge Kommissionen skal der sondres mellem tre særskilte produktmarkeder inden for området for bankkortsystemer med fire parter. Først et »forudliggende« marked, hvor bankkortsystemerne leverer tjenester til finansieringsinstitutterne, og inden for hvilket de forskellige kortsystemer konkurrerer (herefter »intersystemmarkedet«). Herefter et første »efterfølgende« marked, hvor de kortudstedende banker konkurrerer med hensyn til bankkortindehaverne (herefter »markedet for udstedelse«). Endelig et andet »efterfølgende« marked, hvor de indløsende banker konkurrerer med hensyn til de erhvervsdrivendes kunder (herefter »markedet for indløsning«) (278.-282. betragtning til den anfægtede beslutning).

22 Kommissionen afgrænsede det relevante marked som de nationale markeder for indløsning i EØS-landene (283.-329. betragtning til den anfægtede beslutning).

23 Kommissionen fulgte ikke sagsøgernes argumentation under den administrative procedure, hvorefter der kun findes et enkelt relevant produktmarked, nemlig det marked, hvor de tjenester, der udbydes af betalingskortsystemerne efter fælles anmodning fra kortindehaverne og de erhvervsdrivende, er i konkurrence og konkurrerer med samtlige andre betalingsmidler, herunder kontanter og checks (250.-277. betragtning til den anfægtede beslutning).

III – *Anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF*

A – *Vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder*

24 Ifølge Kommissionen er beslutningerne fra betalingsorganisationen MasterCard vedrørende fastsættelsen af de multilaterale interbankgebyrer beslutninger truffet af en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF på trods af de ændringer i struktur og forvaltning, som børsnoteringen medførte for MasterCard.

25 Kommissionen fastslog for det første nærmere bestemt, at betalingsorganisationen MasterCard udgjorde en sammenslutning af virksomheder før børsnoteringen, og at denne begivenhed ikke påvirkede de afgørende elementer, der begrunder denne kvalificering (345.-357. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen understregede navnlig, at ændringen i den økonomiske ejendomsret til betalingsorganisationen MasterCard ikke udgjorde et afgørende element (358. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen bemærkede ligeledes, at forvaltningen af sammenslutningen i Europa forbliver under bankernes kontrol (359.-367. betragtning til den anfægtede beslutning).

26 Kommissionen bemærkede for det andet, at det ikke er bestridt, at beslutningerne vedrørende multilaterale interbankgebyrer, der er truffet inden børsnoteringen, udgør beslutninger truffet af en sammenslutning af virksomheder. Denne kvalificering bør opretholdes i forhold til de beslutninger vedrørende multilaterale interbankgebyrer, der er truffet efter børsnoteringen. Kommissionen kom frem til denne konklusion ved bl.a. at støtte sig på opretholdelsen af interessefællesskabet mellem betalingsorganisationen MasterCard og bankerne og på deres accept af dens nye forvaltningsmodel (370.-399. betragtning til den anfægtede beslutning).

B – *Konkurrencebegrænsning*

27 Kommissionen bemærkede, at der foreligger visse oplysninger om, at der fandtes et konkurrencebegrænsende formål, men har alene baseret sin vurdering på følgerne af de multilaterale interbankgebyrers konkurrencebegrænsende virkninger på markedet for indløsning (401.-407. betragtning til den anfægtede beslutning).

28 Det er Kommissionens opfattelse, at medlemmerne af betalingsorganisationen MasterCard foretog en kollektiv udøvelse af markedsstyrke i forhold til de erhvervsdrivende og deres kunder. De multilaterale interbankgebyrer indebærer således, at grundlaget for MSC-gebyrerne forhøjes, selv om disse kunne være lavere, hvis der ikke forelå multilaterale interbankgebyrer, og hvis der fandtes et forbud mod, at de kortudstedende banker ensidigt og efterfølgende fastsætter takster for transaktionerne (herefter »forbuddet mod »efterfølgende« takstfastsættelse«). Heraf følger, at de multilaterale interbankgebyrer, som Kommissionen undersøgte i den anfægtede beslutning, medfører en begrænsning af priskonkurrencen mellem de indløsende banker til skade for de erhvervsdrivende og deres kunder (410., 411. og 522. betragtning til den anfægtede beslutning).

29 Kommissionen anførte i denne forbindelse for det første, at de multilaterale interbankgebyrers begrænsende virkninger ikke kun påvirkede indløsningen af grænseoverskridende transaktioner, men også indløsningen af nationale transaktioner, og henviste bl.a. til den omstændighed, at de

multilaterale interbankgebyrer gjaldt i visse medlemsstater, fordi der ikke fandtes bilaterale eller nationale interbankgebyrer, og fordi de kunne anvendes som grundlag for fastsættelsen af nationale interbankgebyrer (412.-424. betragtning til den anfægtede beslutning).

30 Kommissionen udledte for det andet af beviserne, at de multilaterale interbankgebyrer fastsætter et minimumsniveau for MSC-gebyrer (425.-438. betragtning til den anfægtede beslutning).

31 Kommissionen bemærkede desuden i det væsentlige, at den rolle, som de multilaterale interbankgebyrer spiller på markedet for udstedelse og på intersystemmarkedet, forstærker deres konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked, for så vidt som det dels er i de kortudstedende bankers interesse at tilbyde deres kunder kort, for hvilke der er fastsat høje multilaterale interbankgebyrer, dels at konkurrencen mellem kortsystemerne for bankernes kunder sker på bekostning af de systemer, der tilbyder lave multilaterale interbankgebyrer (461.-491. betragtning til den anfægtede beslutning).

32 Kommissionen fastslog ligeledes, at det ikke var i de indløsende bankers interesse at udøve et nedadgående konkurrencepres på de multilaterale interbankgebyrer, som de direkte eller indirekte drager fordel af (499.-501. betragtning til den anfægtede beslutning).

33 Hvad angår de erhvervsdrivende ville de ikke være i stand til at lægge et tilstrækkeligt pres på størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer (502.-506. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen kom frem til denne konklusion ved bl.a. at tage hensyn til virkningerne af andre bestemmelser i MasterCard-systemet og navnlig virkningen af bestemmelsen om, at alle kort, der kommer fra alle bankerne, skal accepteres (»Honour All Cards Rule«, herefter »HACR«) (507.-521. betragtning til den anfægtede beslutning), samt dette betalingsmiddels tiltrækningsevne for forbrugerne (504.-506. betragtning til den anfægtede beslutning).

C – *Vurderingen af, hvorvidt de multilaterale interbankgebyrer er objektivt nødvendige, for at MasterCard-systemet kan fungere*

34 Kommissionen mindede indledningsvis om, at i modsætning til de andre restriktioner, der er nødvendige for iværksættelsen af hovedtransaktionen, kunne de restriktioner, der alene er ønskelige for denne transaktions kommercielle succes, kun undersøges inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF (524.-531. betragtning til den anfægtede beslutning).

35 Kommissionen vurderede, at de multilaterale interbankgebyrer ikke kan betragtes som accessoriske begrænsninger, idet de ikke er objektivt nødvendige for, at en åben betalingskortordning kan fungere efter hensigten. Denne ordning kan fungere udelukkende på grundlag af de kortudstedende bankers vederlag fra kortindehaverne, de indløsende bankers vederlag fra de erhvervsdrivende og systemejerens vederlag fra de kortudstedende banker og de indløsende banker (549.-552. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen støttede sig i denne forbindelse på den omstændighed, at fem åbne bankkortsystemer fungerer i Europa uden de multilaterale interbankgebyrer (555.-614. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen henviste ligeledes til den nedsættelse af interbankgebyrer, som centralbanken i Australien har pålagt, og denne nedsættelses manglende virkninger på MasterCard-systemets holdbarhed (634.-644. betragtning til den anfægtede beslutning).

36 Hvad angår virkningen af HACR anførte Kommissionen, at afskaffelsen af de multilaterale interbankgebyrer ikke betyder, at de kortudstedende banker frit og ensidigt kan fastsætte interbankgebyrer, da denne risiko kan afværges ved en bestemmelse, der har mindre restriktive virkninger for konkurrencen, såsom forbuddet mod »efterfølgende« takstfastsættelse (553. og 554. betragtning til den anfægtede beslutning).

37 Kommissionen fulgte ikke sagsøgernes argumentation vedrørende den forøgelse af omkostningerne, som afskaffelsen af de multilaterale interbankgebyrer indebærer. Kommissionen afviste således, at denne afskaffelse medførte, at de bidrag, som kortindehaverne har betalt, forøgedes til et niveau med utilstrækkelig

efterspørgsel (609.-614. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen fulgte heller ikke sagsøgernes opfattelse, hvorefter fraværet af multilaterale interbankgebyrer ville medføre en kollektiv omfordeling af omkostningerne i systemet og have identiske følger for de omkostninger, de erhvervsdrivende betaler, som de multilaterale interbankgebyrer (615.-619. betragtning til den anfægtede beslutning).

38 Kommissionen mente heller ikke, at de multilaterale interbankgebyrer var objektivt nødvendige for, at MasterCard-systemet kan konkurrere med systemer med tre parter (620.-625. betragtning til den anfægtede beslutning).

39 Kommissionen fandt desuden, at de multilaterale interbankgebyrers konkurrencebegrænsende virkning var mærkbar (649.-666. betragtning til den anfægtede beslutning), og at de påvirkede samhandelen mellem medlemsstater (661. og 662. betragtning til den anfægtede beslutning).

IV – *Anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF*

40 Det er i det væsentlige Kommissionens opfattelse, er de økonomiske argumenter, som sagsøgerne har fremført, vedrørende de multilaterale interbankgebyrers rolle for MasterCard-systemets balance og maksimering ikke er tilstrækkelig til at påvise, at de har ført til objektive fordele. Kommissionen er af den opfattelse, at den ikke har pålagt sagsøgerne en tung bevisbyrde ved at kræve, at der fremføres empiriske beviser. Kommissionen fremhævede ligeledes visse oplysninger, der går imod sagsøgernes argumentation, såsom den betydelige produktion i visse bankkortsystemer, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, og størrelsen af de indtægter, som bankerne skaber ved deres kortudstedelse (679.-701. og 729.-733. betragtning til den anfægtede beslutning).

41 Kommissionen undersøgte desuden det teoretiske grundlag, som sagsøgerne har støttet sig på, nemlig Baxter-modellen, men afviste sagsøgernes argumentation på grund af de begrænsninger, der er forbundet med denne model (720.-724. betragtning til den anfægtede beslutning).

42 Med hensyn til betingelsen om, at forbrugerne sikres en rimelig andel af fortjenesten, er det Kommissionens opfattelse, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at eventuelle objektive fordele opvejer ulemperne ved de multilaterale interbankgebyrer for de erhvervsdrivende og deres kunder (739.-746. betragtning til den anfægtede beslutning).

V – *Den dispositive del*

43 Artikel 1 og 2 i den anfægtede beslutnings dispositive del har følgende ordlyd:

»*Artikel 1*

Betalingsorganisationen MasterCard og de enheder, der repræsenterer den, dvs. [sagsøgerne], har overtrådt artikel 81 [EF] fra den 22. maj 1992 til den 19. december 2007 og EØS-aftalens artikel 53 fra den 1. januar 1994 til den 19. december 2007 ved at fastsætte en minimumspris, som betalingsmodtagere skal betale deres indløsende bank for transaktioner med betalingskort i [EØS] i form af fallback-interbankgebyrer inden for EØS for MasterCard-mærkede kredit- og hævekort og for MasterCard-mærkede betalingskort.

Artikel 2

Betalingsorganisationen MasterCard og de enheder, der repræsenterer den, har pligt til at bringe den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør i overensstemmelse med følgende artikel 3-5.

Betalingsorganisationen MasterCard og de enheder, der repræsenterer den, afstår fra at gentage overtrædelsen ved handling eller adfærd som beskrevet i artikel 1, der har samme eller tilsvarende formål eller virkninger. De afstår herunder i særdeleshed fra at fastsætte interbankgebyrer for SEPA/eurozonen.«

44 I den anfægtede beslutnings artikel 3 blev sagsøgerne pålagt af Kommissionen formelt at ophæve de pågældende multilaterale interbankgebyrer, ændre sammenslutningens netværksregler og annullere alle beslutninger vedrørende de multilaterale interbankgebyrer inden for en frist på seks måneder. I den nævnte beslutnings artikel 4 blev sagsøgerne pålagt af Kommissionen inden for en frist på seks måneder at give meddelelse til finansieringsinstitutterne og til de clearinginstitutter og afviklingsbanker, der er involveret i transaktionerne i EØS, om ændringerne i sammenslutningens netværksregler. I beslutningens artikel 5 blev sagsøgerne pålagt at offentliggøre et resumé af den anfægtede beslutning på internettet. Denne beslutnings artikel 6 åbner mulighed for at anmode Kommissionen om forlængelse på seks måneder af den frist, som sagsøgerne er pålagt, for at overholde de påbud, der er fastsat i artikel 2-5. Endelig bestemmer den anfægtede beslutnings artikel 7, at den manglende overholdelse af et af disse påbud medfører en bøde på 3,5% af sagsøgernes daglige konsoliderede omsætning.

Retsforhandlinger

45 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 1. marts 2008 har sagsøgerne anlagt dette søgsmål.

46 Formanden for Rettens Femte Afdeling gav ved kendelse af 12. september 2008 Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

47 Formanden for Rettens Femte Afdeling gav ved en første kendelse af 9. december 2008 BRC og EuroCommerce tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

48 Formanden for Rettens Femte Afdeling gav ved en anden kendelse af 9. december 2008 følgende selskaber tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for sagsøgernes påstande:

— Banco Santander SA

— HSBC Bank plc (herefter »HSBC«)

— Bank of Scotland plc

— Royal Bank of Scotland plc (herefter »RBS«),

— Lloyds TSB Bank plc (herefter »Lloyds TSB«)

— MBNA Europe Bank Ltd (herefter »MBNA«).

49 Ved skrivelser af 4. august og 5. december 2008 og af 19. februar, 29. april og 23. august 2009 anmodede sagsøgerne om, at en række fortrolige oplysninger i henholdsvis stævningen og svarskriftet, i replikken, i sagsøgernes bemærkninger til interventionsindlæggene samt i duplikken ikke blev fremsendt til intervenienterne. Sagsøgerne fremlagde en ikke-fortrolig udgave af disse procesdokumenter. Intervenienterne er kun blevet forelagt den ikke-fortrolige udgave af ovennævnte procesdokumenter. Intervenienterne har ikke gjort indsigelse vedrørende dette punkt.

50 RBS anmodede den 25. februar 2009 om, at visse fortrolige oplysninger i bankens interventionsindlæg ikke fremlægges for de øvrige intervenienter. MBNA, HSBC og Bank of Scotland fremsatte dagen efter tilsvarende anmodninger for så vidt angår deres interventionsindlæg. EuroCommerce fremsatte tilsvarende anmodninger for så vidt angår selskabets interventionsindlæg den 3. marts 2009. Intervenienterne fremlagde en ikke-fortrolig version af deres interventionsindlæg. Intervenienterne har kun fået tilstillet denne ikke-fortrolige udgave af disse interventionsindlæg. Intervenienterne har ikke gjort indsigelse herom.

51 Den 8. januar 2010 anmodede sagsøgerne Retten om at vedtage en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64, stk. 4. Den 29. januar og den 31. marts 2010 anmodede sagsøgerne om, at en række fortrolige oplysninger i henholdsvis deres begæring om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse og i Kommissionens svar på denne begæring ikke blev fremsendt til intervenienterne, og fremlagde en ikke-fortrolig udgave af disse processkrifter. Intervenienterne har kun fået tilstillet denne ikke-fortrolige udgave af disse interventionsindlæg. Intervenienterne har ikke gjort indsigelse i denne forbindelse.

52 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Syvende Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

53 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten under retsmødet den 8. juli 2011.

Parternes påstande

54 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Sagen antages til realitetsbehandling.

— Den anfægtede beslutning annulleres eller, subsidiært, annullation af artikel 3-5 og 7.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

55 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

56 Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, BRC og EuroCommerce har nedlagt påstand om Kommissionens frifindelse.

57 Banco Santander, RBS, Lloyds TSB og MBNA har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

58 HSBC har nedlagt påstand om, at den anfægtede beslutning annulleres.

59 Bank of Scotland har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres eller, subsidiært, annullation af artikel 3-5 og 7.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

I – *Sagsøgernes begæring om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse*

60 Sagsøgerne har anmodet om, at Kommissionen, som et led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, pålægges at ændre et afsnit i duplikken for at fjerne henvisningerne til de ensidige forpligtelser, de har påtaget sig.

61 Det fremgår af dette afsnit i duplikken, at efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning foregik drøftelserne mellem sagsøgerne og Kommissionen løbende og førte til forpligtelser vedrørende en ny metode til beregning af de multilaterale interbankgebyrer, som lå til grund for den udtalelse fra det medlem af Kommissionen, der er ansvarlig for konkurrencespørgsmål, hvorefter »hun ikke så nogen grund til at foreslå kommissærkollegiet at indlede en procedure mod de multilaterale interbankgebyrer, der er fastsat efter denne nye metode«.

62 Det er sagsøgernes opfattelse, at disse henvisninger er foretaget i strid med den aftale, der er indgået med Kommissionen, hvorefter deres drøftelser og enhver eventuel aftale vedrørende de multilaterale interbankgebyrer er »fortrolig« og »med forbehold« (without prejudice). Kommissionen har understreget, at genindførselen af de multilaterale interbankgebyrer er almindeligt kendt, da både sagsøgerne og Kommissionen har udsendt pressemeddelelser herom. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at sagsøgerne følger en forkert fortolkning af begrebet »med forbehold«.

63 Efter fast retspraksis tilkommer det Retten at vurdere nytten af foranstaltninger til tilrettelæggelse af sagens behandling (Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-199/99 P, Corus UK mod Kommissionen, Sml. I, s. 11177, præmis 67, samt Rettens dom af 20.3.1991, sag T-1/90, Pérez-Mínguez Casariego mod Kommissionen, Sml. II, s. 143, præmis 94, og af 12.9.2007, sag T-358/04, Neumann mod KHIM (Form af et mikrofonhoved), Sml. II, s. 3329, præmis 66).

64 I den foreliggende sag er det tilstrækkeligt at fastslå, at de anfægtede henvisninger vedrører en begivenhed, der er indtruffet efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og som dermed ikke har nogen indflydelse på dennes lovlighed (jf. i denne retning Rettens dom af 28.2.2002, sag T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 875, præmis 252 og den deri nævnte retspraksis).

65 Sagsøgernes begæring om iværksættelse af den pågældende foranstaltning vedrørende sagens tilrettelæggelse kan derfor ikke tages til følge, uden at det herved er nødvendigt at tage stilling til den nøjagtige rækkevidde af de forpligtelser, der er omfattet af henvisningen i de mellem parterne udvekslede skrivelser til, at deres drøftelser var fortrolige og »med forbehold«.

II – *Spørgsmålet om, hvorvidt indholdet af visse bilag til parternes skrivelser kan antages til realitetsbehandling*

66 Kommissionen har gjort gældende, at de argumenter, der findes i visse af bilagene til stævningen og til replikken, må afvises i henhold til Rettens retspraksis, for så vidt som den omstændighed, at argumenterne findes i bilagene, overstiger bilagenes funktion, der alene er at tjene som bevismateriale og som et middel til sagens oplysning.

67 Sagsøgerne har i replikken gjort gældende, at de nævnte bilag kun støtter de argumenter, der fremgår af selve stævningen, og at de derfor kan antages til realitetsbehandling. Det forholder sig anderledes for visse af bilagene til svarskriftet, der indeholder argumenter, der ikke er nævnt i selve svarskriftet, og de bør følgelig ikke tages i betragtning med henblik på denne sag.

