ARREST VAN HET GERECHT (Zevende kamer)

24 mei 2012 *

„Mededinging — Besluit van ondernemersvereniging — Markt van acquiringdiensten voor debetkaarten, kredietkaarten met uitgestelde betaling en kredietkaarten — Beschikking waarbij inbreuk op artikel 81 EG en artikel 53 EER-Overeenkomst wordt vastgesteld — Multilaterale fall-back afwikkelingsvergoedingen — Artikel 81, leden 1 en 3, EG — Begrip nevenrestrictie — Geen objectieve noodzakelijkheid — Restrictie die tot gevolg heeft mededinging te beperken — Voorwaarden voor vrijstelling — Rechten van verdediging — Corrigerende maatregel — Dwangsom — Motivering — Evenredigheid"

In zaak T-111/08,

MasterCard, Inc., gevestigd te Wilmington, Delaware (Verenigde Staten),

MasterCard International, Inc., gevestigd te Wilmington,

MasterCard Europe, gevestigd te Waterloo (België),

vertegenwoordigd door B. Amory, V. Brophy, S. McInnes, advocaten, en T. Sharpe, QC,

verzoeksters,

ondersteund door

Banco Santander, SA, gevestigd te Santander (Spanje), vertegenwoordigd door F. Lorente Hurtado, P. Vidal Martínez en A. Rodriguez Encinas, advocaten,

door

Royal Bank of Scotland plc, gevestigd te Edinburgh (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door D. Liddell, solicitor, D. Waelbroeck, advocaat, N. Green, QC, en M. Hoskins, barrister,

door

HSBC Bank plc, gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door M. Coleman, P. Scott, solicitors, en R. Thompson, QC,

door

Bank of Scotland plc, gevestigd te Edinburgh, aanvankelijk vertegenwoordigd door S. Kim, K. Gordon en C. Hutton, solicitors, vervolgens door J. Flynn, QC, E. McKnight en K. Fountoukakos-Kyriakakos, solicitors,

* Procestaal: Engels.

door

Lloyds TSB Bank plc, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door E. McKnight, K. Fountoukakos-Kyriakakos, solicitors, en J. Flynn, QC,

en door

MBNA Europe Bank Ltd, gevestigd te Chester (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door A. Davis, solicitor, en J. Swift, QC,

interveniënten,

tegen

Europese Commissie, aanvankelijk vertegenwoordigd door F. Arbault, N. Khan en V. Bottka, vervolgens door Khan en Bottka als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, aanvankelijk vertegenwoordigd door E. Jenkinson en I. Rao als gemachtigden, vervolgens door Rao, S. Ossowski en F. Penlington, en tot slot door Rao, Ossowski en C. Murrell als gemachtigden, bijgestaan door J. Turner, QC, en J. Holmes, barrister,

door

British Retail Consortium, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door P. Crockford, solicitor, en A. Robertson, barrister,

en door

EuroCommerce AISBL, gevestigd te Brussel (België), aanvankelijk vertegenwoordigd door F. Tuytschaever en F. Wijckmans, vervolgens door Wijckmans en J. Stuyck, advocaten,

interveniënten,

betreffende, primair, een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(2007) 6474 definitief van 19 december 2007 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaken COMP/34.579 — MasterCard, COMP/36.518 — EuroCommerce, COMP/38.580 — Commercial Cards) en, subsidiair, een verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van deze beschikking,

wijst HET GERECHT (Zevende kamer),

samengesteld als volgt: A. Dittrich, president, I. Wiszniewska-Białecka en M. Prek (rapporteur), rechters,

griffier: N. Rosner, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 8 juli 2011,

het navolgende

Arrest

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

I – *Verzoekende partij*

1 MasterCard is een internationale betalingsorganisatie (hierna: „betalingsorganisatie MasterCard"), die door verschillende rechtspersonen wordt vertegenwoordigd, te weten de holding MasterCard, Inc., en haar twee dochterondernemingen MasterCard International, Inc., en MasterCard Europe (hierna tezamen: „verzoeksters").

2 Verzoeksters zijn verantwoordelijk voor het beheer en de coördinatie van de systemen voor met MasterCard-kaarten en Maestro-kaarten uitgevoerde betalingen (hierna samen: „MasterCard-systeem", respectievelijk „MasterCard-kaarten"), wat met name de vastlegging van de regels van het netwerk en de verstrekking van machtigings- en clearingdiensten aan aangesloten financiële instellingen inhoudt. De financiële instellingen zijn verantwoordelijk voor het uitgeven van de MasterCard-kaarten en het sluiten van overeenkomsten met handelaren voor de aanvaarding van met MasterCard-kaarten uitgevoerde betalingen.

3 Vóór 25 mei 2006 waren de banken eigenaar van de betalingsorganisatie MasterCard en bezaten zij de overeenkomstige stemrechten. Op 25 mei 2006 is MasterCard toegetreden tot de beurs van New York (Verenigde Staten) (hierna: „IPO"), waardoor haar structuur en bestuur zijn gewijzigd.

II – *Aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende administratieve procedure*

4 Op 30 maart 1992 en 27 juni 1997 hebben British Retail Consortium (hierna: „BRC") respectievelijk EuroCommerce AISBL bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen klachten ingediend tegen met name Europay International SA (hierna: „Europay"), thans MasterCard Europe.

5 Op 22 mei 1992, in mei 1993 en op 8 september 1994 heeft Europay diverse aanmeldingen verricht. Daarna is nog een aanmelding gevolgd, die vanaf 1 juli 1995 effect sorteerde en die alle betaalsystemen van Europay betrof.

6 Naar aanleiding van de mededeling van punten van bezwaar die zij aan Europay had gestuurd en het antwoord daarop, heeft de Commissie op 13 april 2002 overeenkomstig artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), een mededeling gepubliceerd, waarin zij haar voornemen uitte om een positieve beschikking te geven ten aanzien van bepaalde regels van het Europay-systeem, waartoe de regels met betrekking tot de fall-back afwikkelingsvergoedingen niet behoorden.

7 Op 22 november 2002 heeft de Commissie ambtshalve een onderzoek ingeleid naar de fall-back afwikkelingsvergoedingen binnen de Europese Economische Ruimte (EER) met betrekking tot commerciële kaarten.

8 Op 24 september 2003 heeft de Commissie aan verzoeksters een mededeling van punten van bezwaar gestuurd, die betrekking had op de regels van het MasterCard-systeem en op de beslissingen van MasterCard inzake de fall-back afwikkelingsvergoedingen.

9 Op 5 juni 2004 hebben verzoeksters op deze mededeling van punten van bezwaar geantwoord.

10 Op 21 juni 2006 heeft de Commissie aan verzoeksters een aanvullende mededeling van punten van bezwaar (hierna: „APVB") gestuurd.

11 Op 3 en 4 juli en op 22 augustus 2006 werd verzoeksters toegang tot het dossier van de Commissie verleend.

12 Op 15 oktober 2006 hebben verzoeksters op de APVB geantwoord (hierna: „AAPVB").

13 Op 14 en 15 november 2006 zijn verzoeksters tijdens een hoorzitting gehoord.

14 Op 23 maart 2007 heeft de Commissie aan verzoeksters een brief met een uiteenzetting van de feiten gezonden.

15 Op 16 mei 2007 hebben verzoeksters op deze brief geantwoord.

Bestreden beschikking

16 Op 19 december 2007 heeft de Commissie beschikking C(2007) 6474 definitief inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (COMP/34.579 — MasterCard, COMP/36.518 — EuroCommerce, COMP/38.580 — Commercial Cards) (hierna: „bestreden beschikking") vastgesteld, waarvan de wezenlijke inhoud hierna is weergegeven.

I – *Vierpartijenregeling inzake bankkaarten en afwikkelingsvergoedingen*

17 De Commissie brengt in herinnering dat een vierpartijenregeling inzake bankkaarten, die ook „open regeling" wordt genoemd, zoals het MasterCard-systeem, in die zin verschilt van een driepartijenregeling dat bij een vierpartijenregeling de financiële instelling die de bankkaart uitgeeft (hierna: „uitgevende bank" of „emittent") niet dezelfde hoeft te zijn als de financiële instelling die aan de handelaren acquiringdiensten verstrekt, dit wil zeggen diensten op basis waarvan handelaren de kaarten kunnen aanvaarden als middel voor de afwikkeling van de transacties (hierna: „acquiringbank" of „acquirer") (punten 234-249 van de bestreden beschikking).

18 De afwikkelingsvergoedingen worden in de verhouding tussen de uitgevende bank en de acquiringbank geheven naar aanleiding van de afwikkeling van transacties met kaarten en vormen een bedrag dat ten bate van de uitgevende bank wordt afgehouden. Zij moeten worden onderscheiden van de kosten die de acquiringbank aan handelaren aanrekent [„merchant service charge" of vergoeding voor aan de handelaar verleende diensten (hierna: „MSC's")].

19 De Commissie heeft benadrukt dat de betalingsorganisatie MasterCard de uitgevende banken doorgaans niet verplicht om de opbrengsten uit de afwikkelingsvergoedingen op een specifieke manier te gebruiken en dat zij evenmin stelselmatig controleert hoe zij deze vergoedingen gebruiken (punt 138 van de bestreden beschikking). Tevens heeft zij geconstateerd dat verzoeksters de afwikkelingsvergoedingen niet of niet meer bestempelen als prijs of compensatie voor bepaalde diensten van de uitgevende banken aan de handelaren, maar als mechanisme om de vraag van de kaarthouders en de handelaren met elkaar in evenwicht te brengen (punten 146-155 van de bestreden beschikking).

20 De bestreden beschikking ziet niet op alle afwikkelingsvergoedingen die in het kader van het MasterCard-systeem worden ontvangen, maar enkel op de vergoedingen die de bestreden beschikking aanmerkt als binnen de EER of de eurozone van toepassing zijnde multilaterale fall-back afwikkelingsvergoedingen, dit wil zeggen vergoedingen die van toepassing zijn indien er bilateraal tussen de uitgevende banken en de acquiringbanken, dan wel collectief op nationaal niveau, geen afwikkelingsvergoedingen zijn vastgelegd (hierna: „MFA's") (punt 118 van de bestreden beschikking).

II – *Afbakening van de relevante markt*

21 Volgens de Commissie moet met betrekking tot vierpartijenregelingen inzake bankkaarten een onderscheid worden gemaakt tussen drie verschillende productmarkten: allereerst een „stroomopwaartse" markt, die de diensten behelst die door betaalkaartsystemen aan financiële instellingen worden verstrekt en waarop de verschillende betaalkaartsystemen met elkaar concurreren (hierna: „intersysteemmarkt"), voorts een eerste „stroomafwaartse" markt, waarop de uitgevende banken met elkaar concurreren om het clientèle van de kaarthouders (hierna: „uitgiftemarkt"), en tot slot een tweede „stroomafwaartse" markt, waarop acquiringbanken met elkaar concurreren voor het clientèle van de handelaren (hierna: „acquiringmarkt") (punten 278-282 van de bestreden beschikking).

22 Volgens de Commissie bestaat de relevante markt uit de nationale acquiringmarkten van de lidstaten van de EER (punten 283-329 van de bestreden beschikking).

23 Zij heeft niet ingestemd met het door verzoekster tijdens de administratieve procedure uiteengezette betoog dat er slechts één betrokken productmarkt bestaat, namelijk de markt waarop de diensten die betaalkaartsystemen zowel op vraag van de kaarthouders als van de handelaren aanbieden, met elkaar en met alle andere betaalmiddelen concurreren, met inbegrip van contant geld en cheques (punten 250-277 van de bestreden beschikking).

III – *Toepassing van artikel 81, lid 1, EG*

A – *Besluit van een ondernemersvereniging*

24 Volgens de Commissie zijn de besluiten van de betalingsorganisatie MasterCard in verband met de vaststelling van de MFA's besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, ondanks de wijzigingen die de IPO in de structuur en het bestuur van MasterCard heeft aangebracht.