68 Stævningen skal ifølge artikel 21 i statutten for Domstolen og procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), angive søgsmålets genstand, påstandene og en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Såfremt et søgsmål skal kunne admitteres, er det ifølge fast retspraksis nødvendigt, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, om end kortfattet, men dog konsekvent og forståeligt, fremgår af selve stævningen. Selv om stævningens indhold på særlige punkter kan støttes og udbygges ved henvisninger til bestemte afsnit i dokumenter, der vedlægges som bilag til den, kan der ikke ved en generel henvisning til andre dokumenter, herunder dokumenter, der figurerer som bilag til stævningen, rådes bod på en undladelse af at anføre afgørende dele af den retlige argumentation, der i medfør af de nævnte bestemmelser skal være indeholdt i stævningen. Det

tilkommer endvidere ikke Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender og argumenter der kan antages at udgøre grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning (jf. Rettens dom af 17.9.2007, sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, Sml. II, s. 3601, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

69 Denne fortolkning af artikel 21 i statutten for Domstolen og procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), gælder ligeledes de krav, som replikken – der ifølge procesreglementets artikel 47, stk. 1, er et supplement til stævningen – skal opfylde for at kunne admitteres (dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 95).

70 Selv om stævningen og svarskriftet – i lyset af formodningen om lovlighed, som gælder for EU-institutionerne retsakter – hver opfylder forskellige formål og dermed er underlagt særskilte krav, bør der for så vidt angår muligheden for at henvise til indlæg, der er vedlagt som bilag til svarskriftet, ikke desto mindre følges samme fremgangsmåde som den, der gælder for så vidt angår stævningen, idet procesreglementets artikel 46, stk. 1, litra b), præciserer, at svarskriftet skal indeholde de retlige og faktiske argumenter, der påberåbes.

71 Kritikken af henvisningen til bilagene skal i givet fald behandles i forbindelse med undersøgelsen af de forskellige anbringender og de argumenter, som de vedrører. Bilagene vil kun blive taget i betragtning i den udstrækning, hvori de støtter eller supplerer anbringender eller argumenter, som parterne udtrykkeligt har fremsat som en del af selve deres skriftlige indlæg, og hvori det kan fastslås, hvilke punkter i bilagene der støtter eller supplerer de pågældende anbringender eller argumenter (jf. i denne retning og analogt dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt i præmis 68 ovenfor, præmis 99).

III – *Om realiteten*

72 Det foreliggende søgsmål omfatter dels en principal påstand om annullation af den anfægtede beslutning, dels en subsidiær påstand om annullation af artikel 3-5 og 7.

A – *Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning*

73 Sagsøgerne har til støtte for denne påstand fremsat fire anbringender. For det første, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF på grund af fejl i vurderingen af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen, for det andet en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 3, EF, for det tredje en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF på grund af den urigtige kvalificering af vedtagelserne om de multilaterale interbankgebyrer som vedtagelser, der er truffet af en sammenslutning af virksomheder, og for det fjerde, at den administrative procedure var behæftet med mangler og der foreligger faktuelle fejl.

1. Det første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt som Kommissionen fejlagtigt har antaget, at fastsættelsen af de multilaterale interbankgebyrer udgør en konkurrencebegrænsning

74 Dette anbringende består i det væsentligste af to led. I forbindelse med det første led har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen med urette lagde til grund, at de multilaterale interbankgebyrer havde konkurrencebegrænsende virkninger. I forbindelse med det andet led har sagsøgerne anført, at Kommissionen burde have fastslået, at de multilaterale interbankgebyrer er objektivt nødvendige for, at MasterCard-systemet kan fungere.

75 Sagsøgernes henvisning til de multilaterale interbankgebyrers angivelige objektivt nødvendige karakter skal forstås således, at Kommissionen burde have fastslået, at de udgjorde en accessorisk begrænsning i forhold til MasterCard-systemet, og at Kommissionen dermed ikke var berettiget til at foretage en selvstændig undersøgelse af deres indvirkning på konkurrencen, men burde have undersøgt dem sammen med MasterCard-systemets virkninger, som de knyttede sig til.

76 I det omfang besvarelsen af det andet led betinger muligheden for en selvstændig undersøgelse af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen, er det hensigtsmæssigt at begynde med en undersøgelse deraf.

a) Det led i anbringendet, der omhandler den fejlagtige vurdering af de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter

77 Begrebet accessorisk begrænsning omfatter enhver begrænsning, der har direkte forbindelse med og er nødvendig for en hovedtransaktion (jf. Rettens dom af 18.9.2001, sag T-112/99, M6 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2459, præmis 104).

78 Ved begrænsninger, der hænger direkte sammen med en hovedtransaktion, skal forstås enhver begrænsning, der er af underordnet karakter i forhold til denne transaktions gennemførelse, og som har åbenbar sammenhæng med gennemførelsen af transaktionen (dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 105).

79 Hvad angår betingelsen om, at begrænsningen skal være nødvendig, er der to aspekter, der skal undersøges. Det skal nemlig undersøges, dels om begrænsningen er objektivt nødvendig for gennemførelsen af hovedtransaktionen, dels om begrænsningen står i rimeligt forhold til transaktionen (dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 106).

80 Med hensyn til undersøgelsen af, om en begrænsning er objektivt nødvendig, skal det bemærkes, at i det omfang det ikke kan antages, at der findes en »rule of reason«, kan betingelsen om objektiv nødvendighed ikke fortolkes således, at den indebærer en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger. En sådan afvejning kan nemlig alene ske inden for den særlige ramme, der følger af artikel 81, stk. 3, EF. Således kan undersøgelsen af, om en begrænsning er objektivt nødvendig i forhold til hovedtransaktionen, ikke undgå at blive forholdsvis abstrakt. Der er ikke tale om en undersøgelse af, om begrænsningen i betragtning af konkurrencesituationen på det pågældende marked er nødvendig for hovedtransaktionens kommercielle succes, men om at afgøre, om begrænsningen, hvis man ser snævert på hovedtransaktionen, er nødvendig for at gennemføre denne transaktion. Hvis hovedtransaktionen viser sig vanskelig eller umulig at gennemføre uden begrænsningen, kan begrænsningen anses for objektivt nødvendig for transaktionens gennemførelse (dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 107 og 109).

81 Hvad angår undersøgelsen af denne begrænsnings forholdsmæssighed i forhold til gennemførelsen af hovedtransaktionen skal det undersøges, om begrænsningens varighed og saglige og geografiske anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre den nævnte transaktion. Hvis begrænsningens varighed eller anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre transaktionen, skal begrænsningen vurderes særskilt i forhold til artikel 81, stk. 3, EF (dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 113).

82 Når vurderingen af en begrænsnings accessoriske karakter i forhold til en hovedtransaktion endelig kræver komplicerede økonomiske overvejelser i Kommissionen, begrænser retsinstanserne deres bedømmelse af overvejelsernes resultat til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige, samt om der foreligger en klar faktisk vildfarelse eller magtfordrejning (dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 114).

83 I den foreliggende sag er det alene betingelsen om, at de multilaterale interbankgebyrer skal være objektivt nødvendige, der er omtvistet. Sagsøgerne, der er støttet af flere intervenienter, har i det væsentlige fremført to klagepunkter. De har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en mangel, idet Kommissionen har anvendt urigtige retlige kriterier. Sagsøgerne er ligeledes af den opfattelse, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved undersøgelsen af, om de multilaterale interbankgebyrer er objektivt nødvendige.

Klagepunktet vedrørende anvendelse af urigtige retlige kriterier

84 Sagsøgerne har kritiseret Kommissionen for ikke at have vurderet de multilaterale interbankgebyrer i deres retlige og økonomiske sammenhæng. De har anført, at Kommissionen har begået en retlig fejl ved af postulatet om, at MasterCard-systemet kunne fungere uden de multilaterale interbankgebyrer, at udlede, at disse multilaterale interbankgebyrer ikke var objektivt nødvendige. Det fremgår tværtimod af retspraksis, at hvis hovedtransaktionen viser sig vanskelig at gennemføre uden begrænsningen, kan begrænsningen anses for objektivt nødvendig for transaktionens gennemførelse. Det samme ville være tilfældet, såfremt denne hovedtransaktion var sværere at gennemføre eller kun kunne gennemføres på betingelser, der er mere usikre, med en mindre sandsynlighed for succes.

85 Kommissionen har bestridt, at dette klagepunkt er begrundet.

86 Med henvisning til den retspraksis, der er nævnt i præmis 77-82 ovenfor, må dette klagepunkt forkastes som ugrundet.

87 Som sagsøgerne ganske vist med rette har anført, fremgår det af fast retspraksis, at undersøgelsen af den konkurrencebegrænsende virkning i henhold til artikel 81, stk. 1, EF skal tage hensyn til det konkrete anvendelsesområde for en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de tjenesteydelser, der er tale om, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (jf. Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 136 og den deri nævnte retspraksis).

88 Dette indebærer imidlertid ikke, sådan som sagsøgerne synes at mene, at de fordele, som de multilaterale interbankgebyrer udgør for MasterCard-systemet, skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om de er objektivt nødvendige for, at MasterCard-systemet kan fungere.

89 Som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i præmis 77 ovenfor, er undersøgelsen af, om en begrænsning er objektivt nødvendig, forholdsvis abstrakt. Det er således kun de begrænsninger, der er nødvendige for, at hovedtransaktionen under alle omstændigheder kan fungere, der kan anses for at være omfattet af anvendelsesområdet for teorien om accessoriske begrænsninger. Sådanne overvejelser om, hvorvidt begrænsningen er nødvendig i betragtning af konkurrencesituationen på det pågældende marked, falder nemlig ikke ind under undersøgelsen af begrænsningens accessoriske karakter (jf. i denne retning dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 121).

90 Den omstændighed, at fraværet af de multilaterale interbankgebyrer kunne have negative følger for, om MasterCard-systemet fungerer, indebærer følgelig ikke i sig selv, at de multilaterale interbankgebyrer skal anses for at være objektivt nødvendige, hvis det fremgår af undersøgelsen af MasterCard-systemet i dets økonomiske og retlige sammenhæng, at det er i stand til at fungere uden de multilaterale interbankgebyrer.

91 Kommissionens ræsonnement, hvorefter den af den omstændighed, at MasterCard-systemet kunne fungere uden de multilaterale interbankgebyrer, udleder, at de multilaterale interbankgebyrers ikke er objektivt nødvendige, er således ikke behæftet med nogen retlig fejl.

92 I modsætning til det af sagsøgerne hævdede, har Kommissionen således ikke anvendt urigtige retlige kriterier. Dette klagepunkt skal herefter forkastes.

Klagepunktet vedrørende en fejlagtig bedømmelse af de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter

93 I det omfang de multilaterale interbankgebyrer dels udgør en fremgangsmåde for standardafviklingen af transaktioner, der gælder for transaktioner, hvis der ikke foreligger en mere specifik aftale mellem de kortudstedende banker og de indløsende banker, dels svarer til en overførsel af midler til de kortudstedende banker, skal de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter undersøges i relation til disse to aspekter.

– De multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter i relation til fremgangsmåden for standardafviklingen af transaktioner

94 Sagsøgerne har nærmere bestemt gjort gældende, at de multilaterale interbankgebyrer er objektivt nødvendige for MasterCard-systemet, idet de udgør en fremgangsmåde for standardafviklingen af transaktioner. Såfremt der fandtes multilaterale interbankgebyrer, ville HACR, for så vidt som det indebærer betaling af alle transaktioner, der gennemføres med et MasterCard-kort, have som konsekvens, at indløserne underlægges udstederne, der ensidigt kan fastsætte interbankgebyrer, da de erhvervsdrivende og indløserne er forpligtet til at acceptere transaktionen.

95 I den anfægtede beslutnings artikel 554 har Kommissionen besvaret denne kritik og fremhævet følgende:

»Muligheden for at visse udstedende banker udnytter indløserne, der er bundet af HACR, kunne løses ved en netværksregel, der har mindre restriktive virkninger for konkurrencen end den nuværende løsning for MasterCard, der ønsker, at der automatisk anvendes et bestemt niveau for interbankgebyrerne. En anden mulighed kunne være en regel med et forbud mod »efterfølgende« takstfastsættelse, hvis der ikke foreligger en bilateral aftale mellem dem. En sådan regel tvinger kreditorbanken til at acceptere alle betalinger, der på korrekt vis er blevet indført i systemet af en debitorbank, og forbyder prisfastsættelse bankerne imellem, hvis der ikke foreligger en bilateral aftale med hensyn til niveauet for disse omkostninger. Denne løsning, der er beregnet til at »beskytte« indløserne fra udstedernes magtmisbrug i medfør af HACR-reglen, er mindre konkurrencebegrænsende end et multilateralt interbankgebyr, eftersom den ikke fastsætter mindstepriser for hver side af systemet.«

96 Det må fastslås, at en sådan argumentation ikke er udtryk for et åbenbart urigtigt skøn. Den omstændighed, at der foreligger en fremgangsmåde for standardafviklingen af transaktioner, der er mindre begrænsende for konkurrencen end de multilaterale interbankgebyrer, er til hinder for, at disse gebyrer kan anses for at være objektivt nødvendige for, at MasterCard-systemet kan fungere udelukkende på grundlag af deres egenskab som fremgangsmåde for standardafviklingen af transaktioner.

97 Denne konklusion afkræftes ikke af sagsøgernes argumentation om, at Kommissionen ikke er berettiget til at tage hensyn til antagelsen om et MasterCard-system, der fungerer på baggrund af et forbud mod »efterfølgende« takstfastsættelse i stedet for på grundlag af de multilaterale interbankgebyrer, med den begrundelse, at et sådan forbud ikke ville være et resultat af markedskræfterne og derfor udgør et indgreb af »reguleret« karakter. Ved at ræsonnere på denne måde skulle Kommissionen have tilsidesat sin forpligtelse til at undersøge konkurrencesituationen, sådan som den ville foreligge i tilfælde af, at der ikke fandtes en aftale.

98 En sådan argumentation følger af en fejlfortolkning af retspraksis, i henhold til hvilken det er fastslået, at hvis en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må det undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen, vedtagelsen inden for

en sammenslutning af virksomheder og den samordnede praksis ikke fandtes (jf. i denne retning Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

99 Det er ganske vist korrekt, at denne sammenligning skal være realistisk. Det tilkommer derfor Kommissionen at undersøge, om antagelsen om et MasterCard-system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, ville være økonomisk levedygtigt og derfor skulle kunne tages i betragtning ved en sammenligning. Kommissionen var derimod ikke forpligtet til at godtgøre, at markedskræfterne skulle presse de kortudstedende banker og de indløsende banker til selv at vedtage en regel, der er mindre begrænsende for konkurrencen end de multilaterale interbankgebyrer.

– De multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter i relation til fremgangsmåden med overførsel af midler til de kortudstedende banker

100 Det skal herefter efterprøves, om Kommissionen med rette kunne antage, at en regel, der forbyder »efterfølgende« takstfastsættelse, ville være tilstrækkelig til at sikre, at MasterCard systemet fungerer – i hvilket tilfælde de multilaterale interbankgebyrer ikke kan betragtes som objektivt nødvendige – eller om der, for at dette system kunne fungere, derimod var behov for en fremgangsmåde med overførsel af midler til de kortudstedende banker.

101 Der er ikke tale om at foretage en sammenligning, som har til formål at afgøre, om MasterCard-systemet fungerer på en mere effektiv måde med de multilaterale interbankgebyrer end alene på baggrund af et forbud mod »efterfølgende« takstfastsættelse. En sådan fremgangsmåde ville indebære, at de multilaterale interbankgebyrers eventuelle fordele ville blive taget i betragtning, hvilket – som Kommissionen med rette har understreget – skal undersøges i henhold til artikel 81, stk. 3, EF (jf. den ovenfor i præmis 80 nævnte retspraksis samt Rettens dom af 23.10.2003, sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 107).

102 Kommissionen fandt i 549.-648. betragtning til den anfægtede beslutning, at de multilaterale interbankgebyrer ikke var objektivt nødvendige, for så vidt som MasterCard-systemet ville kunne fungere udelukkende på grundlag af de kortudstedende bankers vederlag fra kortindehaverne, de indløsende bankers vederlag fra de erhvervsdrivende og systemejerens vederlag fra de kortudstedende banker og de indløsende banker.

103 Til støtte for sin undersøgelse har Kommissionen henvist til den omstændighed, at fem åbne bankkortsystemer fungerer i Europa uden de multilaterale interbankgebyrer. Kommissionen har ligeledes henvist til de manglende virkninger på MasterCard-systemets holdbarhed i Australien af den nedsættelse af interbankgebyrer, som centralbanken i Australien har pålagt (herefter »det australske eksempel«). Kommissionen har desuden støttet sin undersøgelse på den omstændighed, at MasterCard-kortene medførte andre indtægter eller finansielle fordele for banker i forbindelse med deres kortudstedelse end blot de multilaterale interbankgebyrer.

104 Sagsøgerne og visse af intervenienterne har bestridt relevansen af de beviser, som Kommissionen har fremlagt for at godtgøre de multilaterale interbankgebyrers ikke-objektivt nødvendige karakter. Deres kritik er rettet mod Kommissionens fremgangsmåde, der tager sigte på at undersøge de fem nationale systemer, der adskiller sig fra MasterCard-systemet både ved deres egenskaber og ved deres størrelse. Sagsøgerne har ligeledes bestridt relevansen af det australske eksempel. Desuden har flere af intervenienterne fremhævet de vanskeligheder, der ville være forbundet med at fungere i et system uden de multilaterale interbankgebyrer udelukkende på grundlag af et forbud mod »efterfølgende« takstfastsættelse. Behovet for at finde andre indtægter indebærer øgede omkostninger for kortindehaverne, en forringelse af fordelene ved tjenesterne vedrørende MasterCard-kortene samt en overgang til alternative produkter eller tjenesteydelser. Disse vanskeligheder er særligt afgørende for de mindre finansieringsinstitutter eller for de finansieringsinstitutter, der kun beskæftiger sig med kortudstedelse.

105 Kommissionen har bestridt, at denne kritik er berettiget. Den har bl.a. anført, at sagsøgernes argumentation vedrørende de fem nationale systemer, for så vidt som den er angivet i et bilag, skal afvises fra realitetsbehandling.

106 I det omfang de multilaterale interbankgebyrer udgør en fremgangsmåde med henblik på overførsel af midler til de kortudstedende banker, skal deres karakter af objektivt nødvendige for, at MasterCard-systemet kan fungere, undersøges generelt i forhold til de indtægter og økonomiske fordele, som bankerne har fra deres kortudstedelse.

107 I denne forbindelse må det understreges, at kreditkortene skaber betydelige indtægter for de kortudstedende banker, der bl.a. består af renter, der opkræves fra kortindehaverne. Det fremgår således af 346. betragtning i den supplerende klagepunktsmeddelelse, hvortil der henvises i 612. betragtning til den anfægtede beslutning, at »for de kortudstedende banker kan betydningen af at låne penge gennem kreditkort være større, især på de markeder, hvor kreditkortene anvendes i vid udstrækning som i Det Forenede Kongeriget, der er det land med det største antal MasterCard-kort i omløb«. Denne vurdering findes også i fodnote 829 i den anfægtede beslutning, hvori det er understreget, at »i Det Forenede Kongerige har de kortudstedende banker f.eks. 90% af deres indtægter fra kortindehavernes midler (især renter) og alene 10% fra interbankgebyrer«.

108 Hvad angår hævekortene har Kommissionen i det væsentlige i 347. og 348. betragtning i den supplerende klagepunktsmeddelelse, som der henvises til i 612. betragtning til den anfægtede beslutning, gjort gældende, at disse kort medfører en betydelig kommerciel fortjeneste for bankerne ud over de multilaterale interbankgebyrer, idet de giver bankerne mulighed for at nedbringe antallet af transaktioner pr. art og checkandel og dermed de omkostninger, der på anden måde følger af en manuel forvaltning af sådanne betalingsmetoder.

109 Det må fastslås, at den omstændighed, at der foreligger sådanne indtægter og fortjeneste, gør det mindre sandsynligt, at en betydelig del af bankerne, såfremt de multilaterale interbankgebyrer ikke fandtes, i væsentlig grad indstiller eller reducerer deres udstedelse af MasterCard, eller at de ændrer betingelserne for deres kortudstedelse i et sådant omfang, at det ville medføre, at indehaverne af disse kort prioriterer andre betalingsmetoder eller anvender kortene fra systemer med tre parter, hvilket vil kunne bringe MasterCard-systemets holdbarhed i fare.

110 Med andre ord kan det med rimelighed konkluderes, at selv om der i et system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, ville kunne forventes en nedsættelse af fordelene for kortindehaverne eller rentabiliteten af kortudstedelsen, er en sådan nedsættelse ikke tilstrækkelig til at bringe MasterCard-systemets holdbarhed i fare.

111 Denne konklusion underbygges af det australske eksempel, som Kommissionen har henvist til i 634.-644. betragtning til den anfægtede beslutning. Det fremgår således heraf, at en betydelig nedsættelse af interbankgebyrerne i MasterCard-systemet, som centralbanken i Australien har pålagt, ikke har haft mærkbare virkninger på MasterCard-systemets holdbarhed og navnlig ikke har medført en overgang til systemer med tre parter, heller ikke selv om sidstnævnte ikke var berørt af de forskrifter, som centralbanken i Australien har vedtaget.

112 Sagsøgerne og visse af intervenienterne er af den opfattelse, at det australske eksempel ikke udgør et afgørende bevis, fordi det for det første vedrører en nedsættelse af og ikke en afskaffelse af interbankgebyrerne, for det andet fordi Kommissionen ikke har godtgjort, at markedsbetingelserne i Australien og inden for EØS lå tilstrækkelig tæt til, at de kan sammenlignes, og for det tredje fordi denne nedsættelse har været kilde til de negative virkninger for kortindehaverne.

113 Det er ganske vist ubestridt, at en nedsættelse, selv væsentlig, af interbankgebyrerne ikke har et omfang, der svarer til antagelsen om et MasterCard-system, der fungerer uden en fremgangsmåde med overførsel af midler fra leddet »erhvervelse« til leddet »udstedelse«, hvilket er undersøgt med henblik på at vurdere de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter for, at MasterCard-systemet kan fungere.

114 Det er imidlertid en kendsgerning, at hvis en sådan fremgangsmåde har en objektiv nødvendig karakter, sådan som sagsøgerne har hævdet, kunne det med rimelighed forventes, at den betydelige nedsættelse af interbankgebyrer, der er pålagt i Australien, ville have haft negative virkninger på MasterCard-systemets funktion.

115 Det må imidlertid konstateres, at sådanne negative virkninger ikke er indtrådt. Hvad således angår konkurrencen mellem systemer med tre parter fremgår det af 636. betragtning til den anfægtede beslutning, at »den samlede andel for American Express og Diners Club kun steg let fra 15% til 17% og efterfølgende var stabil«. Kommissionen har heller ikke bemærket en nedgang i aktiviteten for MasterCard-systemet, men derimod en øget markedsandel og omsætning. Selv om en sådan stigning – således som Kommissionen selv har erkendt – delvis kan forklares med, at et konkurrerende system afskaffes, kunne Kommissionen imidlertid uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn fremhæve i 641. betragtning til den anfægtede beslutning, at dette udgjorde en »klar tendens«, der tilbageviser sagsøgernes argumentation om, at et MasterCard-system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, vil bryde sammen.

116 Denne konklusion afkræftes ikke af sagsøgernes argument, hvorefter der ikke kan foreligge en formodning om, at markedsbetingelserne i Australien nødvendigvis svarer til markedsbetingelserne inden for EØS, således at der kan drages pålidelige paralleller.

117 Det fremgår således af den anfægtede beslutning, at Diners Club og American Express' markedsandel var betydeligt lavere i EØS end i Australien (deres respektive markedsandele var 17% og 19% i Australien, mens de kun var 2% og 3% i EØS). Selv om der er eventuelle forskelle i markedsbetingelserne mellem Australien og EØS, bidrager de snarere til MasterCard-systemets modstandsdygtighed i Europa i forhold til systemets funktion uden de multilaterale interbankgebyrer.

118 Hvad angår den angivelige omstændighed, at situationen for kortindehaverne i Australien er blevet forværret efter reguleringen af interbankgebyrer, fremgår det ganske vist af de beviser, som sagsøgerne har fremlagt, at nedsættelsen af interbankgebyrer har kunnet føre til en forhøjelse af de omkostninger, der opkræves fra kortindehaverne eller til en forringelse af visse fordele.

119 Den omstændighed, at de kortudstedende banker delvis har overført nedsættelsen af interbankgebyrer på kortindehaverne, er imidlertid i sig selv uden betydning for undersøgelsen af de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter. Det ville forholde sig anderledes, hvis det viser sig, at forhøjelsen af de omkostninger, der opkræves fra kortindehaverne, eller forringelsen af de tidligere tildelte fordele førte til, at anvendelsen af MasterCard blev begrænset væsentligt, og således kunne anfægte dette systems holdbarhed. Som anført i præmis 115 ovenfor, er dette imidlertid ikke tilfældet.

120 I betragtning af alt det ovenstående har Kommissionen med rette kunnet fastslå, at de multilaterale interbankgebyrer ikke var objektivt nødvendige for, at MasterCard-systemet kunne fungere.

121 Under disse omstændigheder er det ufornødent at tage stilling til sagsøgernes og intervenienternes kritik vedrørende sammenligningen af MasterCard-systemet med de fem nationale bankkortsystemer, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer.

122 Anbringendets første led må derfor forkastes.

b) Det andet led i anbringendet om fejl ved undersøgelsen af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen

123 Sagsøgerne, der er støttet af flere intervenienter, har gjort gældende, at Kommissionens undersøgelse af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen er fejlagtig i flere henseender.

124 Kommissionen har nedlagt påstand om, at dette led i anbringendet forkastes.

125 Det bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning baserede de konkurrencebegrænsende virkningers eksistens som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF på den omstændighed, at de multilaterale interbankgebyrer havde direkte eller indirekte indflydelse på størrelsen af bankernes interbankgebyrer, og at de indløsende banker, for så vidt som de forsøgte at opkræve denne udgift fra de erhvervsdrivende, fastsatte en minimumspris for MSC-gebyrer. Kommissionen udledte heraf, at de havde konkurrencebegrænsende virkninger på markedet for indløsning (410.-522. betragtning til den anfægtede beslutning).

126 Mere konkret har Kommissionen:

— understreget, at de multilaterale interbankgebyrer dels anvendes på de grænseoverskridende transaktioner, hvis der ikke foreligger mere specifikke interbankgebyrer (412.-415. betragtning til den anfægtede beslutning), dels enten anvendes på nationale transaktioner, hvis der ikke foreligger interbankgebyrer inden for landet, eller benyttes som henvisning ved vedtagelsen af disse (416.-424. betragtning til den anfægtede beslutning)

— udledt af to kvantitative undersøgelser af de multilaterale interbankgebyrers virkninger på MSC-gebyrer (426.-436. betragtning til den anfægtede beslutning) og af vidneerklæringer fra erhvervsdrivende, der er indhentet under Kommissionens egen undersøgelse i 2004 (herefter »handelsmarkedsundersøgelsen«, 437.-438. betragtning til den anfægtede beslutning), at de multilaterale interbankgebyrer udgjorde en hindring for en nedsættelse af MSC-gebyrerne til under et vist niveau

— taget hensyn til indvirkningen på konkurrencen på markedet for indløsning og på intersystemmarkedet og har bemærket, at det var i de kortudstedende bankers interesse at tilbyde kort med et højt multilateralt interbankgebyr, og at konkurrencen mellem kortsystemerne for bankernes kunder skete på bekostning af de systemer, der tilbyder lave multilaterale interbankgebyrer (461.-498. betragtning til den anfægtede beslutning)

— i det væsentlige bemærket, at det ikke var i de indløsende bankers interesser at udøve et nedadgående konkurrencepres på de multilaterale interbankgebyrer (499.-501. betragtning til den anfægtede beslutning)

— anført, at de erhvervsdrivende ikke var i stand til at lægge et tilstrækkeligt pres på de multilaterale interbankgebyrer (502.-521. betragtning til den anfægtede beslutning).

127 Som det således er nævnt i præmis 87 ovenfor, skal vurderingen af en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis i henhold til artikel 81, stk. 1, EF tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de varer eller tjenesteydelser, der er tale om, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer.

128 Det bemærkes, som det i øvrigt allerede er blevet fremhævet i præmis 98 ovenfor, at hvis en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må det undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder og den samordnede praksis ikke fandtes.

Klagepunkterne vedrørende undersøgelsen af konkurrencen, såfremt de multilaterale interbankgebyrer ikke fandtes

129 Sagsøgerne og flere af intervenienterne har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat forpligtelsen til at undersøge, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor de multilaterale interbankgebyrer ikke fandtes. De har i det væsentlige anført to klagepunkter.

130 I forbindelse med det første klagepunkt har sagsøgerne henvist til det manglende konkurrenceforhold mellem de kortudstedende banker og de indløsende banker, idet de har gjort gældende, at Kommissionen ikke med rette kunne fastslå, at de multilaterale interbankgebyrer var konkurrencebegrænsende, idet det i en situation, hvor der ikke blev opkrævet gebyrer, ikke ville kunne antages, at der ville være tale om en konkurrencesituation, der ville føre til nedsættelse interbankgebyrerne. Sagsøgerne erindrer om, at uden fremgangsmåden for standardafviklingen af transaktioner kan MasterCard-systemet ikke fungere. Sagsøgerne er ligeledes af den opfattelse, at Kommissionen dels med urette har fastslået, at da der ikke foreligger multilaterale interbankgebyrer, afholdes der bilaterale forhandlinger mellem de kortudstedende banker og de indløsende banker, og at sådanne forhandlinger på sigt fører til at interbankgebyrerne afskaffes, dels har taget hensyn til forbuddet mod »efterfølgende« takstfastsættelse i sin argumentation.

131 Dette klagepunkt bør forkastes.

132 Af de årsager, der beskrives i præmis 94-120 ovenfor, synes for det første den omstændighed, at antagelsen om et MasterCard-system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer – udelukkende på baggrund af et forbud mod »efterfølgende« takstfastsættelse – er økonomisk levedygtigt, at være tilstrækkelig til at begrunde, at antagelsen tages i betragtning i forbindelse med undersøgelsen af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen.

133 Hvad for det andet angår kritikken af henvisningen i den anfægtede beslutning til de bilaterale forhandlinger mellem de kortudstedende banker og de indløsende banker skal det understreges, at Kommissionen i 460. betragtning til den anfægtede beslutning ganske vist henviste til sådanne forhandlinger, men at det nærmere bestemt var med henblik på at fremhæve, at i et MasterCard-system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, løber indløserne, der accepterer interbankgebyrer på et bilateralt grundlag, risikoen for ikke at forblive konkurrencedygtige på markedet for indløsning, og at hvis de multilaterale interbankgebyrer ikke fandtes, ville det dermed på sigt kunne forventes, at interbankgebyrer ikke længere ville blive opkrævet i forbindelse med afviklingen af transaktionerne.

134 Det må fastslås, at en sådan undersøgelse ikke ses at være åbenbart fejlagtig. Det kan med rimelighed antages, at de multilaterale interbankgebyrer, idet de medfører gennemsigtighed mellem de indløsende banker for så vidt angår det størrelsen af de interbankgebyrer, der anvendes på transaktionerne, gør det lettere at overvælte alle gebyrerne på de erhvervsdrivende eller i det mindste en væsentlig del af disse, da de indløsende banker har sikret sig, at den forhøjelse, der er påført MSC-gebyrerne, ikke vil påvirke på deres konkurrencemæssige stilling. Det kan imidlertid med rette antages, at en sådan sikring ikke findes i et system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, og at den omstændighed, at et interbankgebyr, der er accepteret på et bilateralt grundlag, overvæltes på de erhvervsdrivende, dermed risikerer at påvirke den pågældende indløsende banks konkurrencemæssige stilling.

135 I forbindelse med det andet klagepunkt har sagsøgerne og flere af intervenienterne kritiseret Kommissionen for ikke at have godtgjort, at afskaffelsen af de multilaterale interbankgebyrer øger den grad af konkurrence, der er mellem indløserne. Dette klagepunkt kan opdeles i fire kritikpunkter.

136 Det er for det første anført, at Kommissionen med urette har taget hensyn til intersystemkonkurrencen, selv om denne ikke har betydning for undersøgelsen af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen mellem indløserne. Det er ligeledes gjort gældende, at for så vidt som Kommissionen udtrykkeligt har støttet sig på en konkurrencebegrænsende virkning, skal betragtningerne til den anfægtede beslutning vedrørende formålet med de multilaterale interbankgebyrer og deres kvalificering af »anbefalet mindstepris« ikke tages i betragtning.

137 Det må for det første fastslås, at den omstændighed, som Kommissionen har fremhævet i 461.-498. betragtning til den anfægtede beslutning, at konkurrencen mellem MasterCard-systemet og de øvrige bankkortsystemer for bankernes kunder førte til, at størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer blev presset i vejret, udgør et afgørende element i den økonomiske sammenhæng som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 127 ovenfor. Kommissionen har dermed med rette kunnet tage hensyn til den i sin undersøgelse af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen.

138 For det andet bemærkes, at Kommissionen i 401.-407. betragtning til den anfægtede beslutning fremhævede, at de multilaterale interbankgebyrer »sandsynligvis ifølge deres natur [havde] potentiale til at fastsætte priserne« (405. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen har ligeledes med rette tilbagevist sagsøgernes argumenter om forfølgelsen af de multilaterale interbankgebyrers lovlige formål eller den manglende hensigt om at begrænse konkurrencen. Kommissionen besluttede imidlertid i 407. betragtning til den anfægtede beslutning ikke at »træffe endelig beslutning om, hvorvidt [betalingsorganisationen] MasterCards multilaterale interbankgebyrer udgjorde et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, [EF]« med den begrundelse, at det var klart fastlagt, at »[betalingsorganisationen] MasterCards multilaterale interbankgebyrer havde til følge at begrænse eller mærkbart fordreje konkurrencen til skade for de erhvervsdrivende på markederne for indløsning«.

139 Det konkurrencebegrænsende formål og den konkurrencebegrænsende virkning for en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er ikke kumulative betingelser, men derimod alternative ved bedømmelsen af, om en sådan vedtagelse falder ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF. Det alternative forhold i denne betingelse – hvilket ses af bindeordet »eller« – medfører, at det er nødvendigt først og fremmest at tage vedtagelsens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Hvis en analyse af indholdet af vedtagelsen imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet. Det er ikke nødvendigt at undersøge virkningen af en vedtagelse, hvis det allerede er godtgjort, at den har et konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning dom af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 9291, præmis 55).

140 Det er i denne forbindelse nyttigt at understrege, at artikel 81, stk. 1, litra a), EF udtrykkeligt foreskriver, at foranstaltninger, som består i direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser, udgør konkurrencebegrænsninger, og ifølge retspraksis er formålet med artikel 81, stk. 1, litra a), EF at forbyde virksomhederne at fordreje den normale prisdannelse på markedet (Rettens dom af 10.3.1992, sag T-13/89, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1021, præmis 311).

141 For så vidt som Kommissionen ikke udtrykkeligt har støttet sig på den omstændighed, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, skal det i overensstemmelse med den ovenfor i præmis 98 nævnte retspraksis imidlertid undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor de nævnte multilaterale interbankgebyrer ikke fandtes, med henblik på at fastslå, om de multilaterale interbankgebyrer har en konkurrencebegrænsende virkning.

142 Sagsøgerne har for det andet i det væsentlige gjort gældende, at den omstændighed, at de multilaterale interbankgebyrer har en indvirkning på størrelsen af MSC-gebyrerne, imidlertid ikke påvirker konkurrencen mellem indløserne, fordi de anvendes ensartet over for alle indløserne og optræder som fællesudgifter. Forbuddet mod »efterfølgende« takstfastsættelse indebærer således, at der pålægges et multilateralt interbankgebyr til en nulsats, der ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt svarer til og er lige så gennemsigtigt som det nuværende multilaterale interbankgebyr, idet denne eneste forskel er i dets størrelse.

143 En sådan argumentation kan ikke tiltrædes. I det omfang det må lægges til grund, at de multilaterale interbankgebyrer fastsætter en grænse for MSC-gebyrerne, og for så vidt som Kommissionen med rette har kunnet antage, at et MasterCard-system, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, forbliver økonomisk levedygtigt, følger det nødvendigvis heraf, at de har konkurrencebegrænsende virkninger. I sammenligning med et marked for indløsning, der fungerer uden de multilaterale interbankgebyrer, begrænser de multilaterale interbankgebyrer således det pres, som de erhvervsdrivende kan udøve over for de indløsende banker i forbindelse med forhandlingen af MSC-gebyrerne, ved at begrænse mulighederne for, at priserne kommer under en vis grænse.

144 For det tredje har en intervenient understreget, at Kommissionen ikke har godtgjort, at de multilaterale interbankgebyrer fastsatte en grænse for MSC-gebyrerne, da de multilaterale interbankgebyrer ikke nødvendigvis fuldstændigt overvæltes på de erhvervsdrivende.

145 Inden det vurderes, hvorvidt denne argumentation er begrundet, er det hensigtsmæssigt indledningsvis at besvare sagsøgernes klagepunkter, der formelt er blevet fremført i forbindelse med deres fjerde anbringendes andet led, der kritiserer forskellige beviser, som Kommissionen har anvendt i forbindelse med sin undersøgelse.

146 Sagsøgerne har for det første bestridt henvisningen i 438. betragtning til den anfægtede beslutning til erklæringer fra et olieselskab, en supermarkedskæde i Det Forenede Kongeriget, et flyselskab og en møbelforretning, om, at de multilaterale interbankgebyrer udgør en begrænsning for udøvelsen af det konkurrencemæssige pres, der kan lægges på de indløsende banker. Sagsøgerne er af den opfattelse, at Kommissionen selektivt kun har baseret sig på de erklæringer fra erhvervsdrivende, der bekræfter dens undersøgelse, og har udeladt de vigtige erklæringer, der går i den modsatte retning, og som er nævnt i den supplerende klagepunktsmeddelelse.

147 Det fremgår ganske vist af de erklæringer, der er nævnt i den supplerende klagepunktsmeddelelse, at indløserne konkurrerer med hensyn til de erhvervsdrivendes kunder. Der foreligger imidlertid ingen modstrid med de erklæringer, der er fremhævet i 348. betragtning til den anfægtede beslutning, eller mere generelt med Kommissionens argumentation. Den omstændighed, at der konkurreres med hensyn til MSC-gebyrernes pris indtil en grænse, der skyldes eksistensen af de multilaterale interbankgebyrer, er således på ingen måde til hinder for Kommissionens konklusion, hvorefter disse gebyrer er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF.

148 Sagsøgerne har for det andet anført, at handelsmarkedsundersøgelsen udgør et mangelfuldt bevis, der ikke kan begrunde Kommissionens konklusioner.

149 Det skal understreges, at handelsmarkedsundersøgelsen hovedsageligt er blevet anvendt af Kommissionen for at begrunde tre konklusioner. Som det er fremhævet i præmis 146 og 147 ovenfor, har Kommissionen indledningsvis baseret sig på erklæringer fra de erhvervsdrivende, som blev adspurgt i forbindelse med denne undersøgelse for at godtgøre, at de multilaterale interbankgebyrer udgør en begrænsning for udøvelsen af det konkurrencemæssige pres, der kan lægges på de indløsende banker.