25 In de eerste plaats heeft zij in wezen geoordeeld dat de betalingsorganisatie MasterCard vóór de IPO een ondernemersvereniging was en dat deze IPO geen invloed heeft gehad op de punten die voor deze kwalificatie doorslaggevend waren (punten 345-357 van de bestreden beschikking). De Commissie heeft met name benadrukt dat de wijziging van de economische eigendom van de betalingsorganisatie MasterCard niet doorslaggevend was (punt 358 van de bestreden beschikking). Zij heeft ook opgemerkt dat het bestuur van de vereniging in Europa onder het toezicht van de banken bleef (punten 359-367 van de bestreden beschikking).

26 In de tweede plaats heeft de Commissie erop gewezen dat niet werd betwist dat de besluiten inzake MFA's die vóór de IPO waren vastgesteld, besluiten van ondernemersverenigingen waren. Ook de besluiten inzake MFA's die na de IPO waren vastgesteld, dienden aldus te worden aangemerkt. Om tot deze conclusie te komen heeft zij zich met name gebaseerd op het feit dat de betalingsorganisatie MasterCard en de banken nog steeds gemeenschappelijke belangen hadden, en dat de banken het nieuwe bestuursmodel van MasterCard hadden aanvaard (punten 370-399 van de bestreden beschikking).

B – *Beperking van de mededinging*

27 Hoewel bepaalde elementen volgens haar duidden op het bestaan van een restrictie die de strekking heeft de mededinging te beperken, heeft de Commissie haar analyse enkel gebaseerd op de mededingingsbeperkende gevolgen van de MFA's op de acquiringmarkt (punten 401-407 van de bestreden beschikking).

28 Volgens de Commissie oefenen de leden van de betalingsorganisatie MasterCard collectief marktmacht uit ten aanzien van de handelaren en hun klanten. Zo hebben de MFA's tot gevolg de MSC's kunstmatig op te drijven, hoewel deze lager konden zijn indien er geen MFA's zouden bestaan en

nadien geheven unilaterale tarieven voor de transacties van uitgevende banken verboden zouden zijn (hierna: „verbod van ‚ex post'-tarieven"). Hieruit volgt dat de door de Commissie in de bestreden beschikking onderzochte MFA's leiden tot een beperking van de prijsconcurrentie tussen de acquiringbanken, ten nadele van de handelaren en hun klanten (punten 410, 411 en 522 van de bestreden beschikking).

29 In dit verband heeft zij in de eerste plaats in aanmerking genomen dat de beperkende gevolgen van MFA's niet enkel een rol speelden bij de acquisitie van grensoverschrijdende transacties, maar ook bij nationale transacties, waarbij zij er met name heeft op gewezen dat de MFA's in bepaalde lidstaten gelden bij gebreke van bilaterale of nationale afwikkelingsvergoedingen en dat zij als uitgangspunt voor de vaststelling van de nationale afwikkelingsvergoedingen konden dienen (punten 412-424 van de bestreden beschikking).

30 In de tweede plaats heeft de Commissie uit diverse bewijzen afgeleid dat de MFA's een minimum voor de MSC's vastlegden (punten 425-438 van de bestreden beschikking).

31 Zij heeft daarenboven in wezen opgemerkt dat de rol die MFA's spelen op de uitgiftemarkt en op de intersysteemmarkt hun mededingingsbeperkende gevolgen op de betrokken markt nog versterkte, aangezien het in het belang van de uitgevende banken is om aan hun klanten kaarten voor te stellen waarvoor hoge MFA's zijn voorzien, en de concurrentie tussen de kaartsystemen voor het clientèle van de banken in het nadeel speelt van systemen die lage MFA's aanbieden (punten 461-491 van de bestreden beschikking).

32 De Commissie heeft ook vastgesteld dat het niet in het belang van de acquiringbanken was om een neerwaartse concurrentiedruk op de MFA's uit te oefenen, aangezien zij er direct of indirect voordeel uit trokken (punten 499-501 van de bestreden beschikking).

33 De handelaren zijn niet in staat om voldoende druk uit te oefenen op het bedrag van de MFA's (punten 502-506 van de bestreden beschikking). Om tot deze conclusie te komen, heeft de Commissie onder meer rekening gehouden met de gevolgen van andere regels van het MasterCard-systeem en met name met het effect van de regel die de aanvaarding van alle kaarten van alle banken oplegt (Honour All Cards Rule; hierna: „HACR") (punten 507-521 van de bestreden beschikking) alsook de mate waarin dit betaalmiddel een aantrekkingskracht uitoefent op de consumenten (punten 504 en 506 van de bestreden beschikking).

C – Beoordeling van de mogelijke objectieve noodzakelijkheid van MFA's voor de werking van het MasterCard-systeem

34 Om te beginnen heeft de Commissie eraan herinnerd dat de beperkingen die slechts wenselijk zijn voor het commerciële succes van een hoofdtransactie of die voor efficiëntiewinst zorgen, anders dan de beperkingen die noodzakelijk zijn voor de verrichting van een dergelijke transactie, slechts in het kader van artikel 81, lid 3, EG kunnen worden onderzocht (punten 524-531 van de bestreden beschikking).

35 De Commissie was van mening dat de MFA's niet als nevenrestricties kunnen worden aangemerkt, aangezien zij niet objectief noodzakelijk zijn voor de werking van een open betaalkaartsysteem. Ook een systeem dat enkel voorziet in een vergoeding van de uitgevende banken door de kaarthouders, van de acquiringbanken door de handelaren en van de eigenaar van het systeem door middel van commissies die door de uitgevende banken en de acquiringbanken worden afgedragen, kan werken (punten 549-552 van de bestreden beschikking). Zij heeft zich in dit verband gebaseerd op het feit dat in Europa vijf open betaalkaartsystemen zonder MFA's opereerden (punten 555-614). De Commissie heeft ook aangehaald dat de centrale bank van Australië een verlaging van de afwikkelingsvergoedingen heeft opgelegd en dat dit geen invloed heeft gehad op de levensvatbaarheid van het MasterCard-systeem (punten 634-644 van de bestreden beschikking).

36 Wat de gevolgen van de HACR betreft, heeft de Commissie betoogd dat de afschaffing van de MFA's niet betekent dat de uitgevende banken daardoor vrij zijn om unilateraal de afwikkelingsvergoedingen vast te stellen, aangezien dit risico kon worden vermeden met een regel die de mededinging minder beperkt, zoals het verbod van „ex post"-tarieven (punten 553 en 554 van de bestreden beschikking).

37 De Commissie heeft verzoeksters' argumenten inzake de kostenstijging die door de afschaffing van de MFA's zou worden veroorzaakt, niet gevolgd. Zij heeft dus niet aanvaard dat deze afschaffing ertoe zou leiden dat de door de kaarthouders betaalde bijdragen zo hoog zouden worden dat er niet meer voldoende vraag zou bestaan (punten 609-614 van de bestreden beschikking). Evenmin heeft zij verzoeksters' analyse gevolgd, dat zonder de MFA's een collectieve herverdeling van de kosten in het systeem zou plaatsvinden en dit voor de aan de handelaren toegerekende kosten een soortgelijk gevolg zou hebben als MFA's (punten 615-619 van de bestreden beschikking).

38 Zij was evenmin de mening toegedaan dat de MFA's objectief noodzakelijk zijn, opdat het MasterCard-systeem zou kunnen concurreren met driepartijenregelingen (punten 620-625 van de bestreden beschikking).

39 De Commissie meende overigens dat de MFA's aanzienlijke mededingingsbeperkende gevolgen hadden (punten 649-660 van de bestreden beschikking) en de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedden (punten 661 en 662 van de bestreden beschikking).

IV – *Toepassing van artikel 81, lid 3, EG*

40 Volgens de Commissie volstaan in wezen de door verzoeksters aangevoerde economische argumenten, ontleend aan de rol van de MFA's bij het in evenwicht houden van het MasterCard-systeem en de maximalisering ervan, niet als bewijs dat MFA's objectieve voordelen teweegbrengen. Zij is van mening dat zij aan verzoeksters geen buitensporig hoge bewijslast heeft opgelegd door te verlangen dat zij empirisch bewijs zouden aandragen. Daarnaast heeft zij bepaalde gegevens aangevoerd die ingaan tegen verzoeksters' argumenten, zoals de aanzienlijke output van bankkaartsystemen die geen gebruikmaken van MFA's en het belang van de inkomsten die banken uit hun activiteit van kaartuitgifte halen (punten 679-701 en 729-733 van de bestreden beschikking).

41 De Commissie heeft daarenboven de theoretische grondslag onderzocht waarop verzoeksters zich baseren, te weten het Baxter-model, maar hun argumenten van de hand gewezen op grond van de inherente beperkingen van dit model (punten 720-724 van de bestreden beschikking).

42 Inzake de voorwaarde dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, was de Commissie van mening dat verzoeksters niet hadden bewezen dat eventuele objectieve voordelen opwogen tegen de nadelen van MFA's voor de handelaren en hun klanten (punten 739-746 van de bestreden beschikking).

V – *Dispositief*

43 De artikelen 1 en 2 van de bestreden beschikking luiden als volgt:

„*Artikel 1*

De betalingsorganisatie MasterCard en de rechtspersonen die haar vertegenwoordigen, te weten [verzoeksters], hebben van 22 mei 1992 tot 19 december 2007 inbreuk gemaakt op artikel 81 [EG] en van 1 januari 1994 tot 19 december 2007 op artikel 53 van de EER-Overeenkomst door feitelijk een minimumtarief vast te leggen dat handelaren aan hun wervende bank moeten betalen voor het

accepteren van betaalkaarten in de [EER], door middel van de fall-back afwikkelingsvergoeding van MasterCard binnen de EER voor debet- en creditkaarten van MasterCard voor consumenten, en voor debetkaarten van MasterCard en Maestro.

Artikel 2

De betalingsorganisatie MasterCard en de rechtspersonen die haar vertegenwoordigen moeten de in artikel 1 bedoelde inbreuk overeenkomstig de hiernavolgende artikelen 3 tot en met 5 beëindigen.

De betalingsorganisatie MasterCard en de rechtspersonen die haar vertegenwoordigen onthouden zich van elke handeling of elk gedrag, als omschreven in artikel 1, dat hetzelfde of een gelijkwaardig doel of gevolg als de inbreuk heeft. Zij onthouden zich er in het bijzonder van de fall-back afwikkelingsvergoeding binnen de SEPA/eurozone toe te passen."

44 Bij artikel 3 van de bestreden beschikking heeft de Commissie verzoeksters verplicht om binnen zes maanden de betrokken MFA's formeel af te schaffen, om de netwerkregels van de vereniging te wijzigen en om alle beslissingen inzake de MFA's in te trekken. Bij artikel 4 van deze beschikking is aan verzoeksters opgedragen om binnen zes maanden de financiële instellingen, alsook de clearinginstellingen en de afwikkelingsbanken die zich bezighouden met transacties binnen de EER, in kennis te stellen van de wijzigingen in de netwerkregels van de vereniging. Bij artikel 5 van deze beschikking is verzoeksters opgedragen om op internet een samenvatting van de bestreden beschikking te publiceren. Artikel 6 van de bestreden beschikking voorziet in de mogelijkheid dat wordt verzocht om verlenging van de termijn van zes maanden waarbinnen verzoeksters de in de artikelen 2 tot en met 5 neergelegde bevelen moeten uitvoeren. Tot slot bepaalt artikel 7 van de bestreden beschikking dat, indien een van deze bevelen niet wordt nageleefd, een geldboete zal worden opgelegd van 3,5 % van hun dagelijkse geconsolideerde wereldwijde omzet.

Procesverloop

45 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 1 maart 2008, hebben verzoeksters het onderhavige beroep ingesteld.

46 Bij beschikking van 12 september 2008 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

47 Bij een eerste beschikking van 9 december 2008 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht BRC en EuroCommerce toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

48 Bij een tweede beschikking van 9 december 2008 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht de volgende ondernemingen toegelaten tot interventie aan de zijde van verzoeksters:

— Banco Santander SA;

— HSBC Bank plc (hierna: „HSBC");

— Bank of Scotland plc;

— Royal Bank of Scotland plc (hierna: „RBS");

— Lloyds TSB Bank plc (hierna: „Lloyds TSB");

— MBNA Europe Bank Ltd (hierna: „MBNA").

49 Op 4 augustus en 5 december 2008, alsook op 19 februari, 29 april en 23 juli 2009 hebben verzoeksters verzocht dat bepaalde vertrouwelijke gegevens in respectievelijk het verzoekschrift, het verweerschrift, de repliek, bepaalde memories in interventie en in de dupliek, niet aan interveniënten zouden worden meegedeeld. Zij hebben een niet-vertrouwelijke versie van deze verschillende processtukken overgelegd. Aan interveniënten zijn alleen deze niet-vertrouwelijke versies van voornoemde processtukken meegedeeld. Interveniënten hebben hiertegen geen bezwaar gemaakt.

50 RBS heeft op 25 februari 2009 verzocht dat bepaalde vertrouwelijke gegevens in de memorie in interventie niet aan de andere interveniënten zouden worden meegedeeld. De volgende dag hebben MBNA, HSBC en Bank of Scotland soortgelijke verzoeken met betrekking tot hun memorie in interventie ingediend. Op 3 maart 2009 heeft ook EuroCommerce een dergelijk verzoek ingediend met betrekking tot haar memorie in interventie. Interveniënten hebben een niet-vertrouwelijke versie van hun memorie in interventie overgelegd. Aan de andere interveniënten zijn alleen deze niet-vertrouwelijke versies van voornoemde memories in interventie meegedeeld. Deze interveniënten hebben hiertegen geen bezwaar gemaakt.

51 Op 8 januari 2010 hebben verzoeksters het Gerecht overeenkomstig artikel 64, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voorgesteld om maatregelen tot organisatie van de procesgang vast te stellen. Op 29 januari en 31 maart 2010 hebben verzoeksters verzocht dat bepaalde vertrouwelijke gegevens in respectievelijk hun verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang en de reactie van de Commissie op dit verzoek, niet aan interveniënten zouden worden meegedeeld en hebben zij een niet-vertrouwelijke versie van deze verschillende processtukken overgelegd. Aan interveniënten is alleen deze niet-vertrouwelijke versie van voornoemde stukken meegedeeld. Interveniënten hebben hiertegen geen bezwaar gemaakt.

52 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Zevende kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

53 Ter terechtzitting van 8 juli 2011 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.

Conclusies van partijen

54 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep ontvankelijk te verklaren;

— de bestreden beslissing nietig te verklaren, of, subsidiair, de artikelen 3 tot en met 5 en 7 ervan nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

55 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

56 Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, BRC en EuroCommerce concluderen dat het het Gerecht behage het beroep te verwerpen.

57 Banco Santander, RBS, Lloyds TSB en MBNA concluderen dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

58 HSBC concludeert dat het het Gerecht behage de bestreden beschikking nietig te verklaren.

59 Bank of Scotland concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing nietig te verklaren, of, subsidiair, de artikelen 3 tot en met 5 en 7 ervan nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

In rechte

I – *Door verzoeksters ingediend verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang*

60 Verzoeksters wensen dat de Commissie bij wijze van maatregelen tot organisatie van de procesgang wordt verzocht om een passage uit de dupliek te wijzigen, teneinde de verwijzingen naar de unilaterale verbintenissen die zij zijn aangegaan te verwijderen.

61 Uit deze passage van de memorie van dupliek blijkt dat de gesprekken tussen verzoeksters en de Commissie na de vaststelling van de bestreden beschikking zijn voortgezet en hebben geleid tot verbintenissen betreffende een nieuwe berekeningsmethode voor de MFA's. Op basis van deze verbintenissen heeft het met mededingingsaangelegenheden belaste lid van de Commissie te kennen gegeven dat „zij geen enkele reden zag om het college voor te stellen om een procedure tegen de volgens deze nieuwe methode berekende MFA's in te leiden".

62 Verzoeksters menen dat deze verwijzingen zijn opgenomen in strijd met de afspraak met de Commissie volgens welke hun besprekingen en elke eventuele regeling rond de MFA's „vertrouwelijk" en „onder alle voorbehoud" (without prejudice) zouden zijn. De Commissie benadrukt dat de herinvoering van de MFA's een feit van algemene bekendheid is, aangezien zowel verzoeksters als de Commissie perscommuniqués over dit onderwerp hebben bekendgemaakt. Zij geeft tevens te kennen dat verzoeksters een onjuiste uitlegging van het begrip „onder alle voorbehoud" hanteren.

63 Volgens vaste rechtspraak staat het aan het Gerecht om het nut van maatregelen tot organisatie van de procesgang te beoordelen [arrest Hof van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie, C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 67, en arresten Gerecht van 20 maart 1991, Pérez-Mínguez Casariego/Commissie, T-1/90, Jurispr. blz. II-143, punt 94, en 12 september 2007, Neumann/BHIM (Vorm van een microfoonkop), T-358/04, Jurispr. blz. II-3329, punt 66].

64 In de onderhavige zaak volstaat het vast te stellen dat de litigieuze verwijzingen betrekking hebben op een gebeurtenis die na de vaststelling van de bestreden beschikking heeft plaatsgevonden en dus geen weerslag heeft op de wettigheid ervan (zie in die zin arrest Gerecht van 28 februari 2002, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-395/94, Jurispr. blz. II-875, punt 252 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Bijgevolg moet het door verzoeksters ingediende verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang worden afgewezen, zonder dat het noodzakelijk is in te gaan op de precieze omvang van de verplichtingen die besloten liggen in de vermelding, in de briefwisseling tussen partijen, dat hun besprekingen vertrouwelijk en „onder alle voorbehoud" waren.

II – *Ontvankelijkheid van de inhoud van bepaalde bijlagen bij de schriftelijke stukken van partijen*

66 De Commissie is van mening dat de argumenten die zich in sommige bijlagen bij het verzoekschrift en de repliek bevinden, onder toepassing van de rechtspraak van het Gerecht niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, aangezien het de daaraan toegekende functie van louter bewijsmiddel en ondersteuning te buiten zou gaan dat de bijlagen argumenten bevatten.

67 In hun repliek geven verzoeksters te kennen dat genoemde bijlagen slechts een onderbouwing zijn van de argumenten die in de tekst van het verzoekschrift zelf voorkomen en derhalve ontvankelijk zijn. Dit is anders voor sommige bijlagen bij het verweerschrift, waarin argumenten zijn opgenomen die niet in de tekst van het verweerschrift zelf voorkomen en die dus niet in aanmerking zouden mogen worden genomen ten behoeve van de onderhavige procedure.

68 Volgens artikel 21 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten. Voor de ontvankelijkheid van een beroep is het volgens vaste rechtspraak noodzakelijk dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken. De tekst daarvan mag weliswaar op specifieke punten worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, maar een algemene verwijzing naar andere stukken, ook al zijn die als bijlage bij het verzoekschrift gevoegd, kan het ontbreken van de wezenlijke elementen van het juridische betoog, die volgens bovengenoemde bepalingen in het verzoekschrift moeten worden vermeld, niet goedmaken. Bovendien is het niet de taak van het Gerecht om in de bijlagen de middelen en argumenten te zoeken en te ontdekken die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen, aangezien de bijlagen slechts als bewijsmiddel dienen (zie arrest Gerecht van 17 september 2007, Microsoft/Commissie, T-201/04, Jurispr. blz. II-3601, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Deze uitlegging van artikel 21 van het Statuut van het Hof en van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht ziet ook op de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de repliek, die volgens artikel 47, lid 1, van dat Reglement dient om het verzoekschrift aan te vullen (arrest Microsoft/Commissie, punt 68 supra, punt 95).

70 Ook al komen het verzoekschrift en het verweerschrift vanuit het oogpunt van het vermoeden van wettigheid dat op de handelingen van de instelling rust, aan verschillende doelstellingen tegemoet en dienen zij dus aan andere vereisten te voldoen, hieraan doet niet af dat, wat de mogelijkheid om naar geschriften in de bijlagen bij het verweerschrift te verwijzen betreft, dezelfde benadering moet worden gekozen als voor het verzoekschrift, aangezien artikel 46, lid 1, sub b, van het Reglement voor de procesvoering preciseert dat het verweerschrift de aangevoerde gronden, zowel feitelijk als rechtens, moet bevatten.

71 De kritiek die op de verwijzing naar bijlagen is geuit, zal in voorkomend geval worden onderzocht bij de analyse van de verschillende middelen en argumenten waarop deze betrekking hebben. Met de bijlagen zal slechts rekening worden gehouden voor zover zij de door partijen in hun schriftelijke stukken uitdrukkelijk aangevoerde middelen of argumenten staven of aanvullen en voor zover het voor het Gerecht mogelijk is om precies vast te stellen wat zij bevatten dat deze middelen of argumenten staven of aanvullen (zie in die zin en naar analogie arrest Microsoft/Commissie, punt 68 supra, punt 99).

III – *Ten gronde*

72 Het onderhavige beroep omvat, primair, een verzoek tot nietigverklaring van de bestreden beschikking en, subsidiair, een verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 daarvan.

A – *Verzoek tot nietigverklaring van de bestreden beschikking*

73 Ter ondersteuning van dit verzoek voeren verzoeksters vier middelen aan, ontleend aan, in de eerste plaats, schending van artikel 81, lid 1, EG wegens onjuistheden in de analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging; in de tweede plaats, schending van artikel 81, lid 3, EG; in de derde plaats, schending van artikel 81, lid 1, EG wegens de onjuiste kwalificatie van besluiten van een ondernemersvereniging die op de MFA's is toegepast, en, in de vierde plaats, gebreken in administratieve procedure en feitelijke onjuistheden.

1. Eerste middel, ontleend aan schending van artikel 81, lid 1, EG doordat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat de MFA's een beperking van de mededinging opleverden

74 Dit middel valt in wezen uiteen in twee onderdelen. In het kader van het eerste daarvan geven verzoeksters te kennen dat de Commissie ten onrechte ervan is uitgegaan dat de MFA's mededingingsbeperkende gevolgen hadden. In het kader van het tweede onderdeel stellen zij dat de Commissie tot de conclusie had moeten komen dat de MFA's objectief noodzakelijk waren voor de werking van het MasterCard-systeem.

75 Verzoeksters' verwijzing naar de vermeende objectieve noodzakelijkheid van de MFA's moet aldus worden opgevat dat de Commissie had moeten concluderen dat zij een nevenrestrictie waren ten opzichte van het MasterCard-systeem en dat zij derhalve niet het recht had om hun gevolgen voor de mededinging autonoom te onderzoeken, maar hen tezamen met die van het MasterCard-systeem waarmee zij verbonden waren, had moeten onderzoeken.

76 Daar waar het antwoord dat moet worden gegeven op het tweede onderdeel bepalend is voor de mogelijkheid van een autonoom onderzoek van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging, moet eerst het tweede onderdeel worden onderzocht.

a) Onderdeel van het middel ontleend aan een onjuiste beoordeling van de objectieve noodzaak van de MFA's

77 Het begrip nevenrestrictie omvat elke restrictie die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een primaire transactie (arrest Gerecht van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, Jurispr. blz. II-2459, punt 104).