150 Kommissionen har herefter udledt af denne undersøgelse, at de erhvervsdrivende ikke var i stand til at lægge et tilstrækkeligt pres for så vidt angår størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer, fordi et vigtigt element ved de erhvervsdrivendes accept af kortbetaling var den tiltrækningsevne, som kortbetalingen udgør for forbrugerne, og en afvisning af denne betalingsmåde eller en forskelsbehandling i den henseende dermed kunne have negative virkninger på kunderne. Kommissionen anvendte bl.a. denne sidste konklusion ved afgrænsningen af produktmarkedet (289. og 290. betragtning til den anfægtede beslutning), ved påvisningen af de multilaterale interbankgebyrers konkurrencebegrænsende virkninger (506. og 513. betragtning til den anfægtede beslutning) og for at afvise rigtigheden af, at den økonomiske teori, som sagsøgerne har fremført for at begrunde bidraget fra de multilaterale interbankgebyrer til den tekniske og økonomiske udvikling som omhandlet i artikel 81, stk. 3, EF, er begrundet (704. betragtning til den anfægtede beslutning).

151 Endelig har Kommissionen for fuldstændighedens skyld i forbindelse med undersøgelsen af, om den anden betingelse i artikel 81, stk. 3, EF er overholdt ved fremgangsmåderne for fastsættelse af de multilaterale interbankgebyrer, ligeledes henvist til handelsmarkedsundersøgelsen for i det væsentlige at gøre gældende, at det var tvivlsomt, om de erhvervsdrivende kunne udnytte den gratis periode for finansiering af køb, der er omfattet af kreditkortene og betalingskortene med forskudt debitering (742. betragtning til den anfægtede beslutning).

152 Sagsøgerne har i den supplerende klagepunktsmeddelelse kritiseret den metode, som Kommissionen har anvendt til at gennemføre handelsmarkedsundersøgelsen, og de konklusioner, den har draget deraf. Sagsøgerne har desuden fremlagt to undersøgelser vedrørende de erhvervsdrivendes accept af betalingskort. Kommissionen har svaret på sagsøgernes bemærkninger og redegjort for sin kritik over for de af sagsøgerne fremlagte undersøgelser i henholdsvis bilag 2 og 3 til den anfægtede beslutning. Kommissionens undersøgelse er bestridt summarisk i stævningen, der, hvad dette punkt angår, henviser til bilag A.15 til stævningen (»De erhvervsdrivendes accept af betalingskort – en gendrivelse af Kommissionens kritik«).

153 Sagsøgernes kritik forekommer at vedrøre både handelsmarkedsundersøgelsens pålidelighed, og hvorvidt Kommissionens konklusioner herom er berettigede.

154 For at bedømme, om et bevis er pålideligt, skal der bl.a. tages hensyn til omstændighederne ved dets udarbejdelse, modtageren af dokumentet og dets indhold (jf. i denne retning Rettens dom af 27.9.2006, forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3567, præmis 121 og den deri nævnte retspraksis).

155 Det må konstateres, at der ikke ved en gennemlæsning kan udledes nogen oplysninger af hverken bilag 2 og 3 til den anfægtede beslutning eller bilag A.15 til stævningen, der kan rejse tvivl om handelsmarkedsundersøgelsens pålidelighed.

156 Den omstændighed, at Kommissionen især gennem anmodninger om oplysninger i medfør af artikel 18 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EUT 2003 L 1, s. 1) således har afsløret sin identitet over for de adspurgte erhvervsdrivende, kan ikke anses for at rejse tvivl om de modtagne svars objektivitet. Hvad angår kritikken om, at de erhvervsdrivende er betydeligt overrepræsenteret i den stikprøve, som Kommissionen har valgt, er det tilstrækkeligt at understrege, at den omstændighed, at Kommissionen har valgt at koncentrere sig om de erhvervsdrivende, der er bedst i stand til at lægge pres på størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer, forekommer ikke at følge af et åbenbart forkert ræsonnement fra Kommissionens side, henset til den foreliggende sags omstændigheder.

157 Hvad angår berettigelsen af Kommissionens konklusioner om handelsmarkedsundersøgelsen er det eneste afgørende på dette trin – ud over det, som allerede er anført i præmis 146 og 147 ovenfor – den kritik, der er blevet fremført over for konstateringen af, at de erhvervsdrivende ikke kan lægge et tilstrækkeligt pres på de multilaterale interbankgebyrer. Det må fastslås, at Kommissionen med rimelighed kunne nå til denne konklusion på baggrund af de erhvervsdrivendes svar på dens anmodninger om oplysninger. Det fremgår således af punkt 22 i bilag 2 til den anfægtede beslutning, at det altovervejende flertal (91%) af de erhvervsdrivende har fremhævet, at de aldrig har givet afkald på at acceptere et kort som betalingsmiddel. De erhvervsdrivende har ligeledes anført, at de vigtigste grunde til, at de har accepteret kortene, ikke var forbundet med fordelene ved transaktionerne, eftersom de fleste af kunderne var i besiddelse af et særligt kort (90%), og behovet for at opretholde et image som et selskab, der lægger vægt på kunderne (67%).

158 Som sagsøgerne i det væsentlige har gjort gældende, kan det ganske vist ikke benægtes, at risikoen for, at de erhvervsdrivende afviser eller afskaffer anvendelsen af kortene, kan udgøre et pres på sagsøgerne under fastsættelsen af størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer. Kommissionen kunne imidlertid uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn betragte presset som utilstrækkeligt, for så vidt som det kun vil indtræde ved en overskridelse af erhvervsdrivendes maksimale tolerancegrænse, når de med transaktionen forbundne omkostninger bliver større end de negative virkninger af et afslag på at acceptere dette betalingsmiddel eller af en forskelsbehandling af deres kunder i den henseende. Dette er i det væsentlige, hvad sagsøgerne selv har erkendt, idet de har anført, at de i forbindelse med den fremgangsmåde, der er anvendt til at beregne størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer for kredit- og hævekortene, »forsøger at besvare spørgsmålet: »I hvilket omfang kan vi presse [de multilaterale interbankgebyrer] uden at blive stillet over for større problemer med accept, hvilket

siger til de erhvervsdrivende, at de ikke længere vil have dette produkt, eller hvilket tilskynder dem til at afholde kunderne fra anvende kortet enten ved at opkræve et tillæg eller ved at tilbyde en rabat ved betaling med kontanter« (175. betragtning til den anfægtede beslutning).

159 Hvad for det andet angår den argumentation, der er fremsat af en intervenient, om, at Kommissionen med urette har antaget, at de multilaterale interbankgebyrer fastsatte en minimumspris for MSC-gebyrer, selv om flere forhold modsiger denne konklusion, må påstanden om, at der ikke foreligger en nedsættelse – konstateret efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning – af størrelsen af MSC-gebyrerne eller detailpriserne, indledningsvis forkastes, idet denne påstand er baseret på en beskrivelse af de faktiske omstændigheder, der ligger efter denne vedtagelse, der dermed ikke kan have nogen indvirkning på lovligheden af den vedtagne retsakt.

160 Intervenienten har for det det første henvist bl.a. til den omstændighed, at banken i forbindelse med »on-us«-transaktioner kan undlade at overvælte interbankgebyrerne på den erhvervsdrivende. Dernæst har intervenienten understreget, at det fremgår af de eksempler, der er anvendt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, at de multilaterale interbankgebyrer ikke altid overvæltes på de erhvervsdrivende. Endelig har intervenienten anført, at i Spanien viser en sammenligning over flere år, at størrelsen af MSC-gebyrerne gennemsnitligt er lavere end de multilaterale interbankgebyrer.

161 Hvad for det første angår henvisning til »on-us«-transaktioner (interne transaktioner) skal det bemærkes, at det drejer sig om omstændigheder, under hvilke en bank indløser de transaktioner, der er foretaget med kreditkort, som banken har udstedt. Det er korrekt, at banken i så fald ikke er skyldig beløbet for interbankgebyret til en anden bank, og at det dermed i princippet gør det lettere for banken at undlade at overvælte det på MSC-gebyrerne. Henset til det store antal finansieringsinstitutter, der deltager i MasterCard-systemet, skal det understreges, at sådanne »on-us«-transaktioner imidlertid kun kan udgøre en vanskeligt forudsigelig del af de samlede transaktioner, der er foretaget hos en erhvervsdrivende. Det er derfor tvivlsomt, om »on-us«-transaktionerne reelt kan have en indvirkning på størrelsen af de MSC-gebyrer, der opkræves i et system af MasterCard-systemets størrelse.

162 Hvad dernæst angår de forhold, som Kommissionen har baseret sig på i den anfægtede beslutning i forbindelse med sin anden kvantitative undersøgelse, der er sammenfattet i 432.-436. betragtning til den anfægtede beslutning, skal det anføres, at der er foretaget en sammenligning af den del af de multilaterale interbankgebyrer i MSC-gebyrerne, som 17 indløsere har opkrævet af deres mindste og deres største erhvervsdrivende. Det fremgår, at ud af et samlet antal indløsere på 17, opkrævede 12 indløsere – selv af deres største erhvervsdrivende – MSC-gebyrer, der var højere end de multilaterale interbankgebyrer. Hvad angår de mindre erhvervsdrivende var MSC-gebyrerne altid højere end de multilaterale interbankgebyrer. Det er ligeledes blevet bemærket, at den gennemsnitlige del af de multilaterale interbankgebyrer i MSC-gebyrerne var 84,27% for de største erhvervsdrivende og 45,97% for de mindre erhvervsdrivende.

163 Ved læsningen af denne undersøgelse fremgår det, at Kommissionen med rette kunne fastslå i 435. betragtning til den anfægtede beslutning, at »[betalingsorganisationen] MasterCards multilaterale interbankgebyrer fastsatte en lavere grænse for de omkostninger, der afkræves både af de små og store erhvervsdrivende«. Denne konklusions berettigelse styrkes desuden af de vidneerklæringer fra erhvervsdrivende, der er nævnt i præmis 146 ovenfor.

164 De eksempler på MSC-gebyrerne, der er lavere end de multilaterale interbankgebyrer, modsiger ikke denne konklusions berettigelse. Således som Kommissionen med rette har understreget i 450. betragtning til den anfægtede beslutning, forhindrer den omstændighed, at en indløsende bank er parat til at »absorbere« en del af de multilaterale interbankgebyrer, ikke, at disse påvirker størrelsen af MSC-gebyrerne. Dette gælder for det første kun den del af de erhvervsdrivende, der har en særlig vigtig forhandlingsposition. For det andet kan det med rette antages – selv for så vidt angår disse

erhvervsdrivende – at den opkrævede pris ville være endnu lavere, såfremt der ikke fandtes multilaterale interbankgebyrer, idet de indløsende banker i så fald ville være i stand til at tilbyde større nedsættelser.

165 Hvad endelig angår argumentet om situationen i Spanien skal det fastslås, at det faktisk fremgår af de dokumenter, som intervenienten har fremlagt som bilag til interventionsindlægget, at de opkrævede MSC-gebyrerne størrelsesmæssigt svarede til de multilaterale interbankgebyrer eller endog et lavere beløb. Et sådan argument kan imidlertid ikke i sig selv godtgøre, at Kommissionen konklusion var fejlagtig med hensyn til de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på MSC-gebyrerne. For så vidt som de omstændigheder, der er nævnt i præmis 162 og 163 ovenfor, synes at godtgøre, at de multilaterale interbankgebyrer i andre medlemsstater i Den Europæiske Union således fastsætter et minimumsniveau for MSC-gebyrer, forekommer Kommissionens argumentation i 452. og 453. til den anfægtede beslutning, hvorefter situationen i Spanien skyldes nationale forhold, dermed ikke åbenbart forkert. Selv ved et sådant forløb kan det desuden med rimelighed forventes, at de indløsende banker ville være i stand til at tilbyde MSC-gebyrer på et lavere beløb, såfremt der ikke fandtes multilaterale interbankgebyrer.

166 For det fjerde skal sagsøgernes argumentation om, at de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på de priser, der betales af den endelige forbruger, ikke er blevet klart godtgjort af Kommissionen, endelig ligeledes forkastes. Det kan for det første med rimelighed konkluderes, at forhøjelsen af MSC-gebyrerne i det mindste delvis overvæltes af de erhvervsdrivende på den endelige forbruger. En sådan argumentation er for det andet og under alle omstændigheder uden betydning, idet den omstændighed, at de multilaterale interbankgebyrer kan begrænse det konkurrencemæssige pres, som de erhvervsdrivende kan udøve på indløserne, i sig selv er nok til at fastslå, at der foreligger konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

167 På baggrund af alt det ovenstående skal det andet klagepunkt ligeledes forkastes.

Klagepunkterne om undersøgelsen af produktmarkedet

168 Sagsøgerne og flere af intervenienterne har i det væsentlige kritiseret Kommissionen for ikke at have taget hensyn til produktmarkedets dobbeltsidede karakter i sin argumentation og har bestridt Kommissionens definition af produktmarkedet.

169 Hvad for det første angår kritikken af Kommissionens definition af produktmarkedet bemærkes for det første, at det fremgår af fast retspraksis, at Unionens retsinstanser kan kun foretage en begrænset prøvelse af afgrænsningen af det relevante marked, i den udstrækning denne afgrænsning indebærer komplekse økonomiske vurderinger fra Kommissionens side (jf. i denne retning Rettens dom af 30.3.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 64, og af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 26).

170 For det andet skal det fremhæves, at det marked, der skal tages i betragtning, omfatter alle de varer, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som andre varer kun i ringe omfang kan substituere (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37). Domstolen har nærmere bestemt fastslået, at begrebet produktmarked nemlig indebærer, at der kan være effektiv konkurrence mellem de varer, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed mellem disse varer, der indgår i samme marked (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 28).

171 Det skal ligeledes fremhæves, at definitionen af det relevante marked ikke har samme betydning ved anvendelsen af artikel 81 EF som ved anvendelsen af artikel 82 EF. Ved anvendelsen af artikel 82 EF er det nødvendigt at foretage en fyldestgørende afgrænsning af det relevante marked for at kunne bedømme den adfærd, der hævdes at være konkurrencebegrænsende, eftersom det for konstateringen af, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, er nødvendigt først at fastslå, om der overhovedet

foreligger en dominerende stilling på et bestemt marked, hvilket igen forudsætter, at der er foretaget en afgrænsning af dette marked. Ved anvendelsen af artikel 81 EF er det nødvendigt at foretage denne afgrænsning af det pågældende marked for at kunne afgøre, om aftalen, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder eller den pågældende samordnede praksis kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Dette er begrundelsen for, at man ved anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF ikke kan betragte klagepunkterne vedrørende den af Kommissionen anvendte afgrænsning isoleret fra klagepunkterne vedrørende påvirkningen af handelen mellem medlemsstater og begrænsningen af konkurrencen. Det er ligeledes blevet fastslået, at det forhold, at afgrænsningen af det relevante marked er anfægtet, er uden betydning, såfremt Kommissionen med rette har fastslået på grundlag af dokumenter, der nævnes i den anfægtede beslutning, at den pågældende aftale fordrejede konkurrencen og mærkbart kunne påvirke handelen mellem medlemsstater (Rettens dom af 11.12.2003, sag T-61/99, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, Sml. II, s. 5349, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis).

172 Som det er nævnt i præmis 21-23 ovenfor, konkluderede Kommissionen, at bankkortsystemerne med fire parter intervenerer på tre adskilte markeder, nemlig intersystemmarkedet, markedet for udstedelse og markedet for indløsning, og har taget udgangspunkt i de multilaterale interbankgebyrers begrænsende virkninger på markedet for indløsning.

173 Det må konstateres, at en sådan definition ikke er åbenbart fejlagtig, og at sagsøgernes og intervenienternes indsigelser ikke forekommer overbevisende.

174 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt har konstateret, at der er et selvstændigt marked for indløsning, idet bankkortsystemet med fire parter udbyder en samlet tjenesteydelse efter en fælles anmodning fra kortindehaverne og de erhvervsdrivende.

175 En sådan argumentation skal forkastes, idet Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den i 260.-265. betragtning til den anfægtede beslutning fastslog, at der ikke findes en samlet tjenesteydelse, der udbydes på grundlag af en fælles anmodning fra de erhvervsdrivende og kortindehaverne.

176 Det er ganske vist korrekt, at der findes flere påvirkninger mellem leddene »erhvervelse« og »udstedelse«, såsom den supplerende karakter af tjenesteydelser for udstedelse og tjenesteydelser for indløsning og tilstedeværelsen af indirekte netværkseffekter, idet betydningen af de erhvervsdrivendes accept af betalingskort og antallet kort i omløb påvirker hinanden.

177 Det skal imidlertid understreges, at trods denne komplementaritet kan der for det første skelnes mellem de tjenesteydelser, der er leveret til kortindehaverne, og de tjenesteydelser, der er leveret til de erhvervsdrivende, og for det andet udøver kortindehaverne og de erhvervsdrivende særskilt konkurrencemæssig pres på henholdsvis de kortudstedende banker og de indløsende banker.

178 Denne konklusion anfægtes ikke af den omstændighed, som flere intervenienter har gjort gældende, at de kortudstedende banker leverer tjenesteydelser til de erhvervsdrivende, såsom betalingsgaranti i tilfælde af svig, manglende betaling eller insolvens. Hvis sådanne tjenesteydelser faktisk leveres af de kortudstedende banker, er det således gennem de indløsende banker. De erhvervsdrivende udøver med andre ord ikke et direkte konkurrencemæssigt pres på de kortudstedende banker for leveringen af disse tjenester.

179 En intervenient har ligeledes kritiseret Kommissionen for ikke i sin undersøgelse af de multilaterale interbankgebyrers konkurrencebegrænsende virkninger at have taget hensyn til de andre betalingsmåder, enten i forbindelse med et samlet marked for bankkortsystemerne eller under alle omstændigheder som udøvende et konkurrencemæssigt pres.

180 Denne argumentation skal ligeledes afvises. De andre betalingsmetoders konkurrencemæssige pres påvirker ganske vist størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer, idet det hverken er i sagsøgernes eller i bankernes interesse, at de fastsættes på et sådant niveau, at de erhvervsdrivende kommer til at

foretrække andre betalingsmetoder. Som det er understreget i præmis 157 og 158 ovenfor, har Kommissionen uden herved at anlægge et åbenbart urigtigt skøn imidlertid kunnet antage i 504. og 506. betragtning til den anfægtede beslutning, at virkningen af dette pres var utilstrækkelig i forhold til forbrugernes præferencer med hensyn til kortbetaling og risikoen for tab af transaktioner, som en forskelsbehandling til fordel for andre betalingsmetoder kunne indebære.

181 Hvad for det andet angår kritikken af den manglende hensyntagen til markedets dobbeltsidede karakter skal det understreges, at sagsøgerne i denne forbindelse har fremhævet de økonomiske fordele, der følger af de multilaterale interbankgebyrer. Sagsøgerne har således i det væsentlige understreget, at de kan optimere MasterCard-systemet ved at finansiere omkostningerne til fremme af kortindehavernes accept af betalingskort og anvendelsen af disse. Sagsøgerne har heraf udledt, at det for det første ikke er i bankernes interesse at fastsætte de multilaterale interbankgebyrer uforholdsmæssigt højt, og for det andet drager de erhvervsdrivende fordel af de multilaterale interbankgebyrer. Sagsøgerne har ligeledes kritiseret Kommissionen for at have set bort fra indvirkningen af sin beslutning på kortindehaverne, fordi den udelukkende har fokuseret på de erhvervsdrivende. Flere af intervenienterne har i denne forbindelse tilføjet, at i et system uden de multilaterale interbankgebyrer ville de være tvunget til at begrænse fordelene for kortindehaverne, endog nedsætte deres aktivitet.

182 Denne kritik er uden relevans i relation til et anbringende om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, idet kritikken forudsætter en afvejning af de multilaterale interbankgebyrers konkurrencebegrænsende virkninger, som Kommissionen gyldigt har fastslået foreligger, i forhold til de eventuelle økonomiske fordele, der kunne følge deraf. Det er imidlertid kun i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, at der kan ske en afvejning af en begrænsnings konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter (jf. i denne retning dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis).