78 Onder rechtstreeks met een primaire transactie verband houdende restrictie moet worden verstaan elke restrictie die van ondergeschikt belang is bij de verwezenlijking van die transactie en die daarmee een duidelijk verband heeft (arrest M6 e.a./Commissie, punt 77 supra, punt 105).

79 De voorwaarde dat een restrictie nodig moet zijn, impliceert een dubbel onderzoek. Onderzocht moet namelijk worden, of de restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie, en of zij daaraan evenredig is (arrest M6 e.a./Commissie, punt 77 supra, punt 106).

80 Met betrekking tot het onderzoek van de vraag of een restrictie objectief noodzakelijk is, moet worden beklemtoond, dat nu het bestaan van een rule of reason niet kan worden aanvaard, de voorwaarde van objectieve noodzaak niet aldus kan worden uitgelegd, dat zij een afweging van de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging impliceert. Een dergelijke analyse kan immers enkel in het specifieke kader van artikel 81, lid 3, EG worden verricht. Derhalve kan het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een restrictie voor de primaire transactie dan ook slechts vrij abstract zijn. Niet moet worden onderzocht of de restrictie, gelet op de mededingingssituatie op de betrokken markt, onmisbaar is voor het commerciële succes van de primaire transactie, maar wel of, in het bijzondere kader van de primaire transactie, de restrictie noodzakelijk is voor de verwezenlijking

daarvan. Indien blijkt dat de primaire transactie zonder de restrictie moeilijk of niet kan worden gerealiseerd, kan de restrictie voor de verwezenlijking ervan objectief noodzakelijk worden geacht (arrest M6 e.a./Commissie, punt 77 supra, punten 107 en 109).

81 Wat het onderzoek van de evenredigheid van de restrictie in vergelijking met de verwezenlijking van een primaire transactie betreft, moet worden nagegaan of de duur en de materiële en geografische werkingssfeer daarvan niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de transactie. Indien de duur of de werkingssfeer van de restrictie verder gaan dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de transactie, moet die restrictie in het kader van artikel 81, lid 3, EG afzonderlijk worden geanalyseerd (arrest M6 e.a./Commissie, punt 77 supra, punt 113).

82 Ten slotte is, daar waar de beoordeling of een restrictie een nevenrestrictie vormt voor een primaire transactie, ingewikkelde economische beoordelingen door de Commissie impliceert, de rechterlijke toetsing van die beoordeling beperkt tot de vraag, of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arrest M6 e.a./Commissie, punt 77 supra, punt 114).

83 In de onderhavige zaak is enkel de voorwaarde van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's in geding. Verzoeksters, daarin ondersteund door meerdere interveniënten, voeren in wezen twee grieven aan. Zij geven te kennen dat de bestreden beschikking gebreken vertoont, omdat de Commissie onjuiste juridische criteria heeft toegepast. Zij zijn tevens van mening dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan bij het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van genoemde MFA's.

Grief ontleend aan toepassing van onjuiste juridische criteria

84 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij de MFA's niet in hun juridische en economische context heeft onderzocht. Zij betogen dat de Commissie het recht heeft geschonden door uit de hypothese dat het MasterCard-systeem zonder de MFA's kon functioneren, af te leiden dat zij niet objectief noodzakelijk waren. Uit de rechtspraak volgt integendeel dat indien de primaire transactie zonder de restrictie moeilijk realiseerbaar blijkt, de restrictie als objectief noodzakelijk voor de verwezenlijking ervan kan worden beschouwd. Datzelfde geldt indien de primaire transactie moeilijker te realiseren is of slechts kan worden verwezenlijkt onder onzekerder voorwaarden, met minder kansen op succes.

85 De Commissie bestrijdt de gegrondheid van deze grief.

86 Gelet op de hierboven in de punten 77 tot en met 82 aangehaalde rechtspraak moet deze grief worden afgewezen.

87 Het is juist dat, zoals verzoeksters terecht in herinnering brengen, uit vaste rechtspraak volgt dat bij het onderzoek van mededingingsbeperkende gevolgen uit hoofde van artikel 81, lid 1, EG, rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de producten of diensten waarop deze betrekking heeft, de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert en de structuur van de relevante markt (zie arrest Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 Dit impliceert echter niet, zoals verzoeksters lijken te betogen, dat rekening moet worden gehouden met de voordelen die de MFA's voor het MasterCard-systeem hebben teneinde te bepalen of zij objectief noodzakelijk zijn voor het functioneren daarvan.

89 Zoals volgt uit de hierboven in punt 77 aangehaalde rechtspraak, is het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een restrictie vrij abstract. Immers, alleen de restricties die noodzakelijk zijn opdat de primaire transactie onder alle omstandigheden zou kunnen functioneren, kunnen worden geacht onder de theorie van de nevenrestricties te vallen. De overwegingen, die betrekking hebben op de noodzakelijkheid van de restrictie in het licht van de mededingingssituatie op de betrokken markt, zijn niet dienstig voor het onderzoek of de restrictie een nevenrestrictie is (zie in die zin arrest M6 e.a./Commissie, punt 77 supra, punt 121).

90 Bijgevolg impliceert de omstandigheid dat indien er geen MFA's zouden zijn, dit negatieve gevolgen kan hebben voor de werking van het MasterCard-systeem, op zich niet dat de MFA's als objectief noodzakelijk moeten worden beschouwd, indien uit het onderzoek van het MasterCard-systeem in zijn economische en juridische context volgt dat het zonder deze kan blijven functioneren.

91 De redenering van de Commissie waarmee zij uit de omstandigheid dat het MasterCard-systeem zonder de MFA's kan functioneren, afleidt dat zij niet objectief noodzakelijk zijn, levert dus geen enkele schending van het recht op.

92 Anders dan verzoeksters betogen, heeft de Commissie dus geen onjuiste juridische criteria toegepast. Bijgevolg moet de onderhavige grief worden verworpen.

Grief ontleend aan een onjuist onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's

93 Daar waar de MFA's enerzijds een fall-back zijn bij de afwikkeling van de transacties, die van toepassing is wanneer er geen specifiekere afspraak tussen de uitgevende banken en de acquiringbanken bestaat, en anderzijds samenhangt met een geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken, moet vanuit twee aspecten worden onderzocht of de MFA's eventueel objectief noodzakelijk zijn.

– Objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als fall-back voor de afwikkeling van de transacties

94 Verzoeksters geven in wezen te kennen dat de MFA's objectief noodzakelijk zijn voor het MasterCard-systeem, omdat zij de fall-back zijn voor de afwikkeling van de transacties. Zonder de MFA's zou de HACR, doordat deze impliceert dat alle met een kaart van MasterCard verrichte transacties moeten worden aanvaard, als consequentie hebben dat de acquirers aan de willekeur van de emittenten zouden worden overgelaten, die unilateraal het bedrag van de afwikkelingsvergoeding zouden kunnen bepalen, aangezien de handelaren en de acquirers de transactie moeten aanvaarden.

95 In punt 554 van de bestreden beschikking heeft de Commissie op deze kritiek geantwoord door het volgende te benadrukken:

„De mogelijkheid dat sommige uitgevende banken de aan de HACR gebonden acquirers uitbuiten, kan worden opgeheven door een regel van het netwerk die minder beperkende gevolgen voor de mededinging heeft dan de huidige oplossing van MasterCard, die inhoudt dat als fall-back een bepaald niveau van afwikkelingsvergoedingen wordt toegepast. De alternatieve oplossing zou een regel zijn die verbiedt dat de tarieven ‚ex post' worden vastgesteld wanneer er tussen hen geen bilaterale overeenkomst is gesloten. De regel zou de crediteurbank verplichten om elke betaling die geldig door een debiteurbank in het systeem is ingevoerd te aanvaarden en zou elke bank verbieden om de andere bank kosten in rekening te brengen wanneer er geen bilateraal akkoord is over de hoogte van deze kosten. Deze oplossing die bestemd is om de acquirers te ‚beschermen' tegen machtsmisbruik door de emittenten op basis van de HACR-regel is minder beperkend voor de mededinging dan een MFA, aangezien zij geen minimumprijs voor elke zijde van het systeem vastlegt."

96 Vastgesteld moet worden dat een dergelijke redenering geenszins blijk geeft van een kennelijk onjuiste beoordeling. Het bestaan van fall-back-methoden voor de afwikkeling van transacties die minder beperkend zijn dan de MFA's, staat eraan in de weg dat zij als objectief noodzakelijk voor de werking van het MasterCard-systeem worden beschouwd op de enkele grondslag van hun hoedanigheid van fall-back-methode voor de afwikkeling van transacties.

97 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters' betoog dat de Commissie niet gerechtigd is om rekening te houden met de hypothese van een MasterCard-systeem dat werkt op basis van een verbod van „ex post"-tarieven in plaats van op basis van MFA's, op grond dat een dergelijk verbod niet de uitkomst zou zijn van het vrije concurrentiespel en dus een interventie van „regulatoire" aard zou zijn. Door aldus te redeneren, heeft de Commissie verzaakt aan haar verplichting om te onderzoeken hoe de mededingingssituatie zou zijn zonder de overeenkomst.

98 Een dergelijk betoog berust op een onjuiste lezing van de rechtspraak volgens welke, indien een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die er het gevolg van is, de mededinging moet worden onderzocht binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder deze overeenkomst, dit besluit of deze onderling afgestemde feitelijke gedraging zou afspelen (zie in die zin arrest Hof van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99 Het is juist dat de termen van deze vergelijking realistisch moeten zijn. Derhalve stond het aan de Commissie om te onderzoeken of de hypothese van een MasterCard-systeem dat zonder MFA's functioneert economisch haalbaar was, en deze dus ten behoeve van die vergelijking in aanmerking mocht worden genomen. Zij was echter niet gehouden om aan te tonen dat het vrije concurrentiespel de uitgevende banken en de acquirers ertoe zou bewegen om zelf te beslissen om een voor de mededinging minder beperkende regel dan de MFA's vast te stellen.

– Objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als mechanisme voor geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken

100 Nagegaan moet dus worden of de Commissie terecht kon overwegen dat een regel die „ex post"-tarieven verbiedt, volstond om het MasterCard-systeem te laten werken — in welk geval de MFA's niet als objectief noodzakelijk kunnen worden beschouwd — of dat integendeel de werking van dit systeem een mechanisme voor geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken vereist.

101 Het gaat hierbij niet om een vergelijking teneinde te bepalen of het MasterCard-systeem efficiënter functioneert met de MFA's dan op basis van alleen een verbod van „ex post"-tarieven. Indien die aanpak zou worden gevolgd, zou dit erop neerkomen dat de eventuele voordelen van de MFA's in aanmerking zouden worden genomen, hetgeen, zoals de Commissie terecht benadrukt, onderdeel is van het onderzoek op grond van artikel 81, lid 3, EG (zie de hierboven in punt 80 aangehaalde rechtspraak en arrest Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, Jurispr. blz. II-4653, punt 107).

102 In de punten 549 tot en met 648 van de bestreden beschikking heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de MFA's niet objectief noodzakelijk waren, omdat het MasterCard-systeem kon functioneren op basis van een vergoeding van de uitgevende banken door de kaarthouders, van de acquiringbanken door de handelaren en van de eigenaar van het systeem door de commissies die door de uitgevende banken en de acquiringbanken worden afgedragen.

103 Ter onderbouwing van haar analyse heeft de Commissie zich gebaseerd op de omstandigheid dat vijf open systemen van bankkaarten in Europa functioneerden zonder MFA's. Zij heeft er ook naar verwezen dat er in Australië geen weerslag op het MasterCard-systeem is geweest toen de Australische centrale bank tot de verlaging van de afwikkelingsvergoedingen heeft gedwongen (hierna:

„Australisch voorbeeld"). De Commissie heeft haar analyse bovendien gebaseerd op de omstandigheid dat de MasterCard-kaarten nog andere inkomsten of financiële voordelen voor de banken genereerden, in het kader van hun activiteit van emittent, dan alleen de MFA's.

104 Verzoeksters en sommige van de interveniënten betwisten de relevantie van de door de Commissie aangevoerde bewijzen om aan te tonen dat de MFA's niet objectief noodzakelijk zijn. Hun kritieken zijn gericht tegen de benadering van de Commissie die ertoe strekt vijf nationale systemen te onderzoeken die op het punt van zowel de kenmerken als de omvang ervan van het MasterCard-systeem verschillen. Zij betwisten ook de relevantie van het Australische voorbeeld. Daarnaast benadrukken meerdere interveniënten de moeilijkheden die zij zouden ondervinden indien zij zouden moeten functioneren in een systeem zonder MFA's, op basis van enkel een verbod van „ex post"-tarieven. De noodzaak om andere inkomsten te vinden, zou inhouden dat de kosten die aan de kaarthouders in rekening worden gebracht moeten worden verhoogd, de voordelen die met de MasterCard-kaarten samenhangen moeten worden verminderd en dat er naar alternatieve producten en diensten moet worden overgestapt. Deze moeilijkheden zijn bijzonder groot voor de financiële instellingen van beperkte omvang of de instellingen die niet uitgeven.

105 De Commissie betwist de gegrondheid van deze kritieken. Zij benadrukt onder meer dat verzoeksters' betoog ten aanzien van de vijf nationale systemen niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat dit in een bijlage is opgenomen.

106 Daar waar de MFA's een mechanisme voor geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken vormen, moet de objectieve noodzakelijkheid ervan voor de werking van het MasterCard-systeem worden onderzocht in de bredere context van de inkomsten en economische voordelen die de banken uit de uitgifte van kaarten ontvangen.

107 Dienaangaande moet worden benadrukt dat de kredietkaarten belangrijke inkomsten genereren voor de uitgevende banken, die onder meer bestaan in de rente die de kaarthouders in rekening wordt gebracht. Uit punt 346 van de APVB, waarnaar punt 612 van de bestreden beschikking verwijst, volgt dat voor de „uitgevende banken het belang van het lenen van geld via de kredietkaarten hoog kan zijn, vooral op markten waarop de kredietkaarten in ruime mate worden gebruikt, zoals het Verenigd Koninkrijk, het land dat het grootste aantal kredietkaarten van MasterCard in omloop heeft". Een dergelijke beoordeling is ook terug te vinden in voetnoot 829 van de bestreden beschikking, waarin is benadrukt dat „in het Verenigd Koninkrijk, bijvoorbeeld, de uitgevende banken 90 % van hun omzet genereren met middelen die van de kaarthouders afkomstig zijn (hoofdzakelijk rente) en slechts 10 % uit afwikkelingsvergoedingen".

108 Wat debetkaarten betreft, geeft de Commissie in wezen te kennen in de punten 347 en 348 van de APVB, waarnaar punt 612 van de bestreden beschikking verwijst, dat de debetkaarten aan de oorsprong lagen van omvangrijke commerciële voordelen voor de banken, andere dan de afwikkelingsvergoedingen, doordat zij het aantal transacties met contant geld en per cheque konden terugdringen en daarmee ook de kosten die anders uit de handmatige verwerking van dergelijke betaalmiddelen voortvloeiden.

109 Vastgesteld moet worden dat het bestaan van dergelijke inkomsten en voordelen het weinig waarschijnlijk maakt dat een aanzienlijk deel van de banken zonder de MFA's hun activiteit op het gebied van de uitgifte van MasterCard-kaarten zouden stopzetten of inperken of dat zij de voorwaarden voor uitgifte zodanig zouden wijzigen dat dit de houders van deze kaarten ertoe zou brengen om de voorkeur te geven aan andere betaalmiddelen of hun toevlucht te nemen tot kaarten die onder een driepartijenregeling vallen, hetgeen de levensvatbaarheid van het MasterCard-systeem in geding zou kunnen brengen.

110 Anders gezegd, indien in een systeem dat zonder MFA's functioneert, kan worden verwacht dat de aan de kaarthouders toegekende voordelen of de winstgevendheid van de kaartuitgifte zullen afnemen, kan hieruit redelijkerwijs worden geconcludeerd dat een dergelijke afname niet zal volstaan om de levensvatbaarheid van het MasterCard-systeem in het geding te brengen.

111 Deze conclusie vindt steun in het Australische voorbeeld, waarnaar de Commissie heeft verwezen in de punten 634 tot en met 644 van de bestreden beschikking. Hieruit volgt immers dat een gevoelige verlaging van de afwikkelingsvergoedingen in het MasterCard-systeem, waartoe de Australische centrale bank had verplicht, geen merkbare weerslag heeft gehad op de levensvatbaarheid ervan en met name niet heeft geleid tot een overstap naar driepartijenregelingen, dit zelfs in omstandigheden waarin de driepartijenregelingen niet door de regelgeving van de Australische centrale bank werden geraakt.

112 Verzoeksters en sommige van de interveniënten menen dat het Australische voorbeeld geen relevant bewijs vormt, op grond, in de eerste plaats, dat dit een verlaging en niet de afschaffing van de afwikkelingsvergoedingen betreft, in de tweede plaats dat door de Commissie niet is aangetoond dat de marktvoorwaarden in Australië en in de EER voldoende vergelijkbaar zijn om dergelijke vergelijkingen toe te laten en, in de derde plaats, dat deze verlaging ten grondslag heeft gelegen aan negatieve gevolgen voor de kaarthouders.

113 Het is onbetwist zo dat een verlaging, zelfs een aanzienlijke, van de afwikkelingsvergoedingen niet een vergelijkbare strekking heeft als die van de hypothese van een MasterCard-systeem dat functioneert zonder een mechanisme voor de geldoverdracht van het luik „acquisitie" naar het luik „uitgifte", waarvan is uitgegaan om de objectieve noodzakelijkheid, of niet, van de MFA's voor de werking van het MasterCard-systeem te onderzoeken.

114 Toch blijft het zo, voor het geval dat een dergelijk mechanisme, zoals verzoeksters beweren, objectief noodzakelijk blijkt te zijn, dat redelijkerwijs had kunnen worden verwacht dat de aanzienlijke verlaging van de afwikkelingsvergoedingen die in Australië is opgelegd, negatieve gevolgen zou hebben voor het functioneren van het MasterCard-systeem.

115 Vastgesteld moet worden dat dergelijke negatieve gevolgen zich niet hebben voorgedaan. Wat de concurrentie van de driepartijenregelingen betreft, volgt uit punt 636 van de bestreden beschikking dat het „gezamenlijke aandeel van American Express en Diners Club in Australië slechts licht is toegenomen, van 15 % naar 17 %, om zich vervolgens te stabiliseren". De Commissie heeft ook geen afname van de activiteit van het MasterCard-systeem vastgesteld, maar juist een toename van het marktaandeel en de omzet ervan. Hoewel een dergelijke toename ten dele kan worden verklaard, zoals de Commissie erkent, door het verdwijnen van een concurrerend systeem, heeft de Commissie niettemin, zonder een beoordelingsfout te begaan, kunnen benadrukken in punt 641 van de bestreden beschikking, dat deze toename een „duidelijke tendens" was en van zodanige aard dat deze verzoeksters' betoog weerlegde dat een MasterCard-systeem zonder MFA's ineen zou storten.

116 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters' betoog dat er geen vermoeden kan zijn dat de marktvoorwaarden in Australië zodanig vergelijkbaar zijn met die in de EER, dat daarmee betrouwbare parallellen kunnen worden getrokken.

117 Uit de bestreden beschikking volgt immers dat het marktaandeel van Diners Club en American Express veel lager was in de EER dan in Australië (hun respectievelijke marktaandeel bedroeg 17 en 19 % in Australië, terwijl dit slechts 2 en de 3 % in de EER was). Indien er derhalve verschillen in marktvoorwaarden tussen Australië en de EER bestaan, wijzen die eerder in de richting van de weerstand van het MasterCard-systeem in Europa tegen een functioneren zonder MFA's.

118 Wat de beweerde omstandigheid betreft dat de situatie van de kaarthouders in Australië is verslechterd na de regulering van de afwikkelingsvergoedingen, is het uiteraard juist dat uit het door verzoeksters overgelegde bewijs blijkt dat de verlaging van de afwikkelingsvergoedingen heeft kunnen leiden tot een verhoging van de kosten die de kaarthouders in rekening zijn gebracht of tot een vermindering van sommige voordelen.

119 Echter, de omstandigheid dat de uitgevende banken de verlaging van de afwikkelingsvergoedingen ten dele hebben afgewenteld op de kaarthouders, blijft zonder gevolgen voor het onderzoek van de mogelijke objectieve noodzakelijkheid van de MFA's. Dit zou anders zijn indien zou zijn gebleken dat

de verhoging van de aan de kaarthouders in rekening gebrachte kosten, of de vermindering van de voordelen die eerder werden toegekend, ertoe had geleid dat zij wezenlijk minder gebruik hadden gemaakt van hun MasterCard-kaarten en dit dus de levensvatbaarheid van het systeem in gevaar had kunnen brengen. Zoals is benadrukt in punt 115 hierboven, is dit niet het geval geweest.

120 Gelet op een en ander, is de Commissie terecht tot de conclusie gekomen dat de MFA's niet objectief noodzakelijk waren voor de werking van het MasterCard-systeem.

121 In die omstandigheden hoeven de kritieken van verzoeksters en de interveniënten ter zake van de vergelijkbaarheid van het MasterCard-systeem met de vijf nationale bankkaartsystemen die zonder MFA's functioneren, niet te worden onderzocht.

122 Het onderhavige onderdeel van het middel moet dus worden afgewezen.

b) Onderdeel van het middel ontleend aan beoordelingsfouten in de analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging

123 Verzoeksters, daarin ondersteund door meerdere interveniënten, geven te kennen dat de analyse van de Commissie van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging in meerdere opzichten gebreken vertoont.

124 De Commissie concludeert tot afwijzing van het onderhavige onderdeel van het middel.

125 Er moet aan worden herinnerd dat de Commissie het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 81, lid 1, EG, in de bestreden beschikking heeft gebaseerd op de omstandigheid dat de MFA's — direct of indirect — een invloed hebben op de hoogte van de afwikkelingsvergoedingen die door de uitgevende banken geheven worden en dat, aangezien de acquiringbanken ernaar streefden deze kostenpost op de handelaren af te wentelen, zij een minimum vastlegden voor de MSC's. Zij leidt hieruit af dat zij een beperking van de mededinging op de acquiringmarkt tot gevolg hadden (punten 410 en 522 van de bestreden beschikking).

126 Meer in het bijzonder heeft de Commissie:

— benadrukt dat de MFA's van toepassing waren op grensoverschrijdende transacties, bij gebreke van specifiekere afwikkelingsvergoedingen (punten 412-415 van de bestreden beschikking) en voorts dat zij hetzij van toepassing waren op nationale transacties bij gebreke van afwikkelingsvergoedingen die binnen het land golden, hetzij als referentie dienden bij de vaststelling daarvan (punten 416-424 van de bestreden beschikking);

— afgeleid uit kwantitatieve analyses van de effecten van de MFA's op de MSC's (punten 426-436 van de bestreden beschikking) en de getuigenverklaringen van handelaren in de loop van een door haarzelf uitvoerde studie uit 2004 (hierna: „marktstudie van de handelaren", punten 437 en 438 van de bestreden beschikking) dat de MFA's nog steeds een obstakel vormden voor een verlaging van de MSC's tot beneden een bepaald niveau;

— rekening gehouden met de gevolgen voor de mededinging op de uitgiftemarkt en de intersysteemmarkt, door op te merken dat het in het belang van de uitgevende banken was om kaarten aan te bieden waarvoor een hoge MFA was voorzien en voorts dat de concurrentie die de kaartsystemen elkaar aandeden voor het clientèle van de banken, plaatsvond ten nadele van de systemen die lage MFA's aanboden (punten 461-498 van de bestreden beschikking);

— in wezen opgemerkt dat het niet in het belang van de acquiringbanken was om concurrentiedruk met het oog op een verlaging van de MFA's uit te oefenen (punten 499-501 van de bestreden beschikking);

— in aanmerking genomen dat de handelaren niet in staat waren om voldoende druk op de MFA's uit te oefenen (punten 502-521 van de bestreden beschikking).