Klagepunktet vedrørende undersøgelsen af de økonomiske beviser, der er fremlagt under den administrative procedure

183 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har undladt at undersøge eller besvare de økonomiske beviser, som sagsøgerne har fremlagt under den administrative procedure. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, skal denne kritik, der er fremsat i sagsøgernes stævning, antages til realitetsbehandling. Det samme gælder de beviser, der er vedlagt som bilag til stævningen, for så vidt som de vedrører de faktiske omstændigheder, og dette er i modsætning til Kommissionens argumenter, der er vedlagt svarskriftet som bilag, og som ikke er nævnt i dette svarskrift.

184 Det følger af den retspraksis, der er nævnt i præmis 68-70 ovenfor, at såfremt stævningens tekst kan underbygges og suppleres på konkrete punkter ved henvisning til bestemte vendinger i de vedlagte dokumenter, kan en generel henvisning til andre akter, selv om de er bilagt stævningen, ikke afhjælpe, at der i denne ikke er henvist til væsentlige forhold.

185 Det må konstateres, at sagsøgernes klagepunkt forekommer at være affattet på en særdeles kortfattet måde i stævningen, og at den argumentation, der støtter klagepunktet, reelt findes i bilag A.13 (»Bemærkninger til de økonomiske aspekter ved Kommissionen beslutning om [betalingsorganisationen] MasterCards interbankgebyrer for grænseoverskridende transaktioner, meddelt den 19. december 2007«), A.14 (»Bemærkninger til bilag 4 til Kommissionens beslutning«) og A.15 (»De erhvervsdrivendes accept af betalingskort – en gendrivelse af Kommissionens kritik«), der er udarbejdet af forskellige eksperter, og som ligger til grund for de økonomiske beviser, der er fremlagt under den administrative procedure, og som sagsøgerne generelt henviser til.

186 Sagsøgerne har således i punkt 52-54 i stævningen blot anført, at de har fremlagt væsentlige økonomiske beviser under den administrative procedure, som Kommissionen ikke har fulgt eller fordrejet, og at »konklusionerne fra [deres] økonomer« understøtter deres retlige vurdering, hvorefter Kommissionens »bl.a. med urette konkluderede, at interbankgebyret [var] en konkurrencebegrænsning, fokuserede på

interbankgebyrets virkning (eller dets niveauforskelle) på MSC-gebyrerne uden at undersøge virkningen på kortindehavernes omkostninger, idet den bestred fremgangsmåden [med at] fastsætte et niveau for interbankgebyret, der maksimerer transaktionernes størrelse, og så bort fra, at dette fremmer forbrugernes velfærd«.

187 Det må derfor fastslås, at selv om stævningen fremfører indholdet af sagsøgernes klagepunkt, indeholder den ikke argumentationen, der kan støtte det.

188 Det er således med rette, at Kommissionen har gjort gældende, at selve stævningen ikke indeholder tilstrækkeligt præcise oplysninger til, at Retten kan udøve sin prøvelsesret, og at Kommissionen kan forberede sit forsvar.

189 Heraf følger for det første, at det ikke tilkommer Retten at søge blandt bilag A.13-A.15 efter, hvad der kan udgøre sagsøgernes argumentation til støtte for dette klagepunkt, og for det andet, at dette klagepunkt skal afvises i henhold til procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), idet det ikke indeholder de nødvendige oplysninger, der gør det muligt for Retten at udføre sin prøvelsesret og for Kommissionen at sikre sit forsvar.

190 Det skal desuden understreges, at det foreliggende klagepunkt, for så vidt som Kommissionen herved foreholdes ikke at have taget hensyn til de økonomiske argumenter, der godtgør de fordele, der følger af de multilaterale interbankgebyrer, for MasterCard-systemet, kortindehaverne eller forbrugerne i almindelighed, er uden relevans i relation til en påstand om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF. Sådanne betragtninger kan, selv om det antages, at de er tilstrækkeligt underbyggede, således under alle omstændigheder kun tages i betragtning i forbindelse med prøvelsen af Kommissionens undersøgelse af de multilaterale interbankgebyrer i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

Klagepunktet vedrørende den anfægtede beslutnings begrundelse

191 Flere intervenienter har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en begrundelsesmangel, idet Kommissionen ikke deri har begrundet, at den ændrede opfattelse i forhold til den tidligere beslutning vedrørende de multilaterale interbankgebyrers indvirkning, nemlig beslutningen af 24. juli 2002 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] (comp/29 373 – Visa international) (herefter »Visa-beslutning II«). De har anført, at Kommissionen i denne beslutning anerkendte, at de multilaterale interbankgebyrer dels udgør et vederlag, som betales mellem banker, der er tvunget til at handle med hinanden om afvikling af betalingskorttransaktioner, og som derfor ikke selv kan vælge samarbejdspartner, dels at udstederen leverer tjenester, der udnyttes af erhvervsdrivende gennem indløseren. I den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid anerkendt behovet for en standardfremgangsmåde under henvisning til forbuddet mod »efterfølgende« takstfastsættelse, men har skabt en formodning mod ethvert multilateralt interbankgebyr.

192 Det er under alle omstændigheder tilstrækkeligt at påpege, at dette klagepunkt hviler på en fejlagtig forudsætning, uden at det herved er nødvendigt at undersøge, om det kan realitetsbehandles. Selv om Kommissionen i Visa-beslutning II fandt, at Visas multilaterale interbankgebyrer kunne fritages i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, var det først efter, at den havde konkluderet, at de bl.a. begrænsede konkurrencen mellem indløserne (68. betragtning til Visa-beslutning II). Kommissionen fastslog ligeledes, at de multilaterale interbankgebyrer ikke var objektivt nødvendige for, at Visa-systemet kunne fungere (58.-60. betragtning til Visa-beslutning II). Dette er i det væsentlige en tilsvarende analyse som den, Kommissionen foretog i den anfægtede beslutning vedrørende undersøgelse af MasterCards multilaterale interbankgebyrer i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Det foreliggende klagepunkt er således baseret på en sammenligning af betragtninger, der ikke har samme genstand, nemlig undersøgelsen dels af de konkurrencebegrænsende virkninger af sagsøgernes multilaterale interbankgebyrer i henhold til artikel 81, stk. 1, EF i forbindelse med den anfægtede beslutning, dels af overholdelsen af betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF i forbindelse med Visa-beslutning II.

193 Dette klagepunkt og følgelig anbringendet som helhed må derfor forkastes.

2. Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 81, stk. 3, EF

194 Dette anbringende er fremført af sagsøgerne således, at det omfatter to led. Med det første led har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for at have pålagt dem en for tung bevisbyrde for så vidt angår påvisning af, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF er overholdt. Med det andet led har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionens undersøgelse af disse betingelser er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

195 Hvad angår anbringendes første led har sagsøgerne i det væsentlige anført, at Kommissionen burde have undersøgt de fremførte argumenter og beviser alene på baggrund af en afvejning af sandsynlighederne. De argumenter, som sagsøgerne har fremført under den administrative procedure, burde således have foranlediget Kommissionen til – idet den ikke er fremført nogen anden forklaring eller begrundelse – at konkludere, at sagsøgerne havde godtgjort, at de multilaterale interbankgebyrer opfyldte betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF. Sagsøgerne har ligeledes anført, at princippet om in dubio pro reo finder anvendelse, og Kommissionen dermed i tvivlstilfælde burde træffe afgørelse til fordel for dem. Endelig har visse intervenienter i det væsentlige gjort gældende, at den anfægtede beslutning medfører, at sagsøgerne er blevet pålagt at begrunde, at de multilaterale interbankgebyrer er fastsat til et bestemt niveau, snarere end at godtgøre, at den metode, der anvendes til at fastsætte dem, er rimelig, hvilket udgør en meget tung bevisbyrde.

196 Således som det er anført i artikel 2 i forordning nr. 1/2003, påhviler bevisbyrden for, at betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt, de virksomheder og virksomhedssammenslutninger, der påberåber sig denne bestemmelse. Den, der påberåber sig artikel 81, stk. 3, EF, skal følgelig ved overbevisende argumenter og beviser godtgøre, at disse betingelser er opfyldt (jf. Rettens dom af 27.9.2006, sag T-168/01, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 235 og den deri nævnte retspraksis).

197 Kommissionen skal for sin del foretage en sagligt forsvarlig undersøgelse af disse argumenter og beviser, dvs. tage stilling til, om de godtgør, at betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt. I visse tilfælde kan disse argumenter og beviser medføre en forpligtelse for Kommissionen til at fremkomme med en forklaring eller en begrundelse, i mangel af hvilken det kan antages, at den part, der påberåber sig artikel 81, stk. 3, EF, har løftet bevisbyrden. I sådanne tilfælde skal Kommissionen gendrive disse argumenter og beviser (jf. dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt i præmis 196 ovenfor, præmis 236 og den deri nævnte retspraksis).

198 For så vidt som det ikke er muligt at undersøge abstrakt, om Kommissionen har tilsidesat den retspraksis, som er nævnt ovenfor i præmis 197, skal det foreliggende anbringendes to led behandles samlet.

199 Enhver vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, der begrænser konkurrencen – uanset om det skyldes dens virkning eller dens formål – kan i princippet omfattes af en fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF (jf. i denne retning dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt i præmis 196 ovenfor, præmis 233 og den deri nævnte retspraksis).

200 Anvendelsen af denne bestemmelse kræver, at visse betingelser er opfyldt i nødvendigt og tilstrækkeligt omfang. Det kræves for det første, at vedtagelsen eller kategorien af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, for det andet, at den sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, for det tredje, at der ikke pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, samt at der for det fjerde ikke gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer (jf. i denne retning dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt i præmis 196 ovenfor, præmis 234 og den deri nævnte retspraksis).

201 Det skal bemærkes, at den efterprøvelse, der skal foretages af en retsinstans, der skal træffe afgørelse vedrørende en påstand om annullation af en beslutning om anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF – for så vidt som den står over for komplekse økonomiske vurderinger – med hensyn til sagens realitet er

begrænset til en efterprøvelse af, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, og om de retlige kvalificationer, der er udledt heraf, er korrekte (jf. i denne retning dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt i præmis 196 ovenfor, præmis 241 og den deri nævnte retspraksis).

202 Den skal imidlertid ikke alene efterprøve, om de beviser, der henvises til, er materielt nøjagtige, pålidelige og sammenhængende, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner. Det tilkommer derimod ikke retsinstansen at sætte sit økonomiske skøn i stedet for det, der er anlagt af ophavsmanden til den beslutning, hvis lovlighed den er blevet anmodet om at efterprøve (dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt i præmis 196 ovenfor, præmis 242 og 243).

203 Hvad angår Kommissionens undersøgelse af den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for at fokusere på spørgsmålet om, hvorvidt den tekniske og økonomiske udvikling fulgte specifikt af de multilaterale interbankgebyrer, selv om skal der skal tages hensyn til alle fordelene i MasterCard-systemet. De har anført, at den første betingelse under alle omstændigheder er opfyldt, selv om der skal foretages en selvstændig undersøgelse af de multilaterale interbankgebyrer i forhold til den maksimering af MasterCard-systemets produktion, som de muliggør. Sagsøgerne har i denne henseende kritiseret Kommissionen for ikke at have taget hensyn til de multilaterale interbankgebyrers positive virkninger på markedet for udstedelse og for at have pålagt dem en meget tung bevisbyrde, selv om den anerkender, at de multilaterale interbankgebyrer kan bidrage til at forbedre den tekniske og økonomiske udvikling.

204 Visse intervenienter har fremhævet de direkte og indirekte objektive fordele, der kan tilskrives de multilaterale interbankgebyrer. Hvad angår de direkte fordele nyder de erhvervsdrivende godt af udstederens behandling af transaktionen og er de vigtigste modtagere af betalingsgarantien, som udstederen støtter, og som finansieres af de multilaterale interbankgebyrer. Det skal erindres, at de andre betalingsmåder har ført til høje omkostninger for de erhvervsdrivende, der ligeledes overvæltes på samtlige forbrugere. Hvad angår de indirekte fordele henvises der til den gratis periode for finansiering af køb, der findes i kreditkortene og betalingskortene med forskudt debitering, idet den kan fremme salget og forhøje deres beløb. De forskellige opfattelser i den anfægtede beslutning og Visa-beslutning II er ligeledes blevet fremhævet i denne henseende. Den omstændighed, at der ikke er anført nogen forklaring på disse forskellige opfattelser, udgør en begrundelsesmangel.

205 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet. Visse intervenienter, der er indtrådt til støtte for Kommissionens påstande, har bestridt, at de multilaterale interbankgebyrer kan betragtes som en modydelse for de fordele, som de erhvervsdrivende nyder godt af.

206 Det følger af den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF, at der kan indrømmes fritagelse for aftaler, »som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling«. Det bemærkes i denne forbindelse, at det fremgår af Domstolens og Rettens praksis, at man ikke kan anse enhver fordel, som aftalen medfører for parternes produktions- eller distributionsvirksomhed, for en sådan forbedring. En forbedring skal navnlig indebære mærkbare objektive fordele, som kan opveje de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen (jf. dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, nævnt i præmis 101 ovenfor, præmis 139 og den deri nævnte retspraksis).

207 Indledningsvis må sagsøgernes indsigelse, hvorefter Kommissionen med urette alene skulle have undersøgt de multilaterale interbankgebyrer uden at tage hensyn til MasterCard-systemets bidrag til den tekniske og økonomiske udvikling i dets helhed, selv om den anerkender dette bidrag, forkastes. For så vidt som de multilaterale interbankgebyrer ikke udgør accessoriske begrænsninger i forhold til MasterCard-systemet, er det nemlig med rette, at Kommissionen har undersøgt, om der foreligger mærkbare objektive fordele, der specifikt følger af de multilaterale interbankgebyrer.

Den omstændighed, at Kommissionen i 679. betragtning til den anfægtede beslutning erkender, at betalingskortsystemerne, såsom MasterCard-systemet, udgør en teknisk og økonomisk udvikling, er derfor uden betydning for, hvorvidt de multilaterale interbankgebyrer opfylder den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF.

208 Det fremgår af 674.-677. betragtning til den anfægtede beslutning, hvis materielle rigtighed ikke anfægtes af sagsøgerne, at deres argumentation, således som den er fremført under den administrative procedure, er baseret på de multilaterale interbankgebyrers rolle i balancen mellem leddene »erhvervelse« og »udstedelse« i MasterCard-systemet.

209 Denne argumentation hviler i det væsentlige på postulater om, at de kortudstedende banker og de indløsende banker leverer en fælles tjeneste, der indebærer fællesomkostninger (første postulat), og at de kortudstedende banker dækker den største del af udgifterne til systemet (andet postulat). For at de fortsat kan fremme betalingskortene og levere tjenester, der gør disse kort mere attraktive, er det dermed nødvendigt at foretage en overførsel til deres fordel med hensyn til leddet »erhvervelse« i systemet. Denne overførsel gør det muligt at opnå en balance, hvor MasterCard-systemets produktioner er på sit højeste (tredje postulat). Det er denne maksimering af MasterCard-systemet, der medfører den tekniske og økonomiske udvikling, som systemet repræsenterer. Metoderne til fastsættelse af de multilaterale interbankgebyrer giver mulighed for en optimal fordeling af omkostningerne mellem leddene »erhvervelse« og »udstedelse« i systemet.

210 Hvad angår det første postulat er det tilstrækkeligt, af de samme grunde som dem, der er nævnt i præmis 175-177 ovenfor, at understrege, at trods interaktionen mellem kortudstedelsen og indløsningen af transaktioner anlagde Kommissionen ikke noget åbenbart urigtigt skøn ved i 681. og 682. betragtning til den anfægtede beslutning at afvise kvalificeringen af fællesomkostningerne i forbindelse med en fælles tjeneste, som sagsøgerne har fremført.

211 Hvad angår det andet postulat er det tilstrækkeligt at understrege, således som Kommissionen i det væsentlige bemærkede i 686. betragtning til den anfægtede beslutning, at det er baseret på en ufuldstændig fremstilling af kortudstedelsen og indløsningen, idet det kun tager hensyn til de omkostninger, som afholdes af de kortudstedende banker, og idet det udelader indtægter og andre økonomiske fordele, der hidrører fra kortudstedelsen, uanset deres størrelse, som det er fremhævet i præmis 106-108 ovenfor.

212 Hvad endelig angår det tredje postulat skal det understreges, at Kommissionen ikke nøjedes med at afvise de af sagsøgerne fremlagte beviser med den begrundelse, at de ikke har den nødvendige bevisværdi, men også fremhævede i henholdsvis 702.-708. og 709.-724. betragtning til den anfægtede beslutning, at både MasterCard-systemets funktion og metoderne til fastsættelse af de multilaterale interbankgebyrer i vid udstrækning afviger fra den teoretiske model – Baxter-modellen – hvorpå sagsøgerne har baseret deres argumentation.

213 Hvad angår sammenligningen mellem MasterCard-systemet og Baxter-modellen fremhævede Kommissionen således bl.a. den grundlæggende forskel på begrundelserne for de erhvervsdrivendes accept af betalingskort. Selv om Baxter-modellen i det væsentlige indebærer, at de erhvervsdrivende frit kan acceptere disse kort i forhold til de fordele, som de tjenester, der er tilknyttet dette betalingsmiddel, udgør for dem, er accepten i praksis også foranlediget af den trussel, der er forbundet med forbrugernes efterspørgsel af dette betalingsmiddel, og risikoen for tab af transaktioner i forbindelse med en afvisning eller en forskelsbehandling i den henseende.

214 Hvad angår de metoder, der anvendes til fastsættelse af de multilaterale interbankgebyrer, fremhævede Kommissionen forskellene mellem sagsøgernes praksis og Baxter-modellen.

215 Hvad angår den metode, der anvendes på kreditkort og betalingskort med forskudt debitering (MasterCard Standard Interchange Methodology, 710.-718. betragtning til den anfægtede beslutning), vedrørte Kommissionens væsentlige kritik den mangelfulde undersøgelse af ændringen i

kortindehaverne og de erhvervsdrivendes efterspørgsel på dette betalingsmiddel, selv om der herved er tale om et af de væsentligste elementer i Baxter-modellen. De erhvervsdrivendes efterspørgsel er således blot vurderet i forhold til, hvad der kunne være udgiften ved oprettelsen af et system for butikskort. Kommissionen angav grænserne for en sådan undersøgelse, da samtlige erhvervsdrivende hverken ønsker eller har mulighed for at oprette et system for butikskort. Hvad angår undersøgelsen af kortindehavernes efterspørgsel anførte Kommissionen, at sagsøgerne ikke har målt ændringerne i efterspørgslen, men alene er afhængige af oplysninger fra de kortudstedende banker.

216 Hvad angår den metode, der anvendes på hævekortene (Global MasterCard Debit Interchange Fee Methodology, 719.-724. betragtning til den anfægtede beslutning), understregede Kommissionen – samtidig med, at den erkendte, at metoden ligger tæt på Baxter-modellen, idet den både tager hensyn til omkostningerne i forbindelse med udstedelsen og til omkostningerne i forbindelse med indløsningen – i det væsentlige, at metoden har en for vidtgående opfattelse af omkostningerne i forbindelse med udstedelsen, idet den inddrager de omkostninger, der er forbundet med enhver betalingsmetode, såsom omkostningerne i forbindelse med forvaltning af en konto.

217 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn kunne forkaste den argumentation, som sagsøgerne havde fremført med henblik at begrunde, at de objektive fordele, der kan følge af MasterCard-systemet, skulle kunne tilskrives de multilaterale interbankgebyrer.

218 Det fremgår nærmere bestemt af præmis 210-215 ovenfor, at sagsøgernes opfattelse dels indebærer, at omkostningerne fra de kortudstedende banker overvurderes, dels at de fordele, som de erhvervsdrivende opnår ved dette betalingsmiddel, ikke vurderes i tilstrækkeligt omfang.

219 Denne konklusion afkræftes ikke af sagsøgernes argumentation om, at de har fremført overvældende økonomiske beviser, der godtgør, at deres argumentation er berettiget. Sagsøgerne har i denne forbindelse henvist til relevante afsnit i den supplerende klagepunktsmeddelelse og til de økonomiske beviser, der er vedlagt som bilag, og til bilag A.13 og A.14. De henviser ligeledes til Kommissionens konstatering i 83. betragtning til Visa-beslutning II, hvorefter »jo flere erhvervsdrivende, der er i systemet, jo mere nyttigt er det for kortindehaverne, og omvendt«, der af sagsøgerne er fortolket som udtryk for, at deres argumentation er taget til følge.

220 Som Kommissionen i det væsentlige gjorde gældende i et af bilagene til den anfægtede beslutning, der afviser de økonomiske beviser, som sagsøgerne har fremført (punkt 10 i bilag 4 til den anfægtede beslutning), skal det i denne henseende understreges, at selv om det antages, at det kan udledes af disse beviser, at de multilaterale interbankgebyrer bidrager til at forøge produktionen i MasterCard-systemet, ville det ikke være tilstrækkeligt til at bevise, at de opfylder den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF.

221 Det skal nemlig fastslås, at det er betalingsorganisationen MasterCard og de deltagende banker, der først drager fordel af en forøgelse af produktionen i MasterCard-systemet. Som det fremgår af den i præmis 206 ovenfor nævnte retspraksis, kan man imidlertid ikke i henhold til den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF anse enhver fordel, som aftalen medfører for parternes produktions- eller distributionsvirksomhed, for en sådan forbedring.

222 Hvad angår de erhvervsdrivende bemærkes, at selv om en stigning i antallet af de kort, der er i omløb, kan højne anvendeligheden af MasterCard-systemet for disse erhvervsdrivende, vil det ligeledes føre til, at det pres, de på egen hånd kan udøve med hensyn til størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer, reduceres, og dermed styrkes sagsøgernes markedsposition. Det kan således med rimelighed konkluderes, at jo flere kort, der er i omløb, jo større er risikoen således for negative virkninger for de erhvervsdrivendes kunder ved afslag på at acceptere dette betalingsmiddel eller af en forskelsbehandling i den henseende.

223 Denne argumentation findes i det væsentlige i 729. og 730. betragtning til den anfægtede beslutning. Selv om det således fremgår af 729. betragtning, at »den omstændighed, at interbankgebyrerne i et betalingskortssystem, der er karakteriseret ved indirekte netværkseksternaliteter, i princippet kan bidrage til at optimere netværkets anvendelighed for brugerne«, er det ligeledes understreget i 730. betragtning, at de multilaterale interbankgebyrer kan anvendes af bankerne for at »opnå effektivitetsgevinster eller renter deraf«.

224 Hvad angår henvisningen i 83. betragtning til Visa-beslutning II skal det bemærkes, at selv om Kommissionen deri erkendte, at Visa-systemets anvendelighed for hver brugerkategori var baseret på antallet af brugere, der tilhører en anden kategori, understregede den ligeledes, at det var vanskeligt at fastsætte de gennemsnitlige marginale fordele ved en Visa-kortbetaling for hver enkelt brugerkategori og behovet for at finde frem til en eller anden acceptabel indikator, der imødekom bekymringerne, herunder at de multilaterale interbankgebyrer er blevet fastsat på et »indtægtsmaksimerende« niveau (80. betragtning til Visa-beslutning II). Den omstændighed, at Visas multilaterale interbankgebyrer blev omfattet af en fritagelse, skyldtes ikke alene deres bidrag til forøgelsen af produktionen i systemet, men at de var fastsat under henvisning til tre omkostningskategorier i forbindelse med tjenesteydelser, der kunne siges at være i hvert fald delvist til fordel for de erhvervsdrivende, nemlig omkostningerne til behandling af transaktioner, omkostningerne forbundet med »betalingsgarantien« og omkostningerne forbundet med den gratis finansieringsperiode (84. og 85. betragtning til Visa-beslutning II).

225 Selv om sagsøgerne i en fodnote i stævningen har anført, at »de beviser, som ikke er anfægtet, og som hidtil er fremlagt, viser, at interbankgebyrerne udgør lidt mere end to tredjedele af omkostningerne forbundet med betalingsgarantien, omkostningerne for den rentefrie periode og driftsomkostningerne [...] og ikke engang indeholder et gebyr for de adskillige andre fordele, såsom stigende salg og cash flow-fordele, som de erhvervsdrivende ligeledes modtager«, skal det imidlertid understreges, at denne påstand ikke er ledsaget af nogen oplysninger, der gør det muligt at efterprøve dens rigtighed.

226 Det må derfor konkluderes, at i mangel af beviser på, at der foreligger en tilstrækkelig tæt forbindelse mellem de multilaterale interbankgebyrer og de objektive fordele, som de erhvervsdrivende nyder godt af, er den omstændighed, at de kan bidrage til forøgelsen af produktionen i MasterCard-systemet, ikke i sig selv tilstrækkelig til at påvise, at den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt.

227 Sagsøgerne har ligeledes kritiseret Kommissionen for dels ikke at have taget hensyn til fordelene ved de multilaterale interbankgebyrer for kortindehaverne, dels at optræde som »prisregulator« for de multilaterale interbankgebyrer.

228 Hvad angår det første kritikpunkt er det ganske vist korrekt, at det fremgår af fast retspraksis, at de mærkbare objektive fordele, der er omfattet af den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF, ikke alene kan opnås på det relevante marked, men også for ethvert andet marked, hvorpå aftalen kan have gavnlige virkninger eller endog mere generelt for alle tjenesteydelser, hvis kvalitet eller effektivitet kan forbedres som følge af aftalens eksistens (Rettens dom af 28.2.2002, sag T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1011, præmis 343, og dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt i præmis 196 ovenfor, præmis 248). Da de erhvervsdrivende udgør en af de to brugergrupper, der er berørt af betalingskortene, indebærer selve eksistensen af den anden betingelse i artikel 81, stk. 3, EF imidlertid nødvendigvis, at tilstedeværelsen af de mærkbare objektive fordele, der kan tilskrives de multilaterale interbankgebyrer, også skal påvises i relation til dem.

229 Idet sagsøgerne ikke har ført et sådant bevis, er deres kritik vedrørende den utilstrækkelige hensyntagen til fordelene ved de multilaterale interbankgebyrer for kortindehaverne under alle omstændigheder irrelevant.

230 Hvad angår det andet kritikpunkt – der gentager den argumentation, der blev fremsat i forbindelse med det første led af dette anbringende – har sagsøgerne og flere intervenienter i det væsentlige gjort gældende, at den argumentation, der blev fremsat under den administrative procedure, har medført, at bevisbyrden er blevet overført til Kommissionen. De har ligeledes kritiseret Kommissionen for at

pålægge dem at begrunde, at de multilaterale interbankgebyrer er fastsat på et bestemt niveau. Sagsøgerne og flere intervenienter henviser endelig til den omstændighed, at Kommissionen efter den anfægtede beslutnings vedtagelse iværksatte et udbud vedrørende en undersøgelse af »omkostninger og fordele, der er knyttet til erhvervsdrivendes accept af forskellige betalingsmåder«, i det væsentlige til støtte for, at der ikke foreligger oplysninger, der kan opfylde det bevisniveau, som Kommissionen kræver med hensyn til de økonomiske forhold.

231 Det bemærkes, at Kommissionen ikke har tilsidesat den forpligtelse, der er forklaret i den retspraksis, der er nævnt i præmis 197 ovenfor, idet den har undersøgt og gyldigt afvist rigtigheden af den argumentation, der blev fremsat under den administrative procedure.

232 Hvad angår påstanden om, at der ikke findes oplysninger, der kan opfylde det bevisniveau, som Kommissionen kræver med hensyn til de økonomiske forhold, kan den ikke – selv hvis den anses for godtgjort – medføre en lempelse af bevisbyrden eller endog en overførsel af denne, således som det synes at være gjort gældende af sagsøgerne. Det bemærkes i denne forbindelse, at denne vanskelighed kunne anses for at være udsprunget af den argumentation, sagsøgerne fremsatte under den administrative procedure.

233 Da omfanget af de fordele, der kan anses for at begrunde de erhvervsdrivenes finansielle modydelse til de omkostninger, som de kortudstedende banker har afholdt, ikke præcist kan godtgøres, kan det med rette antages, at det således påhviler sagsøgerne – med henblik på at godtgøre, at de multilaterale interbankgebyrer opfylder den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF – at identificere de tjenesteydelser, som de banker, der udsteder kredit- og hævekort, har leveret, og som kan udgøre objektive fordele for de erhvervsdrivende. Det påhviler ligeledes sagsøgerne at godtgøre, at der foreligger en tilstrækkelig klar sammenhæng mellem de omkostninger, der er forbundet med disse tjenesteydelser, og størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer. Hvad angår sidstnævnte punkt skal det understreges, at fastsættelsen af disse omkostninger ikke kan foretages, uden at der tages hensyn til de øvrige indtægter, som de kortudstedende banker har opkrævet i forbindelse med leveringen af disse tjenesteydelser, eller ved at medregne de omkostninger, der ikke er direkte forbundet til dem.

234 For så vidt som Kommissionen, af de årsager, der beskrives i præmis 214-218 ovenfor, uden herved at anlægge et åbenbart urigtigt skøn, kunne konkludere, at hverken den metode, der anvendes på kreditkort og betalingskort med forskudt debitering, eller den, der vedrører hævekortene, gjorde det muligt at fastslå, at den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF var opfyldt, kan den omstændighed, som flere intervenienter har understreget, at de multilaterale interbankgebyrer udgør en modydelse for visse fordele for de erhvervsdrivende, ikke i det foreliggende tilfælde påberåbes til støtte for, at de opfylder betingelserne i denne bestemmelse.

235 Tilsvarende kan Kommissionen ikke foreholdes at have fraveget den indstilling, som den indtog i Visa-beslutning II med hensyn til undersøgelsen af de multilaterale interbankgebyrer i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, uden forklaring, idet den fritagelse, der blev indrømmet i Visa-beslutning II, blev indrømmet på baggrund af en beregningsmetode, der begrænser størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer til visse særlige fordele for de erhvervsdrivende, hvilket adskiller de omstændigheder, der lå til grund for vedtagelsen af den beslutning, fra omstændighederne i den foreliggende sag.

236 Henset til de ovenstående betragtninger må det konkluderes, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionens argumentation vedrørende den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF var ulovlig. Da det er nødvendigt, at alle betingelserne i denne artikel er opfyldt for, at den kan finde anvendelse, må dette anbringendes andet led forkastes, uden at det derfor er nødvendigt at tage stilling til sagsøgernes kritik vedrørende de øvrige aspekter i Kommissionens undersøgelse i henhold til denne artikel.

237 Anbringendes første led, hvorefter den bevisbyrde, der er pålagt sagsøgerne, er for tung, skal derfor ligeledes afvises. Det fremgår af det ovenfor anførte, at Kommissionen har undersøgt de argumenter og beviser, som sagsøgerne har fremført, og således gyldigt i det foreliggende tilfælde kunne konkludere, at der ikke var tilstrækkelig dokumentation for, at betingelserne for at anvende artikel 81, stk. 3, EF var

opfyldt. For så vidt som Kommissionen gyldigt kunne konkludere, at sagsøgerne ikke havde løftet bevisbyrden for anvendelse af den fritagelse, de har påberåbt sig, skal påstanden om tilsidesættelsen af princippet om in dubio pro reo ligeledes afvises.

3. Det tredje anbringende om tilsidesættelsen af artikel 81, stk. 1, EF på grund af den urigtige kvalificering af betalingsorganisationen MasterCard som en sammenslutning af virksomheder

238 Sagsøgerne har, støttet af intervenienterne, gjort gældende, at det var fejlagtigt, at Kommissionen fastslog, at der forelå en sammenslutning af virksomheder i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, idet den herved undlod at tage hensyn til de ændringer, som børsnoteringen medførte for MasterCards struktur og forvaltning, selv om det fulgte deraf, at bankerne ikke længere kontrollerede MasterCard, og selskabet ensidigt træffer afgørelse om de multilaterale interbankgebyrer. De har bl.a. gjort gældende, at spørgsmålet, om der sker kontrol fra bankerne side eller ej, er relevant. Kommissionen har ligeledes fejlagtigt antaget, at de europæiske banker efter børsnoteringen fortsat havde ansvaret for betalingsorganisationen MasterCards handlinger i Europa gennem den europæiske bestyrelse.

239 Derudover har både sagsøgerne og flere af intervenienterne kritiseret det af Kommissionen anvendte kriterium, hvorefter der skulle være et interessefællesskab mellem betalingsorganisationen MasterCard og bankerne for så vidt angår fastsættelsen af de multilaterale interbankgebyrer. Kommissionen foreholdes ikke at have godtgjort, at betalingsorganisationen MasterCard fortsat skulle handle i bankernes interesse eller på deres vegne snarere end på vegne af MasterCards aktionærer ved fastsættelse af de multilaterale interbankgebyrer. En intervenient har ligeledes understreget, at dette kriterium ikke er støttet på nogen tidligere retspraksis. Flere intervenienterne har gjort gældende, at de ikke kan udøve nogen som helst indflydelse på betalingsorganisationen MasterCards organer, og at de behandles som kunder af denne.

240 Kommissionen har gjort gældende, at dette anbringendes første led skal forkastes.

241 Ifølge fast retspraksis finder artikel 81, stk. 1, EF anvendelse på sammenslutninger, for så vidt som deres egne aktiviteter eller den aktivitet, der udøves af de virksomheder, der er tilsluttet dem, tilsigter at fremkalde de virkninger, som bestemmelsen er rettet mod (jf. Rettens dom af 26.1.2005, sag T-193/02, Piau mod Kommissionen, Sml. II, s. 209, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis).

242 Det bemærkes ligeledes, at begrebet »aftale« og begrebet »samordnet praksis« set fra et subjektivt standpunkt omfatter former for hemmelig forståelse, som er af samme karakter, og som kun adskiller sig fra hinanden ved deres grad og den form, hvorunder de kommer til udtryk (Domstolens dom af 4.6.2009, sag C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., Sml. I, s. 4529, præmis 23).

243 Hvad nærmere angår begrebet »samordnet praksis« skal anvendelsen af begrebet, således som generaladvokat Léger har fremhævet i sit forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 19. februar 2002, Wouters m.fl. (sag C-309/99, Sml. I, s. 1577, præmis 62), forhindre, at virksomhederne alene ved den måde, hvorpå de koordinerer deres adfærd på markedet, unddrager sig konkurrencebestemmelserne. For at sikre effektiviteten af dette princip omfatter artikel 81, stk. 1, EF ikke alene de direkte former for koordinering af adfærd mellem virksomheder (aftaler og samordnet praksis), men også de institutionaliserede samarbejdsformer, dvs. de situationer, hvor virksomhederne handler gennem en kollektiv struktur eller et fælles organ.

244 I det foreliggende tilfælde må det derfor undersøges, om betalingsorganisationen MasterCard trods de ændringer, som børsnoteringen medførte, fortsat er en institutionaliseret form for samordning af bankernes handlinger.

245 Selv om det for det første er ubestridt, at beslutningerne vedrørende de multilaterale interbankgebyrer siden børsnoteringen er blevet truffet af organer i betalingsorganisationen MasterCard, og at bankerne ikke deltager i beslutningsprocessen, fremgår det ikke desto mindre af de faktiske og retlige omstændigheder på

tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, der er den relevante dato for undersøgelsen af, om den er lovlig i henhold til den retspraksis, der er nævnt i præmis 64 ovenfor, at bankerne fortsat kollektivt udøvede en beslutningsbeføjelse over afgørende aspekter ved betalingsorganisationen MasterCards funktion inden børsnoteringen såvel på nationalt som europæisk plan.

246 Hvad for det første angår betalingsorganisationen MasterCards funktion på nationalt plan nævnte Kommissionen i 58.-62. betragtning til den anfægtede beslutning, hvortil 359. betragtning henviser, at bankerne havde ret til at vedtage særlige nationale regler, der finder anvendelse på et bestemt marked, og som delvis erstatter netværksreglerne på internationalt plan. Blandt disse »findes standardreglerne, der finder anvendelse på alle transaktioner inden for landet, herunder dem, der er indløst af medlemmer, der er uden for det berørte land« (60. betragtning til den anfægtede beslutning). Mønstereksemplet på denne beslutningsbeføjelse, der udøves på nationalt plan, er fastsættelsen af nationale interbankgebyrer, der anvendes frem for de multilaterale interbankgebyrer. Kommissionen anførte ligeledes i 61. betragtning til den anfægtede beslutning, at sådanne nationale bestemmelser ikke skal godkendes eller certificeres af sagsøgerne.

247 Kommissionen kunne for det andet i 50.-57. og 364.-365. betragtning til den anfægtede beslutning gyldigt fremhæve, at den europæiske bestyrelse, der består af repræsentanter for europæiske banker, blev opretholdt efter børsnoteringen, og henvise til dens kompetence til at træffe afgørelse om »væsentlige spørgsmål«, hvilket omfatter behandlingen af ansøgninger om medlemskab, bøder, bestemmelserne om den intraregionale drift, vurderinger og omkostninger, for så vidt som disse vurderinger og omkostninger ikke medfører udelukkelse, forbedring og udvikling af intraregionale produkter, »for så vidt som udviklingsinitiativerne for de intraregionale produkter ikke vedrører følsomme oplysninger ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt«, budgettet over de årlige udgifter, overskudskapital og bestemmelserne om co-branding og affinity cards (52. betragtning til den anfægtede beslutning).

248 Som sagsøgerne har anført i deres skriftlige indlæg, var den europæiske bestyrelse ganske vist forpligtet til at følge retningslinjerne fra den internationale bestyrelse, der kunne inddrage dens beslutningskompetence. Den internationale bestyrelses mulighed for at udstede retningslinjer, der f.eks. præciserer grænserne for den europæiske bestyrelses kompetencer, ændrer imidlertid ikke ved den omstændighed, at sidstnævnte udøver beslutningskompetence. Det samme gælder muligheden for, at den internationale bestyrelse selv udøver den europæiske bestyrelses funktioner eller inddrager dens beføjelser i henhold til de særligt strenge betingelser i forbindelse med dens gennemførelse, som gengivet i 55. og 56. betragtning til den anfægtede beslutning.

249 Det skal fastslås, at opretholdelsen på europæisk og nationalt plan af bankernes beslutningskompetence i betalingsorganisationen MasterCard i vidt omfang er et forsøg på at moderere konsekvenserne af børsnoteringen. På tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning synes betalingsorganisationen MasterCard stadig at fungere i Europa som en sammenslutning af virksomheder, hvor bankerne ikke kun var kunder med hensyn til de leverede tjenester, men deltog kollektivt og decentralt i væsentlige aspekter af beslutningskompetencen.

250 Kommissionen kunne for det andet med rette sammenfattende konkludere, at de multilaterale interbankgebyrer afspejlede bankernes interesser, selv om disse ikke længere kontrollerede MasterCard efter børsnoteringen og ikke længere deltog i fastsættelsen af størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer, fordi der forelå et interessefællesskab mellem betalingsorganisationen MasterCard og bankerne i denne henseende.

251 Det følger for det første af Domstolens retspraksis, at den omstændighed, at der foreligger et interessefællesskab eller en fælles interesse, er et relevant forhold, når det skal vurderes, om der foreligger en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF (jf. i denne retning Domstolens dom af 27.1.1987, sag 45/85, Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, Sml. s. 405, præmis 29).

252 Kommissionen kunne for det andet med rette lægge til grund, at bankerne, herunder dem, der er aktive på markedet for indløsning, havde en interesse i fastsættelsen af høje multilaterale interbankgebyrer.

253 Der fastsættes, således som Kommissionen med rette har anført i 383. betragtning til den anfægtede beslutning, takket være de multilaterale interbankgebyrer således en minimumspris for sidstnævnte, der giver dem mulighed for let at overvælte dem på de erhvervsdrivende af de i præmis 134 ovenfor nævnte grunde. De multilaterale interbankgebyrer udgør således kun en omkostning for bankerne i forbindelse med deres indløsning, når de beslutter selv at afholde disse. Det fremgår imidlertid af præmis 162-164 ovenfor, at en sådan beslutning i realiteten har karakter af en undtagelse.