127 Zoals hierboven in herinnering is gebracht in punt 87, moet bij de toetsing van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen krachtens artikel 81, lid 1, EG rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteren, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de betrokken goederen of diensten, de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze markt functioneert.

128 Zoals bovendien hierboven is opgemerkt in punt 98, moet, indien een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die er het gevolg van is, de mededinging worden onderzocht binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder deze overeenkomst, dit besluit of deze onderling afgestemde feitelijke gedraging zou afspelen.

Grieven inzake het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden zonder de MFA's

129 Verzoeksters en meerdere interveniënten geven te kennen dat de Commissie heeft verzaakt aan haar verplichting om de mededinging binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de MFA's zou afspelen, te onderzoeken. Zij voeren in wezen twee grieven aan.

130 In het kader van een eerste grief verwijzen verzoeksters naar het ontbreken van een concurrentieverhouding tussen uitgevende en acquiringbanken, om zich op het standpunt te stellen dat de Commissie niet tot de conclusie kon komen dat de MFA's mededingingsbeperkend waren, aangezien het ontbreken daarvan niet impliceert dat er concurrentie ontstaat die tot de verlaging van de afwikkelingsvergoedingen leidt. Zij herinneren eraan dat het MasterCard-systeem niet kan functioneren zonder een fall-back-mechanisme voor de afwikkeling van transacties. Verzoeksters zijn tevens van mening dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat zonder de MFA's bilaterale onderhandelingen zouden worden gevoerd tussen de uitgevende banken en de acquiringbanken en dat dergelijke onderhandelingen op termijn zouden leiden tot het verdwijnen van de afwikkelingsvergoedingen en dat zij in haar redenering rekening heeft gehouden met het verbod van „ex post"-tarieven.

131 Deze grief moet worden afgewezen.

132 Om de hierboven in de punten 94 tot en met 120 uiteengezette redenen, volstaat het dat de hypothese van een MasterCard-systeem dat zonder MFA's functioneert — op de enkele basis van een regel die „ex post"-tarieven verbiedt — economisch haalbaar blijkt te zijn, om te rechtvaardigen dat daar rekening mee wordt gehouden in het kader van haar analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging.

133 Wat voorts de kritiek op de verwijzing in de bestreden beschikking naar bilaterale onderhandelingen tussen de uitgevende en de acquiringbanken betreft, moet worden benadrukt dat, indien de Commissie in punt 460 van de bestreden beschikking naar dergelijke onderhandelingen heeft verwezen, zij dit in wezen heeft gedaan om te benadrukken dat in een MasterCard-systeem dat zonder MFA's functioneert, de acquirers die op bilaterale basis afwikkelingsvergoedingen zouden aanvaarden, het risico namen dat zij niet langer competitief zouden zijn op de acquiringmarkt en dat het derhalve, zonder de MFA's, verwacht kon worden dat op termijn de afwikkelingsvergoedingen niet langer bij de afwikkeling van de transacties zouden worden geheven.

134 Vastgesteld moet worden dat een dergelijke analyse niet kennelijk onjuist lijkt te zijn. Er kan redelijkerwijs van worden uitgegaan dat de MFA's, door te zorgen voor transparantie tussen de acquiringbanken ten aanzien van de hoogte van de afwikkelingsvergoedingen die op de transacties

worden toegepast, het gemakkelijker maken om alle commissies, of althans een belangrijk deel daarvan, op de handelaren af te wentelen, terwijl de acquiringbanken ervan verzekerd zijn dat de daarvan afgeleide verhoging van het bedrag van de MSC's geen weerslag zal hebben op hun concurrentiepositie. Het is evenwel redelijk ervan uit te gaan dat een dergelijke verzekering er niet zou zijn in een systeem dat zonder MFA's functioneert en derhalve dat de afwenteling van een op bilaterale basis aanvaarde afwikkelingsvergoeding op de handelaren het gevaar in zich bergt dat de concurrentiepositie van de acquiringbank in kwestie wordt aangetast.

135 In het kader van een tweede grief verwijten verzoeksters en meerdere interveniënten de Commissie dat zij niet heeft aangetoond dat de afschaffing van de MFA's tot meer concurrentie tussen de acquirers zou leiden. Deze grief kan worden onderverdeeld in vier reeksen van kritiekpunten.

136 In de eerste plaats wordt betoogd dat de Commissie ten onrechte rekening heeft gehouden met de mededinging tussen de systemen, terwijl deze geen gevolgen heeft voor de analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging tussen acquirers. Ook wordt te kennen gegeven dat daar waar de Commissie zich uitdrukkelijk heeft gebaseerd op een restrictie die een mededingingsbeperkend gevolg heeft, rekening mag worden gehouden met de punten van de bestreden beschikking over het doel van de MFA's, zoals hun kwalificatie als „minimumadviesprijs".

137 Allereerst moet worden vastgesteld dat de omstandigheid waarop de Commissie in de punten 461 tot en met 498 van de bestreden beschikking wijst, namelijk dat de mededinging tussen het MasterCard-systeem en andere bankkaartsystemen voor het clientèle van de banken leidt tot een opwaartse druk op de bedragen van de MFA's, een relevant gegeven van de economische context is in de zin van de hierboven in punt 127 aangehaalde rechtspraak. De Commissie mocht daar derhalve rekening mee houden in het kader van haar onderzoek van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging.

138 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat de Commissie in de punten 401 tot en met 407 van de bestreden beschikking heeft benadrukt dat de MFA's „naar hun aard allicht het potentieel hebben om de prijzen vast te stellen" (punt 405 van de bestreden beschikking). Zij heeft ook terecht verzoeksters' argumenten verworpen die waren gebaseerd op het nastreven van legitieme doelstellingen door de MFA's of het ontbreken van een bedoeling om de mededinging te beperken. Zij heeft evenwel in punt 407 van de bestreden beschikking beslist om niet „tot een definitieve conclusie te komen ten aanzien van de vraag of de MFA's van [de betalingsorganisatie] MasterCard een restrictie met een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, [EG]" vormden, op grond dat duidelijk was aangetoond „dat de MFA's van [de betalingsorganisatie] MasterCard tot gevolg [hadden] de mededinging merkbaar ten nadele van de handelaren te beperken en te vervalsen op de acquiringmarkten".

139 De mededingingsbeperkende strekking en gevolgen van een besluit van een ondernemersvereniging zijn geen cumulatieve, maar alternatieve voorwaarden om te beoordelen of een dergelijk besluit onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt. Uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden, hetgeen blijkt uit het voegwoord „of", volgt dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking zelf van het besluit, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin het moet worden toegepast. Wanneer echter uit de inhoud van het besluit blijkt dat dit besluit de mededinging niet in voldoende mate ongunstig beïnvloedt, moet worden gekeken naar de gevolgen ervan. Om het besluit te verbieden moeten alle elementen waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk is verhinderd dan wel merkbaar beperkt of vervalst, aanwezig zijn. De gevolgen van een besluit behoeven niet te worden onderzocht wanneer vaststaat dat dit een mededingingsbeperkende strekking heeft (zie in die zin arrest Hof van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr. blz. I-9291, punt 55).

140 Het is niet overbodig te benadrukken dat artikel 81, lid 1, sub a, EG uitdrukkelijk bepaalt dat maatregelen die bestaan in het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen mededingingsbeperkingen vormen en dat volgens de rechtspraak het artikel 81, lid 1, sub a, EG tot doel heeft, de ondernemingen te verbieden de normale ontwikkeling van de prijzen op de markt te verstoren (arrest Gerecht van 10 maart 1992, ICI/Commissie, T-13/89, Jurispr. blz. II-1021, punt 311).

141 Daar de Commissie zich echter niet uitdrukkelijk op het bestaan van een restrictie met een mededingingsbeperkende strekking heeft gebaseerd, moet overeenkomstig de hierboven in punt 98 aangehaalde rechtspraak, teneinde na te gaan of de MFA's een restrictie met een mededingingsbeperkend gevolg opleveren, de mededinging worden onderzocht binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder genoemde MFA's zou afspelen.

142 In de tweede plaats geven verzoeksters in wezen te kennen dat de omstandigheid dat de MFA's een weerslag op de hoogte van de MSC's hebben, niettemin geen gevolgen voor de mededinging tussen acquirers heeft, op grond dat zij op dezelfde wijze op alle acquirers van toepassing zijn en als een gemeenschappelijke kostenpost aan de inputzijde werken. Het verbod van „ex post"-tarieven zou erop neerkomen een MFA met een nultarief op te leggen, hetgeen, vanuit mededingingsoogpunt, equivalent zou zijn aan en net zo transparant zou zijn als de huidige MFA's, met als enige verschil de hoogte ervan.

143 Een dergelijk betoog kan niet slagen. Indien wordt erkend dat de MFA's een minimum voor de MSC's vastleggen en daar waar de Commissie terecht mocht vaststellen dat een MasterCard-systeem dat zonder MFA's functioneert economisch haalbaar zou zijn, volgt hieruit noodzakelijkerwijs dat zij mededingingsbeperkende gevolgen hebben. In vergelijking met een acquiringmarkt die zonder hen functioneert, verminderen de MFA's de druk die handelaren op de acquiringbanken kunnen uitoefenen tijdens hun onderhandelingen over de MSC's, door de mogelijkheden van een prijsdaling tot beneden een bepaalde drempel te beperken.

144 In derde plaats benadrukt een interveniënte dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de MFA's een minimum voor de MSC's vastleggen, nu de MFA's niet noodzakelijkerwijs geheel op de handelaren worden afgewenteld.

145 Het is op zijn plaats om, alvorens de gegrondheid van dit betoog te beoordelen, eerst te antwoorden op verzoeksters' grieven, die formeel zijn aangevoerd in het kader van het tweede onderdeel van het vierde middel, namelijk de kritiek die wordt geleverd op het door de Commissie gebruikte bewijs in het kader van haar bewijsvoering.

146 Verzoeksters bestrijden in de eerste plaats de verwijzing in punt 438 van de bestreden beschikking naar de verklaringen van een aardoliemaatschappij, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde supermarktketen, een luchtvaartmaatschappij en een meubelwinkel dat de MFA's de concurrentiedruk die zij op de acquiringbanken kunnen uitoefenen beperken. Zij menen dat de Commissie zich selectief heeft gebaseerd op alleen de verklaringen van de handelaren die in de zin van haar analyse waren, en belangrijke verklaringen in tegengestelde zin, die in het AAPVB waren vermeld, heeft weggelaten.

147 Het is juist dat uit de in het AAPVB vermelde verklaringen volgt dat er tussen acquirers concurrentie voor het clientèle van de handelaren bestaat. Er is echter geen tegenstelling met de verklaringen die in punt 438 van de bestreden beschikking naar voren zijn geschoven of meer in het algemeen met de redenering van de Commissie. De omstandigheid dat bij de MSC's tot aan een bepaalde grens, als gevolg van het bestaan van de MFA's, op prijs wordt geconcurreerd, weerhoudt de Commissie er immers niet van om vast te stellen dat deze binnen de werkingssfeer van artikel 81, lid 1, EG vallen.

148 Verzoeksters betogen voorts dat de marktstudie van de handelaren gebrekkig bewijs vormt, dat de conclusie van de Commissie niet kan staven.

149 Benadrukt moet worden dat de marktstudie van de handelaren hoofdzakelijk door de Commissie is gebruikt als rechtvaardiging voor drie conclusies. Zoals hierboven in de punten 146 en 147 is benadrukt, heeft de Commissie zich om te beginnen gebaseerd op verklaringen van handelaren die in het kader van deze studie waren ondervraagd, teneinde aan te tonen dat de MFA's een beperking vormden op de concurrentiedruk die zij op de acquiringbanken konden uitoefenen.

150 Vervolgens heeft de Commissie uit deze studie afgeleid dat de handelaren niet in staat waren om voldoende druk op de hoogte van de MFA's uit te oefenen, op grond dat een essentieel onderdeel van het aanvaarden door de handelaren van betalingen per kaart werd gevormd door de aantrekkingskracht die zij voor de consumenten vertegenwoordigden en derhalve dat een weigering van dit betaalmiddel of een discriminatie ervan negatieve gevolgen kon hebben voor hun klantenkring. Deze tweede conclusie is door de Commissie, naast andere factoren, gebruikt in het kader van de afbakening van de productmarkt (punten 289 en 290 van de bestreden beschikking), van het aantonen van het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen van de MFA's (punten 506 en 513 van de bestreden beschikking) en van het weerleggen van de gegrondheid van de door verzoeksters aangevoerde economische theorie ter onderbouwing van de bijdrage van de MFA's aan de technische en de economische vooruitgang in de zin van de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG (punt 704 van de bestreden beschikking).

151 Ten slotte, en ten overvloede, heeft de Commissie in het kader van de analyse of de modaliteiten voor het vaststellen van de MFA's voldeden aan de tweede voorwaarde in artikel 81, lid 3, EG, eveneens verwezen naar de marktstudie van de handelaren om in wezen aan te geven dat het twijfelachtig was dat de handelaren het voordeel ontvangen van de gratis financieringsperiode die bij kredietkaarten en kredietkaarten met uitgestelde betaling is inbegrepen (punt 742 van de bestreden beschikking).

152 In hun AAPVB hebben verzoeksters kritiek geuit op de methode die de Commissie heeft gevolgd om de marktstudie van de handelaren uit te voeren alsook op de conclusies die zij daaruit heeft getrokken. Zij hebben ook twee studies over de aanvaarding van betaalkaarten door de handelaren aangereikt. De Commissie heeft op de commentaren van verzoeksters geantwoord en haar kritieken op de door hen als respectievelijk bijlagen 2 en 3 overgelegde studies uiteengezet. Deze analyse van de Commissie wordt beknopt bestreden in het verzoekschrift, dat op dit punt verwijst naar bijlage A.15 bij het verzoekschrift („De aanvaarding van betaalkaarten door de handelaren — een weerlegging van de kritiek van de Commissie").

153 De kritieken van verzoeksters lijken zowel de betrouwbaarheid van de marktstudie van de handelaren als de gegrondheid van de conclusies die de Commissie daaruit heeft getrokken te betreffen.

154 Om de betrouwbaarheid van een bewijsstuk te beoordelen, moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder het tot stand is gekomen, degene tot wie het is gericht en de inhoud ervan (zie in die zin arrest Gerecht van 27 september 2006, Dresdner Bank e.a./Commissie, T-44/02 OP, T-54/02 OP en T-56/02 OP, T-60/02 OP en T-61/02 OP, Jurispr. blz. II-3567, punt 121 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

155 Vastgesteld moet worden dat bij lezing van zowel bijlagen 2 en 3 bij de bestreden beschikking als bijlage A.15 bij het verzoekschrift, niet is gebleken van enige omstandigheid die kan afdoen aan de betrouwbaarheid van de marktstudie van de handelaren.

156 Meer in het bijzonder kan de omstandigheid dat de Commissie is te werk gegaan op basis van verzoeken om inlichtingen krachtens artikel 18 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1), en daarbij haar identiteit aan de ondervraagde handelaren heeft geopenbaard, niet worden geacht dusdanig te zijn dat daarmee de objectiviteit van de verkregen antwoorden in het geding is gebracht. Aangaande de kritiek dat de handelaren met een grote omvang oververtegenwoordigd waren in de steekproef die de Commissie heeft gehouden, volstaat het te benadrukken dat de keuze om zich te richten op de handelaren die het meest in staat waren om druk op de hoogte van de MFA's uit te oefenen, niet lijkt terug te voeren op een kennelijk onjuiste redenering van de Commissie, gelet op de omstandigheden van het geval.

157 Aangaande de gegrondheid van de conclusies die de Commissie uit de marktstudie van de handelaren heeft getrokken, zijn, naast hetgeen hierboven in de punten 146 en 147 is benadrukt, in dit stadium alleen relevant de kritieken die zijn geuit naar aanleiding van de vaststelling dat de druk die de

handelaren op de hoogte van de MFA's kunnen uitoefenen, ontoereikend is. Vastgesteld moet worden dat de Commissie redelijkerwijs tot deze conclusie heeft kunnen komen op basis van de antwoorden van de handelaren op haar verzoeken om inlichtingen. Uit punt 22 van bijlage 2 bij de bestreden beschikking volgt dat de overgrote meerderheid (91 %) van de handelaren heeft benadrukt dat zij er nog nooit van hebben afgezien om een kaart als betaalmiddel te aanvaarden. De handelaren hebben tevens gepreciseerd dat de belangrijkste redenen waarom zij ertoe werden gebracht om de kaarten te aanvaarden, niet zozeer verband hielden met de transactievoordelen als wel met het feit dat de meerderheid van de klanten een bepaalde kaart bezaten (90 %) en de noodzaak om een imago van onderneming die zich om haar klanten bekommert te onderhouden (67 %).

158 Het is juist dat, zoals verzoeksters in wezen te kennen geven, niet kan worden ontkend dat het risico dat handelaren het gebruik van de kaarten weigeren of ontmoedigen, een beperking voor verzoeksters vormt wanneer zij het bedrag van de MFA's vaststellen. De Commissie kon evenwel, zonder een kennelijke beoordelingsfout te begaan, deze als onvoldoende kwalificeren, aangezien deze zich pas doet gelden boven de maximale tolerantiegrens van de handelaren, wanneer de transactiekosten meer bedragen dan de negatieve gevolgen van een weigering om dit betaalmiddel te accepteren, of een discriminatie van de klanten die dit gebruiken. Dit is in wezen wat verzoeksters zelf ook erkennen wanneer zij toelichten dat zij in het kader van de methode die wordt gevolgd om het bedrag van de MFA's voor de kredietkaarten en kredietkaarten met uitgestelde betaling vast te stellen, „tracht[en] de volgende vraag te beantwoorden: ‚Hoe hoog kunnen de [MFA's] worden voordat we op ernstige acceptatieproblemen stuiten, waarbij de handelaren zullen zeggen: wij willen dit product niet meer, of waarbij zij het gebruik van de kaart zullen ontmoedigen door extra kosten in rekening te brengen of een korting voor contante betaling te verlenen'" (punt 175 van de bestreden beschikking).

159 Wat in de tweede plaats het betoog van een interveniënte betreft dat de Commissie er ten onrechte van is uitgegaan dat de MFA's een minimum voor de MSC's vastlegden, terwijl meerdere factoren deze conclusie tegenspraken, moet meteen al de stelling worden verworpen dat er geen daling van de MSC's of de detailhandelsprijzen te zien is geweest na de vaststelling van de bestreden beschikking, daar deze stelling is gebaseerd op een stand van de feiten van na genoemde vaststelling, die dus geen weerslag kan hebben op de wettigheid van de vastgestelde handeling.

160 Voorst verwijst de interveniënte naar, om te beginnen, de omstandigheid dat bij „on us"-transacties de bank ervan kan afzien om het bedrag van de afwikkelingsvergoeding op de handelaar af te wentelen. Vervolgens benadrukt zij dat uit de door de Commissie in de bestreden beschikking gebruikte voorbeelden blijkt dat de MFA's niet altijd op de handelaren worden afgewenteld. Tot slot merkt zij op dat een vergelijking over meerdere jaren in Spanje aantoont dat het bedrag van de MSC's gemiddeld lager is dan het bedrag van de MFA's.

161 Wat om te beginnen de verwijzing naar de „on us"-transacties (interne transacties) betreft, moet eraan worden herinnerd dat het omstandigheden betreft waarin een bank de transacties acquireert die met door haar uitgegeven kaarten zijn verricht. Het is juist dat de bank in dat geval het bedrag van de afwikkelingsvergoeding dan niet aan een andere bank verschuldigd is, zodat het voor haar in beginsel gemakkelijker is om deze niet op de MSC's af te wentelen. Gelet echter op het grote aantal financiële instellingen dat aan het MasterCard-systeem deelneemt, moet worden benadrukt dat dergelijke „on us"-transacties slechts een moeilijk te voorspellen fractie vormen van het totale aantal transacties dat bij een handelaar wordt verricht. Het valt bijgevolg te betwijfelen dat de „on us"-transacties daadwerkelijk een weerslag kunnen hebben op het bedrag van de MSC's dat in een systeem met een omvang als dat van het MasterCard-systeem in rekening wordt gebracht.

162 Wat vervolgens de factoren betreft waarop de Commissie zich in de bestreden beschikking heeft gebaseerd in het kader van de tweede door haar uitgevoerde kwantitatieve analyse, die is samengevat in de punten 432 tot en met 436 van de bestreden beschikking, moet worden aangegeven dat daarin het MFA-aandeel in de MSC's die door 17 acquirers in rekening zijn gebracht aan hun kleinste handelaren is vergeleken met dat voor hun grootste handelaren. Hieruit komt naar voren dat 12 van

de in totaal 17 acquirers zelfs aan hun grootste handelaren MSC's in rekening brachten die hoger waren dan de MFA's. Voor de kleinste handelaren waren de MSC's altijd hoger dan de MFA's. Ook werd waargenomen dat het gemiddelde aandeel van de MFA's in de MSC's 84,27 % voor handelaren van grote omvang bedroeg en 45,97 % voor de kleine handelaren.

163 Bij lezing van deze analyse blijkt dat de Commissie terecht in punt 435 van de bestreden beschikking tot de conclusie kon komen dat „de MFA's van [de betalingsorganisatie] MasterCard een minimum vastleg[den] voor de kosten die zowel aan de kleine als aan de grote handelaren werden toegerekend". De gegrondheid van deze conclusie wordt voorts bevestigd door de hierboven in punt 146 vermelde verklaringen van de handelaren.

164 De enkele voorbeelden van MSC's die lager waren dan de MFA's kunnen aan de gegrondheid van die conclusie niet afdoen. Zoals de Commissie terecht benadrukt in punt 450 van de bestreden beschikking, neemt de omstandigheid dat een acquiringbank bereid is om een deel van de MFA's te „absorberen", immers niet weg dat deze een invloed uitoefenen op de prijs van de MSC's. In de eerste plaats speelt dit slechts bij een fractie van de handelaren, namelijk die met een bijzonder sterke onderhandelingsmacht. In de tweede plaats kan er terecht van worden uitgegaan dat, zelfs bij die handelaren, de in rekening gebrachte prijs nog lager zou zijn zonder de MFA's, aangezien de acquiringbanken dan in staat zijn om hogere kortingen te verlenen.

165 Wat ten slotte het argument ontleend aan de situatie in Spanje betreft, moet inderdaad worden vastgesteld dat uit de door de interveniënte als bijlage bij haar memorie in interventie overgelegde stukken blijkt dat de bedragen van de in rekening gebrachte MSC's gelijk waren aan die van de MFA's, of zelfs lager. Een dergelijk argument kan op zichzelf echter niet aantonen dat de conclusie van de Commissie ten aanzien van het effect van de MFA's op de MSC's onjuist was. Daar waar immers de hierboven in de punten 162 en 163 genoemde factoren ertoe strekken aan te tonen dat de MFA's in andere lidstaten van de Unie een minimum voor de MSC's vastleggen, lijkt het door de Commissie ontwikkelde betoog in de punten 452 en 453 van de bestreden beschikking dat de situatie in Spanje wordt verklaard door nationale bijzonderheden, niet kennelijk onjuist. Bovendien kan zelfs in een dergelijke constellatie redelijkerwijs worden verwacht dat de acquiringbanken in staat zouden zijn om lagere MSC's aan te bieden als de MFA's er niet zouden zijn.