254 Desuden kan det selv i en sådan situation med rimelighed konkluderes, at de multilaterale interbankgebyrer er en indtægtskilde for bankerne, idet de ligeledes beskæftiger sig med indløsning. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at hverken sagsøgerne eller intervenienterne har fremført oplysninger, der kan bestride rigtigheden af Kommissionens bemærkninger i 385. betragtning til den anfægtede beslutning vedrørende den omstændighed, at fordi der indtil den 31. december 2004 forelå en bestemmelse i MasterCard-systemet, NAWIR (No Acquiring Without Issuing Rule), der pålagde de banker, der ønsker at deltage i transaktionerne, også at beskæftige sig med kortudstedelse, var næsten alle de banker, der beskæftiger sig med indløsning, ligeledes kortudstedere og drog i denne forbindelse fordel af de multilaterale interbankgebyrer.

255 Kommissionen kunne for det tredje med rette gøre gældende i 386. betragtning til den anfægtede beslutning, at betalingsorganisationen MasterCard også havde en interesse i fastsættelsen af høje multilaterale interbankgebyrer »idet de tiltrædelsesgebyrer, som [MasterCard og dennes konsoliderede datterselskaber] krævede, at bankerne skulle betale for deres koordinerings- og netværkstjenester, var knyttet til transaktionerne« (386. betragtning til den anfægtede beslutning). Antallet af transaktioner og dermed betalingsorganisationen MasterCards indtægter afhænger således især af bankernes vilje til at tilbyde MasterCard-kort til deres kunder. Det er derfor i betalingsorganisationen MasterCards interesse at fastsætte de multilaterale interbankgebyrer på et niveau, som bankerne anser for at være attraktivt, hvilket understreges af den omstændighed, som Kommissionen har understreget i 461.-498. betragtning til den anfægtede beslutning, at intersystemkonkurrencen sker på bekostning af de kortsystemer, der tilbyder lave multilaterale interbankgebyrer.

256 Det fremgår for det fjerde af sagsøgernes skriftlige indlæg, at de ikke bestrider konstateringen i 389. betragtning til den anfægtede beslutning, hvorefter »den udvikling, der er konstateret efter børsnoteringen, [også] viser, at [betalingsorganisationen MasterCard] tager hensyn til bankernes konkrete interesser, når de fastsætter niveauet for de multilaterale interbankgebyrer«. Deres argumentation går snarere ud på, at de kun handler som leverandør af tjenesteydelser, der forsøger at opfylde sine kunders behov: kortudstedende banker, indløsende banker og erhvervsdrivende.

257 Det må imidlertid fastslås, at det ikke er overbevisende at ligestille bankerne og de erhvervsdrivende, for så vidt som det hvad angår sidstnævnte hovedsageligt er deres maksimale tolerancegrænse i forhold til prisen for korttransaktioner, der efterstræbes, hvilket er blevet understreget i præmis 212-217 ovenfor.

258 Sagsøgernes argumentation, hvorefter betalingsorganisationen MasterCard alene tog hensyn til de offentlige aktionærers interesser, efter at MasterCard blev børsnoteret, forekommer heller ikke at være overbevisende. For så vidt som fastsættelsen af høje multilaterale interbankgebyrer bidrager til et større antal transaktioner og dermed til en positiv indvirkning på betalingsorganisationen MasterCards indtægter, kan det med rimelighed konkluderes, at der ikke er en interessekonflikt mellem MasterCards aktionærer og bankerne.

259 Det må konstateres, at henset til de to ovenfor nævnte oplysninger, nemlig opretholdelsen af bankernes beslutningskompetence i betalingsorganisationen MasterCard efter børsnoteringen og den omstændighed, at der foreligger et interessefællesskab mellem betalingsorganisationen MasterCard og

bankerne angående de multilaterale interbankgebyrer, kunne Kommissionen gyldigt fastslå, at betalingsorganisationen MasterCard, trods de ændringer, som børsnoteringen medførte, fortsat er en institutionaliseret form for samordning af bankernes handlinger. Det var derfor med rette, at Kommissionen fastholdt sin kvalificering af vedtagelserne inden for en sammenslutning af virksomheder med hensyn til de beslutninger, der er truffet af organerne i betalingsorganisationen MasterCard, der fastsætter de multilaterale interbankgebyrer.

260 Det tredje anbringende skal derfor afvises, uden at det herved er nødvendigt at tage stilling til sagsøgernes indsigelser vedrørende de øvrige oplysninger, som Kommissionen har fremført til støtte for sin konklusion, og navnlig bankernes accept af den nye styreform vedrørende de multilaterale interbankgebyrer (394.-396. betragtning til den anfægtede beslutning).

4. Det fjerde anbringende om, at den anfægtede beslutning er behæftet med proceduremangler og faktiske fejl

261 Dette anbringende omfatter to led vedrørende dels en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar, dels faktiske fejl, der gør den anfægtede beslutning mangelfuld.

a) Anbringendes første led om en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar

262 Sagsøgerne har fremført fire klagepunkter, hvorved der for det første gøres indsigelse om misbrug af den skrivelse, der fremstiller de faktiske omstændigheder, for det andet om denne skrivelses manglende klarhed, for det tredje om, at der foreligger nye oplysninger i den anfægtede beslutning, og for det fjerde om den måde, hvorpå Kommissionen har underrettet visse nationale konkurrencemyndigheder.

Det første klagepunkt om misbrug af den skrivelse, der fremstiller de faktiske omstændigheder

263 Sagsøgerne har kritiseret Kommissionen for at have fremlagt en skrivelse, der fremstiller de faktiske omstændigheder, i stedet for en anden supplerende klagepunktsmeddelelse. Denne skrivelse med sagsfremstillingen går ud over rammerne for den supplerende fremlæggelse af beviser, idet den indeholder nye retlige argumenter og væsentlige faktiske omstændigheder.

264 Kommissionen har gjort gældende, at dette klagepunkt skal forkastes.

265 Ifølge fast retspraksis indebærer overholdelsen af retten til forsvar, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure gives lejlighed til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder faktisk foreligger, og hvilken betydning de har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af traktaten (Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 10, og af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 21).

266 Artikel 27, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 afspejler dette princip, for så vidt som den foreskriver, at der skal tilstilles parterne en klagepunktsmeddelelse, der klart skal angive alle de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 67), således at parterne reelt kan forstå, hvilken adfærd Kommissionen lægger dem til last, og gøre brug af deres ret til forsvar, inden Kommissionen træffer en endelig beslutning. Dette krav er opfyldt, hvis beslutningen ikke beskylder de pågældende for andre overtrædelser end de i klagepunktsmeddelelsen nævnte og kun tager hensyn til faktiske forhold, som de pågældende har haft lejlighed til at udtale sig om (jf. i denne retning Rettens dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 109 og den deri nævnte retspraksis).

267 Dog kan denne angivelse være kortfattet, og den endelige beslutning skal ikke nødvendigvis være en kopi af klagepunktsmeddelelsen (jf. i denne retning dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 265 ovenfor, præmis 14), da en sådan meddelelse er et forberedende dokument, hvis faktiske og retlige bedømmelser alene er af foreløbig karakter (jf. i denne retning Domstolens dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 70). Tilføjelser i forhold til meddelelsen af klagepunkter, som foretages på baggrund af parternes svarskrift, der viser, at de faktisk har haft mulighed for at udøve deres ret til kontradiktion, er således tilladelige. Kommissionen kan ligeledes af hensyn til den administrative procedure ændre eller tilføje faktiske eller retlige argumenter til støtte for de fremsatte klagepunkter (jf. i denne retning dommen i sagen Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 228 ovenfor, præmis 448, og af 22.10.2002, sag T-310/01, Schneider Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 438).

268 Det er kun nødvendigt at fremsende en supplerende klagepunktsmeddelelse til de berørte parter, hvis resultatet af kontrolundersøgelserne har foranlediget Kommissionen til at lægge virksomhederne nye handlinger til last eller til i væsentlig grad at ændre beviserne for de fastslåede overtrædelser (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 266 ovenfor, præmis 192).

269 Endelig bemærkes, at efter retspraksis er retten til forsvar tilsidesat, såfremt det er muligt, at den administrative procedure, som Kommissionen gennemførte, kan have fået et andet resultat, fordi Kommissionen har begået en fejl. En sagsøgende virksomhed beviser, at der er begået en sådan ulovlighed, såfremt den i tilstrækkeligt omfang påviser, ikke at Kommissionens beslutning ville have fået et andet indhold, hvis det ulovlige forhold ikke havde foreligget, men at virksomheden bedre ville have været i stand til at varetage sit forsvar, f.eks. fordi den til sit forsvar kunne have anvendt dokumenter, som den blev nægtet aktindsigt i under den administrative procedure (jf. i denne retning Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis, og af 1.7.2010, sag C-407/08 P, Knauf Gips mod Kommissionen, Sml. I, s. 6375, præmis 28).

270 I den foreliggende sag skal det understreges, at selv om Kommissionen i 202.-213. betragtning til den supplerende klagepunktsmeddelelse har taget udgangspunkt i karakteristika for betalingsorganisationen MasterCard inden børsnoteringen for at konkludere, at denne udgør en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, kan det udledes af andre afsnit i klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen fandt, at børsnoteringen af MasterCard ikke ændrer på rigtigheden af dens konklusion med hensyn til overtrædelsen af artikel 81 EF. Det er således understreget i 25. betragtning, at de af sagsøgerne fremlagte dokumenter ikke godtgør, at den europæiske bestyrelse mistede beføjelsen til at fastsætte de multilaterale interbankgebyrer efter børsnoteringen. Kommissionen har i 28. betragtning til denne supplerende klagepunktsmeddelelse fremlagt en præsentation af ændringerne, som børsnoteringen medførte, og som angav, at bankerne fortsat ville spille en rolle i den nye struktur.

271 Selv om et af de forhold, Kommissionen lagde til grund i den supplerende klagepunktsmeddelelse, viser sig at være forskelligt fra det, som i sidste ende blev besluttet i forbindelse med børsnoteringen, idet den europæiske bestyrelse ikke har bevaret beføjelsen til at fastsætte de multilaterale interbankgebyrer, har den supplerende klagepunktsmeddelelse ikke desto mindre sat sagsøgerne i stand til at fremføre deres synspunkt med hensyn til Kommissionens klagepunkt om kvalificeringen af MasterCard-systemet som en sammenslutning af virksomheder som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, og navnlig om børsnoteringens manglende virkninger på denne kvalificering. Det følger logisk heraf, at sagsøgerne ligeledes har haft mulighed for at blive hørt af Kommissionen på dette punkt under retsmødet, der fandt sted, efter at de besvarede den supplerende klagepunktsmeddelelse.

272 Sagsøgernes mulighed for at fremføre deres synspunkter under den administrative procedure bekræftes af den omstændighed, at de anvendte en betydelig del af deres supplerende klagepunktsmeddelelse på børsnoteringens indvirkning på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF.

273 Under de i sagen foreliggende omstændigheder må det derfor antages, at anvendelsen af en skrivelse, der fremstiller de faktiske omstændigheder, i stedet for en klagepunktsmeddelelse, ikke udgør en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar, idet Kommissionen alene var forpligtet til at fremføre beviser, som den agtede at anvende med henblik på at afvise de argumenter, som sagsøgerne har fremført under den administrative procedure.

274 Det første klagepunkt må derfor forkastes.

Det andet klagepunkt om den manglende klarhed af skrivelsen med sagsfremstillingen

275 Det er sagsøgernes opfattelse, at indholdet af skrivelsen med sagsfremstillingen ikke var tilstrækkeligt klart til, at de kunne forstå, hvordan Kommissionen agtede at anvende de dokumenter, som den henviste til, på trods af de anmodninger om præciseringer, som de havde fremsendt til både Kommissionen og til høringskonsulenten, hvilket Kommissionen har erkendt i svarskriftet. De har henvist til bilag A.8.2 og A.20, der gentager deres korrespondance med Kommissionen vedrørende dette spørgsmål. Denne manglende klarhed medførte en tilsidesættelse af deres ret til forsvar.

276 Hvad angår spørgsmålet, om dette klagepunkt kan antages til realitetsbehandling, har sagsøgerne anført, at det er beskrevet i stævningen, hvorfor skrivelsen med sagsfremstillingen var utilstrækkelig, og at bilagene alene fremlagde dokumentation.

277 Kommissionen har gjort gældende, at dette klagepunkt skal afvises.

278 Det skal konstateres, at sagsøgernes argumentation kun er opridset særdeles kortfattet i stævningen. I stævningens punkt 122 er Kommissionen generelt blevet kritiseret for ikke at have fremsendt »til sagsøgerne alle de nødvendige uddybende forklaringer, der ville give dem mulighed for at forstå, hvordan Kommissionen planlagde at anvende de dokumenter, som den henviste til i [skrivelsen med sagsfremstillingen]«. I punkt 123 er det nævnt, at sagsøgerne står over for »store vanskeligheder med at afgive et meningsfuldt svar«. Endelig er det anført i punkt 124, at sagsøgerne »har fundet mindst 20 eksempler i [skrivelsen med sagsfremstillingen], hvori Kommissionen ikke har angivet, hvordan de af Kommissionen nævnte beviser anvendes«. Der er imidlertid ikke givet nogen eksempler i selve stævningen. Stævningen indeholder heller ikke nogen oplysninger, som gør det muligt at vurdere de »vanskeligheder«, som sagsøgerne henviser til.

279 Henvisningerne til bilag A.8.2 til stævningen (»Brevveksling mellem sagsøgernes [advokat] og Kommissionen«) og bilag A.20 til stævningen (»Korrespondance mellem den 17. april […] og 12. juli 2007 mellem sagsøgernes [advokat] og Kommissionen vedrørende uoverensstemmelserne i skrivelsen med sagsfremstillingen)« er heller ikke tilstrækkelige til at kompensere for manglerne i stævningen i den henseende.

280 Det skal fastslås, at sagsøgerne kun har foretaget en generel henvisning til bilag A.20. Af de årsager, der beskrives i præmis 68-70 ovenfor, skal der derfor ikke tages hensyn til dette bilag.

281 Hvad angår bilag A.8.2 bemærkes det, at sagsøgerne henviser til et bestemt afsnit i dette bilag, der består af en skrivelse fra sagsøgerne af 13. april 2007, og at afsnittets indhold derfor kan tages i betragtning. Ved en gennemlæsning fremgår der imidlertid kun en opremsning af afsnittene i skrivelsen med sagsfremstillingen, som sagsøgerne »ikke finder klar«, og i forhold til hvilken sagsøgerne ønsker en præcisering fra Kommissionen. Det må derfor konstateres, at det ikke er muligt at konkludere, blot ved en gennemlæsning af denne opremsning og i mangel af mere præcise argumenter fra sagsøgerne på dette punkt, at den påståede manglende klarhed har kunnet medføre en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar.

282 På grundlag af det ovenstående skal det fastslås, at dette klagepunkt skal afvises i henhold til procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c), idet det ikke indeholder væsentlige oplysninger, der gør det muligt for Retten at udføre sin prøvelsesret, og for at Kommissionen kan sikre sit forsvar.

Det tredje klagepunkt om, at der foreligger nye oplysninger i den anfægtede beslutning

283 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede beslutning for det første indeholder nye argumenter, for det andet en ny begrundelse og for det tredje supplerende eller præciserende forklaringer på beviserne, som de ikke har været i stand til at bestride. De henviser i den forbindelse til bilag A.21 (»Kommissionen tilsidesættelse af [sagsøgernes] ret til forsvar – argumenter, begrundelse og beviser vedrørende børsnoteringen«). Der foreligger på dette punkt ligeledes en tilsidesættelse af deres ret til forsvar.

284 Dette klagepunkt bør antages til realitetsbehandling, da bilag A.21 kun identificerer forskellene mellem den supplerende klagepunktsmeddelelse og den anfægtede beslutning.

285 Kommissionen har gjort gældende, at dette klagepunkt skal afvises eller under alle omstændigheder forkastes.

286 Hvad for det første angår kritikken af, at der foreligger nye argumenter i den anfægtede beslutning, er det tilstrækkeligt at understrege, at den ikke vedrører de aspekter i den anfægtede beslutning, på baggrund af hvilke det er fastslået, at Kommissionen gyldigt kunne fastholde sin kvalificering af vedtagelsen som en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder efter børsnoteringen.

287 Hvad angår konklusionen om, at bankerne fortsat kollektivt har udøvet en beslutningsbeføjelse over afgørende aspekter ved betalingsorganisationen MasterCard såvel på nationalt som europæisk plan, er oplysningerne om bankernes beføjelse til at vedtage særlige nationale regler, der finder anvendelse på et bestemt marked, og som delvis erstatter netværksreglerne på internationalt plan (præmis 246 ovenfor), eller endog om opretholdelsen af den europæiske bestyrelses kompetence til at træffe afgørelse om »væsentlige spørgsmål« (præmis 247 ovenfor), ikke blandt de påståede nye oplysninger i bilag A.21 til stævningen.

288 Hvad angår konklusionen om, at der foreligger et interessefællesskab mellem betalingsorganisationen MasterCard og bankerne ved fastsættelsen af høje multilaterale interbankgebyrer, fremgår der ikke nogen indsigelse af bilag A.21 (præmis 253 og 254 ovenfor), der er egnet til at bestride de argumenter, der ligger til grund for konklusionen om, at bankerne havde en interesse i fastsættelse af høje multilaterale interbankgebyrer. Det fremgår heller ikke af dette bilag, at argumentet i 386. betragtning til den anfægtede beslutning om, at betalingsorganisationen MasterCard ligeledes havde en interesse i fastsættelsen af høje multilaterale interbankgebyrer (præmis 255 ovenfor), blev fremsat for første gang i den anfægtede beslutning. Endelig anfægtes konstateringen i 389. betragtning til den anfægtede beslutning, hvorefter betalingsorganisationen MasterCard tager hensyn til bankernes konkrete interesser, når de fastsætter størrelsen af de multilaterale interbankgebyrer (præmis 256 ovenfor), ikke.

289 Det samme gælder for det andet kritikken af, at der er givet en »ny begrundelse« i den anfægtede beslutning. Den eneste påstand, der eventuelt kan være relevant, er påstanden om affattelsen af 360. betragtning til den anfægtede beslutning om, at der foreligger et horisontalt samarbejde mellem bankerne i betalingsorganisationen MasterCard. Det må imidlertid konstateres, at den forskel, som sagsøgerne har fremhævet, vedrører et mindre væsentligt punkt i Kommissionens begrundelse og ikke den afgørelse, som Kommissionen er nået frem til.

290 Hvad for det tredje angår kritikken af, at der i den anfægtede beslutning findes supplerende eller præciserende forklaringer til beviserne, skal det understreges, at kun to kritikpunkter i bilag A.21 til stævningen vedrører relevante aspekter ved Kommissionens argumentation, og at dens vurdering på disse punkter er understøttet af andre beviser, der ikke er bestridt af sagsøgerne. Dette gælder således bemærkningen i 59. betragtning til den anfægtede beslutning, hvorefter ledelsen i betalingsorganisationen MasterCard opfordrer til, at der træffes horisontale beslutninger mellem bankerne. Det samme gælder konklusionen i 354. betragtning til den anfægtede beslutning, hvorefter de europæiske banker fortsat har ansvaret for aktiviteterne i Europa med undtagelse af de spørgsmål, der anses for at være følsomme i henhold til kartelreglerne.

291 Det første klagepunkt skal derfor afvises.

Det fjerde klagepunkt om utilstrækkelig underretning af visse nationale konkurrencemyndigheder

292 Sagsøgerne har bemærket, at Kommissionen har erkendt, at den supplerende klagepunktsmeddelelse ikke er blevet fremsendt til de nationale konkurrencemyndigheder på de samme betingelser, idet de først modtog denne en arbejdsdag før retsmødet. Sagsøgerne har gjort gældende, at såfremt de var blevet underrettet om denne forsinkede meddelelse, ville de have anmodet om en udsættelse af retsmødet. Hermed foreligger der en tilsidesættelse af principperne om god forvaltning og deres berettigede forventning og ret til forsvar, idet den anfægtede beslutning ikke kunne vedtages på grundlag af en fuldkommen forståelse af deres forsvar.

293 Kommissionen har gjort gældende, at dette klagepunkt skal forkastes.

294 I henhold til artikel 14 i forordning nr. 1/2003 forelægger Kommissionen sagen for et rådgivende udvalg sammensat af repræsentanter for medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, før den træffer en afgørelse som den i den foreliggende sag omhandlede.

295 For så vidt som »Kommissionen indbyder medlemsstaternes konkurrencemyndigheder til at deltage i den mundtlige høring« i henhold til Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EUT L 123, s. 18), er det derfor ønskeligt, at konkurrencemyndighederne eller i det mindste dem, der ønsker at deltage i retsmødet, har kendskab til parternes skriftlige indlæg inden for en rimelig frist før dette retsmøde.

296 Den omstændighed, at den supplerende klagepunktsmeddelelse blev fremsendt til visse nationale konkurrencemyndigheder kun en enkelt arbejdsdag før retsmødet, udgør imidlertid ikke en mangel, der kan medføre, at anfægtede beslutning må annulleres.

297 Det fremgår således af artikel 14 i forordning nr. 1/2003, at det rådgivende udvalgs vigtigste rolle er at afgive en skriftlig udtalelse om det foreløbige beslutningsforslag. Den forsinkede afsendelse af den supplerende klagepunktsmeddelelse har imidlertid ikke haft indflydelse på gyldigheden af forelæggelsen for det rådgivende udvalg, idet konkurrencemyndighederne var i stand til at gøre sig bekendt med den supplerende klagepunktsmeddelelse, inden dette udvalg blev konsulteret.

298 Den forsinkede afsendelse af den supplerende klagepunktsmeddelelse har – som Kommissionen med rette har understreget – heller ikke forhindret sagsøgerne i at fremføre deres synspunkter under retsmødet.

299 Dette klagepunkt og følgelig anbringendets første led som helhed må derfor forkastes.

b) Anbringendets andet led om, at der foreligger faktiske fejl

300 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at visse af Kommissionens faktiske fejl er så væsentlige, at de behæfter den anfægtede beslutning med fejl. Sagsøgerne har i denne forbindelse gjort tre klagepunkter gældende, der for det første vedrører Kommissionens åbenbart fejlagtige sammenligning af MasterCard-systemet med de fem nationale bankkortsystemer, for det andet Kommissionens selektive vurdering af de erhvervsdrivendes erklæringer, der er indhentet under den administrative procedure, og for det tredje de grundlæggende mangler ved handelsmarkedsundersøgelsen.

301 Det andet og tredje klagepunkt er allerede besvaret i præmis 145-158 ovenfor. Hvad angår det første klagepunkt skal det bemærkes, at konklusionen om, at de multilaterale interbankgebyrers ikke er objektivt nødvendige, er tilstrækkeligt begrundet af andre beviser eller argumenter end sammenligningen med de fem nationale bankkortsystemer. Dette klagepunkt skal følgelig under alle omstændigheder forkastes som irrelevant.

302 Det andet led og dermed det foreliggende anbringende samt påstanden om annullation af den anfægtede beslutning må derfor forkastes.

B – *Påstanden om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3-5 og 7*

303 Sagsøgerne har subsidiært nedlagt påstand om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3-5 og 7.

304 I den anfægtede beslutnings artikel 3 blev sagsøgerne pålagt af Kommissionen formelt at ophæve de pågældende multilaterale interbankgebyrer, ændre sammenslutningens netværksregler og annullere alle beslutninger vedrørende de multilaterale interbankgebyrer inden for en frist på seks måneder. I artikel 4 blev sagsøgerne pålagt af Kommissionen inden for en frist på seks måneder at meddele finansieringsinstitutterne i MasterCard-systemet og de clearinginstitutter og afviklingsbanker, der er involveret i transaktionerne i EØS, ændringerne i sammenslutningens netværksregler. I artikel 5 blev sagsøgerne pålagt at offentliggøre et resumé af den anfægtede beslutning på internettet. Endelig bestemmer den anfægtede beslutnings artikel 7, at den manglende overholdelse af et af disse påbud, der er beskrevet i artikel 2-5, medfører en bøde på 3,5% af deres daglige konsoliderede omsætning.

305 Det må fastslås, at selv om der i sagsøgernes påstande udtrykkeligt henvises til en annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3-5 og 7, har de i forbindelse med det enkelte anbringende, der er gjort gældende til støtte for denne påstand, kun fremført argumenter, der vedrører den anfægtede beslutnings artikel 3 og 7.

306 Artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 bestemmer:

»Hvis Kommissionen […] konstaterer, at traktatens artikel 81 [EF] eller 82 [EF] er overtrådt, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. I denne forbindelse kan den pålægge dem enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, der står i passende forhold til overtrædelsen, og som er nødvendig for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør. Strukturelle foranstaltninger kan kun pålægges, såfremt der ikke forefindes ligeså effektive adfærdsregulerende foranstaltninger, eller såfremt en ligeså effektiv adfærdsregulerende foranstaltning ville være mere byrdefuld for den pågældende virksomhed end en strukturel foranstaltning […]«

307 Artikel 24, stk. 1, litra a), i forordning nr. 1/2003 bestemmer, at »Kommissionen kan ved beslutning pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger daglige tvangsbøder på op til 5% af den gennemsnitlige daglige omsætning i det foregående regnskabsår fra det i beslutningen fastsatte tidspunkt for at tvinge dem til […] at bringe en overtrædelse af traktatens artikel 81 [EF] eller 82 [EF] til ophør i overensstemmelse med en beslutning i henhold til denne forordnings artikel 7«.

308 Med anbringendets første led har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en mangel i form af manglende begrundelse for så vidt angår den afhjælpende foranstaltning, der er pålagt af Kommissionen i den anfægtede beslutnings artikel 3, og tvangsbøden i samme beslutnings artikel 7.

309 Det bemærkes, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således, at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den

sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis).

310 Hvad angår klagepunktet om den manglende begrundelse for påbuddet i den anfægtede beslutnings artikel 3 skal det understreges, at retsgrundlaget for den forpligtelse, der er pålagt sagsøgerne om formelt at ophæve de pågældende multilaterale interbankgebyrer, ændre sammenslutningens netværksregler og annullere alle beslutninger vedrørende de multilaterale interbankgebyrer inden for en frist på seks måneder, præciseres i 756. betragtning til den anfægtede beslutning. Forpligtelsens berettigelse fremgår af 759. og 761. betragtning til den anfægtede beslutning, hvor den præsenteres som en følge af det påbud, der er rettet til sagsøgerne om at ophøre med faktisk at fastlægge mindstepris for MSC-gebyrerne.

311 Det må konstateres, at denne begrundelse, selv om den er kortfattet, har givet sagsøgerne mulighed for at få kendskab til Kommissionens påbud, og Retten mulighed for at udøve sin prøvelsesret.

312 Det er ganske vist korrekt, at den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen forklaring vedrørende forholdsmæssigheden af den forpligtelse, der er pålagt i den anfægtede beslutnings artikel 3, i modsætning til forholdsmæssigheden af de forpligtelser, der er pålagt i artikel 4 og 5, og af den tvangsbøde, der er pålagt i den anfægtede beslutnings artikel 7.

313 For så vidt som forpligtelsen til at ændre sammenslutningens netværksregler og annullere alle beslutninger vedrørende de multilaterale interbankgebyrer vurderes i direkte sammenhæng med konstateringen af, at de multilaterale interbankgebyrer er ulovlige, var Kommissionen imidlertid ikke forpligtet til at give en udtrykkelig begrundelse herfor.

314 Denne konklusion afkræftes ikke af sagsøgernes argumentation, hvorefter Kommissionen tidligere skulle have erkendt, at de multilaterale interbankgebyrer kunne være forenelige med artikel 81 EF, eller have anerkendt princippet om, at de multilaterale interbankgebyrer kunne opfylde den første betingelse i artikel 81, stk. 3, EF. Da en sådan argumentation er uden betydning for fastlæggelsen af den afhjælpende foranstaltning, var Kommissionen ikke forpligtet til at give en begrundelse herfor. Som det således er nævnt i præmis 192 ovenfor, er Visas multilaterale interbankgebyrer desuden blevet fritaget på baggrund af et ændret forslag for de multilaterale interbankgebyrer, der begrænser deres størrelse til de omkostninger, som de kortudstedende banker har afholdt til levering af visse specifikke fordele til de erhvervsdrivende, hvilket adskiller de pågældende multilaterale interbankgebyrer i den foreliggende sag.

315 Klagepunktet om den manglende begrundelse i den anfægtede beslutnings artikel 3 må derfor forkastes.

316 Hvad angår begrundelsen for tvangsbøden i den anfægtede beslutnings artikel 7 skal det understreges, at dens retsgrundlag er forklaret i 773. betragtning til den anfægtede beslutning. Dens berettigelse er beskrevet i 774. betragtning til samme beslutning, hvori Kommissionen har gjort gældende, at den omstændighed, at der foreligger en »alvorlig risiko for, at [betalingsorganisationen MasterCard] fortsat anvender [de multilaterale interbankgebyrer] eller forsøger at tage skridt til effektivt at omgå den afhjælpende foranstaltning, er tilstrækkeligt grundlag for at antage, at [sagsøgerne] skal pålægges tvangsbøder for at sikre overholdelsen af den afhjælpende foranstaltning«.

317 Fastsættelsen af tvangsbødens størrelse er endelig forklaret i 775. og 776. betragtning til den anfægtede beslutning. Kommissionen har henvist til behovet for, »at tvangsbøder […] fastsættes på et niveau, så de øger incitamentet til at efterkomme en beslutning […] ved at sikre, at det bedst kan betale sig for den pågældende virksomhed at efterkomme beslutningen i stedet for at udnytte de fordele, der kunne være ved ikke at efterkomme den«. Kommissionen har ligeledes nævnt betalingsorganisationen MasterCards betydelige størrelse og forsøget på hindring af anvendelsen af konkurrenceretten gennem

børsnoteringen af MasterCard. På baggrund af dette har Kommissionen besluttet at fastsætte tvangsbødens størrelse til 70% af det maksimale beløb på 5% af den gennemsnitlige daglige omsætning i MasterCard i det sidste regnskabsår.

318 Da denne begrundelse har givet sagsøgerne mulighed for at få kendskab til den tvangsbøde, der er nedlagt i den anfægtede beslutnings artikel 7, og Retten mulighed for at udøve sin prøvelsesret, skal klagepunktet om den manglende begrundelse i den anfægtede beslutnings artikel 7 ligeledes forkastes.

319 Denne konklusion afkræftes ikke af en intervenients argument, hvorefter artikel 7 skal annulleres på grund af manglende begrundelse, idet Kommissionen ikke har forklaret, hvorfor den betragter MasterCard som en selvstændig virksomhed og har pålagt en tvangsbøde, der er baseret på virksomhedens omsætning, selv om den hævdede at iværksætte sanktioner over for en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.

320 Det skal understreges, at artikel 24, stk. 1, litra a), i forordning nr. 1/2003 specielt henviser til muligheden for at pålægge sammenslutninger af virksomheder tvangsbøder.

321 Da MasterCard International og MasterCard Europe udgør fuldstændigt konsoliderede datterselskaber af MasterCard, bemærkes det, at Kommissionen ved at tage hensyn til sidstnævntes omsætning blot har anvendt artikel 24, stk. 1, litra a), i forordning nr. 1/2003 på omstændighederne i det foreliggende tilfælde. Kommissionen var derfor ikke forpligtet til at afgive en særlig forklaring herom.

322 Med deres anbringendes andet led har sagsøgerne bestridt proportionaliteten af den afhjælpende foranstaltning i den anfægtede beslutnings artikel 3.

323 Det bemærkes, at proportionalitetsprincippet, der hører til EU-rettens almindelige grundsætninger, indebærer, at institutionernes retsakter ikke må gå videre end det, der er egnet og nødvendigt for gennemførelsen af det med de pågældende retsforskrifter lovligt tilsigtede formål, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (Domstolens dom af 5.5.1998, sag C-180/96, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. I, s. 2265, præmis 96, og af 12.7.2001, sag C-189/01, Jippes m.fl., Sml. I, s. 5689, præmis 81).

324 Hvad nærmere angår proportionaliteten af den afhjælpende foranstaltning bemærkes det, at omfanget af rækkevidden af anvendelsen af proportionalitetsprincippet i de situationer, der er omfattet af dens anvendelsesområde, er udtrykkeligt fastsat i artikel 7 i forordning nr. 1/2003. Ifølge denne bestemmelse kan Kommissionen nemlig pålægge de berørte virksomheder enhver forpligtelse af adfærdsregulerende eller strukturel karakter, der står i passende forhold til overtrædelsen, og som er nødvendig for effektivt at bringe overtrædelsen til ophør (Domstolens dom af 29.6.2010, sag C-441/07 P, Kommissionen mod Alrosa, Sml. I, s. 5949, præmis 39).

325 Forpligtelsen til formelt at ophæve de pågældende multilaterale interbankgebyrer, ændre sammenslutningens netværksregler og annullere alle beslutninger vedrørende de multilaterale interbankgebyrer, der er nævnt i den anfægtede beslutnings artikel 3, er i det foreliggende tilfælde en direkte følge af konstateringen af, at de multilaterale interbankgebyrer er ulovlige. Forpligtelsen er derfor ikke uforholdsmæssig, eftersom den blot bringer den pågældende overtrædelse til ophør.

326 Denne konklusion afkræftes ikke af sagsøgernes argument, hvorefter – for så vidt som Kommissionen har erkendt, at de multilaterale interbankgebyrer eventuelt kan opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF – en afhjælpende foranstaltning, der pålægger at ophæve de multilaterale interbankgebyrer eller fastsætte dem til nul, er uforholdsmæssig, idet den snarere skulle have fastsat metoden for beregning af de multilaterale interbankgebyrer for at sikre, at de er forenelige med artikel 81, EF.

327 Det må fastslås, at et sådan ræsonnement er baseret på et fejlagtigt ræsonnement. Det er således i forbindelse med sagsøgernes påvisning af, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt, at det påhviler dem at foreslå en metode til fastsættelse af de multilaterale interbankgebyrer, der i givet fald kunne gøre dem forenelige med denne bestemmelse. Hvis dette ikke er påvist, påhviler det Kommissionen af bringe den overtrædelse af artikel 81 EF til ophør, som den gyldigt har fastslået.

328 Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at fristen på seks måneder også er uforholdsmæssig. De har henvist til den omstændighed, at Visa i Visa-beslutning II »fik ca. fem år til at indføre en langt mindre radikal ændring, og at der ikke blev pålagt nogen gennemførelsesforanstaltninger«.

329 Således som det er blevet understreget i præmis 192 og 314 ovenfor, blev Visa-beslutning II vedtaget i en sammenhæng, der ikke er sammenlignelig med den sammenhæng, den anfægtede beslutning indgår i. Den frist, som en lovovertræder har til at bringe en overtrædelse til ophør, kan under alle omstændigheder ikke med rette sammenlignes med den periode, for hvilken der er indrømmet en fritagelse.

330 Hvad angår fristen på seks måneder har sagsøgerne ikke fremlagt nogen oplysninger, der giver grundlag for at antage, at det var særlig vanskeligt for dem at overholde den afhjælpende foranstaltning inden for denne frist. Det skal desuden understreges, at i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 6 har sagsøgerne mulighed for at anmode Kommissionen om en fristforlængelse.

331 Anbringendets andet led og dermed anbringendet som helhed må derfor forkastes.

332 Under hensyn til alt det ovenfor anførte skal alle de af sagsøgerne fremførte påstande i denne sag forkastes.

Sagens omkostninger

333 Ifølge ordlyden af procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

334 Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstande herom. Da BRC og EuroCommerce ikke har nedlagt påstand om omkostningerne, bærer de deres egne omkostninger.

335 Da Kommissionen ikke har nedlagt påstand om, at Banco Santander, HSBC, Bank of Scotland, RBS, Lloyds TSB og MBNA betaler omkostningerne som følge af deres intervention, bærer disse intervenienter kun deres egne omkostninger.

336 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer de medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer således sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Syvende Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) MasterCard, Inc., MasterCard International, Inc., og MasterCard Europe bærer deres egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.

3) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer sine egne omkostninger.

4) British Retail Consortium og EuroCommerce AISBL bærer deres egne omkostninger.

5) Banco Santander, SA, Royal Bank of Scotland plc, HSBC Bank plc, Bank of Scotland plc, Lloyds TSB Bank plc og MBNA Europe Bank Ltd bærer deres egne omkostninger.

Dittrich Wiszniewska-Białecka Prek

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. maj 2012.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder 3

I – Sagsøgerne 3

II – Den administrative procedure forud for den anfægtede beslutning 3

Den anfægtede beslutning 4

I – Bankkortsystem med fire parter og interbankgebyrer 4

II – Afgrænsning af det relevante marked 4

III – Anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF 5

A – Vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder 5

B – Konkurrencebegrænsning 5

C – Vurderingen af, hvorvidt de multilaterale interbankgebyrer er objektivt nødvendige, for at MasterCard-systemet kan fungere 6

IV – Anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF 7

V – Den dispositive del 7

Retsforhandlinger 8

Parternes påstande 9

Retlige bemærkninger 9

I – Sagsøgernes begæring om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse 9

II – Spørgsmålet om, hvorvidt indholdet af visse bilag til parternes skrivelser kan antages til realitetsbehandling 10

III – Om realiteten 11

A – Påstanden om annullation af den anfægtede beslutning 11

1. Det første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt som Kommissionen fejlagtigt har antaget, at fastsættelsen af de multilaterale interbankgebyrer udgør en konkurrencebegrænsning 11

a) Det led i anbringendet, der omhandler den fejlagtige vurdering af de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter 12

Klagepunktet vedrørende anvendelse af urigtige retlige kriterier 13

Klagepunktet vedrørende en fejlagtig bedømmelse af de multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter 14

– De multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter i relation til fremgangsmåden for standardafviklingen af transaktioner 14

– De multilaterale interbankgebyrers objektivt nødvendige karakter i relation til fremgangsmåden med overførsel af midler til de kortudstedende banker 15

b) Det andet led i anbringendet om fejl ved undersøgelsen af de multilaterale interbankgebyrers indvirkning på konkurrencen 17

Klagepunkterne vedrørende undersøgelsen af konkurrencen, såfremt de multilaterale interbankgebyrer ikke fandtes 18

Klagepunkterne om undersøgelsen af produktmarkedet 24

Klagepunktet vedrørende undersøgelsen af de økonomiske beviser, der er fremlagt under den administrative procedure 26

Klagepunktet vedrørende den anfægtede beslutnings begrundelse 27

2. Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af artikel 81, stk. 3, EF 28

3. Det tredje anbringende om tilsidesættelsen af artikel 81, stk. 1, EF på grund af den urigtige kvalificering af betalingsorganisationen MasterCard som en sammenslutning af virksomheder 34

4. Det fjerde anbringende om, at den anfægtede beslutning er behæftet med proceduremangler og faktiske fejl 37

a) Anbringendes første led om en tilsidesættelse af sagsøgernes ret til forsvar 37

Det første klagepunkt om misbrug af den skrivelse, der fremstiller de faktiske omstændigheder 37

Det andet klagepunkt om den manglende klarhed af skrivelsen med sagsfremstillingen 39

Det tredje klagepunkt om, at der foreligger nye oplysninger i den anfægtede beslutning 40

Det fjerde klagepunkt om utilstrækkelig underretning af visse nationale konkurrencemyndigheder 41

b) Anbringendets andet led om, at der foreligger faktiske fejl 41

B – Påstanden om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3-5 og 7 42

Sagens omkostninger 45