166 In de vierde plaats, ten slotte, moet ook het betoog van verzoeksters worden verworpen dat het effect van de MFA's op de door de eindgebruiker betaalde prijzen niet duidelijk door de Commissie is aangetoond. Er kan redelijkerwijs worden geconcludeerd dat de verhoging van de MSC's, gedeeltelijk althans, door de handelaren op de eindgebruiker wordt afgewenteld. Voorts is een dergelijk betoog hoe dan ook irrelevant, aangezien de omstandigheid dat de MFA's een beperking kunnen vormen voor de concurrentiedruk die handelaren op acquirers kunnen uitoefenen, volstaat om het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 81, lid 1, EG aan te tonen.

167 Gelet op een en ander moet de tweede grief worden verworpen.

Grieven in verband met het onderzoek van de productmarkt

168 Verzoeksters, alsook meerdere van de interveniënten, verwijten de Commissie in wezen dat zij heeft verzuimd om in haar redenering rekening te houden met de dualiteit van de markt en zij betwisten de afbakening van de productmarkt waarvan de Commissie is uitgegaan.

169 Wat in de eerste plaats de kritiek op de door de Commissie gehanteerde afbakening van de productmarkt aangaat, moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de bepaling van de relevante markt, voor zover zij voor de Commissie een ingewikkelde economische beoordeling inhoudt, slechts aan een beperkte toetsing door de Unierechter onderworpen kan zijn (zie in die zin arresten Gerecht van 30 maart 2000, Kish Glass/Commissie, T-65/96, Jurispr. blz. II-1885, punt 64, en 6 juni 2002, Airtours/Commissie, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punt 26).

170 Voorts moet eraan worden herinnerd dat de in aanmerking te nemen markt alle producten omvat die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en die slechts in geringe mate door andere producten kunnen worden vervangen (arrest Hof van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 37). Het Hof heeft meer bepaald geoordeeld dat het begrip productmarkt inhoudt dat er daadwerkelijke mededinging kan bestaan tussen de producten die hiervan deel uitmaken, hetgeen veronderstelt dat alle producten die deel uitmaken van eenzelfde markt, elkaar in voldoende mate kunnen substitueren (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 28).

171 Ook moet worden benadrukt dat de afbakening van de relevante markt bij de toepassing van artikel 81 EG niet dezelfde rol speelt als bij de toepassing van artikel 82 EG. In het kader van de toepassing van artikel 82 EG is een nauwkeurige omschrijving van de relevante markt een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde om een oordeel te kunnen geven over een gedraging die in strijd met de mededingingsregels zou zijn; voordat een misbruik van een machtspositie kan worden vastgesteld, moet namelijk het bestaan van een machtspositie op een bepaalde markt worden vastgesteld, wat inhoudt dat deze markt eerst moet zijn afgebakend. Daarentegen moet in het kader van de toepassing van artikel 81 EG eventueel de relevante markt worden afgebakend om te bepalen of de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de betrokken onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en tot doel of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Daarom kunnen in het kader van de toepassing van artikel 81, lid 1, EG de grieven tegen de door de Commissie in aanmerking genomen afbakening van de markt niet een zelfstandig belang hebben, los van de grieven betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en de verstoring van de mededinging. Ook is geoordeeld dat de betwisting van de afbakening van de relevante markt geen doel treft indien de Commissie op basis van de in de bestreden beschikking genoemde documenten terecht heeft geconcludeerd, dat de betrokken overeenkomst de mededinging vervalste en de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kon beïnvloeden (zie arrest Gerecht van 11 december 2003, Adriatica di Navigazione/Commissie, T-61/99, Jurispr. blz. II-5349, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

172 Zoals hierboven is vermeld in de punten 21 tot en met 23, is de Commissie van mening dat de vierpartijenregelingen inzake bankkaarten op drie verschillende productmarkten opereren: een intersysteemmarkt, een uitgiftemarkt en een acquiringmarkt. Zij heeft zich gebaseerd op de beperkende gevolgen van de MFA's op de acquiringmarkt.

173 Vastgesteld moet worden dat een dergelijke afbakening niet kennelijk onjuist is en dat de betwisting ervan door verzoeksters en interveniënten niet overtuigend voorkomt.

174 Verzoeksters geven in wezen te kennen dat de Commissie op onjuiste wijze het bestaan van een autonome acquiringmarkt heeft vastgesteld, aangezien door de vierpartijenregeling één enkele dienst op gezamenlijke vraag van de kaarthouders en de handelaren wordt verleend.

175 Een dergelijk betoog moet worden verworpen, aangezien de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in de punten 260 tot en met 265 van de bestreden beschikking tot de conclusie te komen dat er niet één enkele dienst werd aangeboden in reactie op een gezamenlijke vraag van de handelaren en kaarthouders.

176 Het is inderdaad juist dat er op bepaalde vlakken interactie bestaat tussen de luiken „uitgifte" en „acquisitie", zoals de complementariteit van de uitgiftediensten en de acquiringdiensten en het bestaan van indirecte netwerkeffecten, omdat de omvang van de aanvaarding van de kaarten door de handelaren en het aantal kaarten in omloop elkaar wederzijds beïnvloeden.

177 Benadrukt moet evenwel worden dat ondanks deze complementariteit, er een onderscheid valt te maken tussen de diensten ten behoeve van de kaarthouders en die ten behoeve van de handelaren, en dat de kaarthouders en handelaren afzonderlijk concurrentiedruk op respectievelijk de uitgevende banken en acquiringbanken uitoefenen.

178 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid waarop sommige interveniënten hebben gewezen, dat de uitgevende banken diensten aan de handelaren verlenen, zoals de betalingsgarantie in geval van fraude of insolvabiliteit. Hoewel dergelijke diensten inderdaad door de uitgevende banken worden verleend, geschiedt dit echter door tussenkomst van de acquiringbanken. Anders gezegd, de handelaren oefenen niet direct concurrentiedruk op de uitgevende banken uit wat de verlening van deze diensten betreft.

179 Een van de interveniënten verwijt de Commissie ook dat zij in het kader van haar analyse van de mededingingsbeperkende gevolgen van de MFA's geen rekening heeft gehouden met andere betaalmiddelen, noch in het kader van één enkele markt die uit alle bankkaartsystemen bestaat, noch, in elk geval, als een concurrentiedruk die wordt uitgeoefend.

180 Ook een dergelijk betoog moet worden verworpen. De concurrentiedruk die van andere betaalmiddelen uitgaat, is zeker van invloed op de hoogte van de MFA's, in die zin dat het in het belang van noch verzoeksters noch de banken is dat zij op een zodanig niveau worden vastgesteld dat de handelaren de voorkeur gaan geven aan andere betaalmiddelen. Zoals evenwel hierboven in de punten 157 en 158 is benadrukt, mocht de Commissie, zonder een kennelijke beoordelingsfout te begaan, in de punten 504 en 506 van de bestreden beschikking ervan uitgaan dat het effect van deze druk onvoldoende was, gelet op de voorkeur van de consument voor betalingen per kaart en op het risico van verlies van transacties dat een discriminatie ten voordele van andere betaalmiddelen met zich zou brengen.

181 Wat in de tweede plaats de kritiek betreft dat geen rekening is gehouden met de dualiteit van de markt, moet worden benadrukt dat verzoeksters in dit kader de economische voordelen van de MFA's naar voren halen. Verzoeksters benadrukken in wezen dat deze hen in staat stellen om de werking van het MasterCard-systeem te optimaliseren door de onkosten ten behoeve van de aanmoediging van de aanvaarding van de houders van kaarten en het gebruik daarvan te financieren. Zij leiden hieruit af dat het niet in het belang van de banken is om de MFA's op een buitensporig hoog niveau vast te stellen en dat de handelaren voordelen van de MFA's plukken. Verzoeksters verwijten de Commissie ook dat zij geen acht heeft geslagen op de weerslag van haar beschikking op de kaarthouders, door zich uitsluitend te concentreren op de handelaren. Meerdere interveniënten voegen in dit verband hieraan toe dat zij in een systeem dat zonder MFA's functioneert, gedwongen zouden zijn om minder voordelen aan de kaarthouders toe te kennen, of zelfs om minder actief te worden.

182 Dergelijke kritieken zijn irrelevant in het kader van een middel dat is ontleend aan een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG, daar zij een belangenafweging impliceren tussen de mededingingsbeperkende gevolgen van de MFA's, die de Commissie op geldige wijze heeft vastgesteld, en de eventuele economische voordelen die daaruit zouden kunnen voortvloeien. Slechts binnen het strikte kader van artikel 81, lid 3, EG kunnen de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar worden afgewogen (zie in die zin arrest Van den Bergh Foods/Commissie, punt 101 supra, punt 107 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Grief ontleend aan het onderzoek van het economische bewijs dat in de loop van de administratieve procedure is overgelegd

183 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij het economische bewijs dat zij in de loop van de administratieve procedure hebben overgelegd, niet heeft onderzocht of daarop niet is ingegaan. Anders dan de Commissie stelt, moet deze kritiek, die in het verzoekschrift is geuit, als ontvankelijk

worden beschouwd. Datzelfde geldt voor het bewijs dat als bijlage bij het verzoekschrift is gevoegd, daar dit betrekking heeft op feitelijke vragen, in tegenstelling tot de argumenten van de Commissie die in bijlage bij het verweerschrift zijn opgenomen.

184 Onder toepassing van in de hierboven in de punten 68 tot en met 70 aangehaalde rechtspraak, mag de tekst van het verzoekschrift weliswaar op specifieke punten worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, maar een algemene verwijzing naar andere stukken, ook al zijn die als bijlage bij het verzoekschrift gevoegd, kan het ontbreken van de wezenlijke elementen van het juridische betoog niet goedmaken.

185 Vastgesteld moet worden dat verzoeksters' grief zeer beknopt in het verzoekschrift voorkomt en dat het betoog ter ondersteuning daarvan in feite is ontwikkeld in de bijlagen A.13 („Commentaar op de economische aspecten van de beschikking van de Europese Commissie inzake de afwikkelingsvergoedingen van de [betalingsorganisatie] MasterCard voor grensoverschrijdende transacties, waarvan kennisgeving is geschied op 19 december 2007"), A.14 („Commentaar op bijlage 4 bij de beschikking van de Commissie") en A.15 („De aanvaarding van betaalkaarten door de handelaren — een weerlegging van de kritiek van de Commissie"), dat is opgesteld door de verschillende deskundigen van wie de in de loop van de administratieve procedure overgelegde economische bewijzen afkomstig waren, en waarnaar verzoeksters in algemene zin verwijzen.

186 Zo beperken verzoeksters zich in de punten 52 tot en met 54 van het verzoekschrift tot de vermelding dat zij in de loop van de administratieve procedure belangrijke economische argumenten hebben aangedragen, die niet door de Commissie zijn gevolgd of door haar verdraaid zijn weergegeven, en dat de „conclusie van [hun] economen" hun juridische analyse ondersteunen, volgens welke de Commissie „ten onrechte heeft geconcludeerd dat de afwikkelingsvergoeding een beperking van de mededinging oplever[de, zich ten onrechte] heeft geconcentreerd op de weerslag van de afwikkelingsvergoeding (of verschillen in de hoogte ervan) op de MSC's, zonder het effect op de kosten voor de kaarthouders te onderzoeken[, ten onrechte heeft] betwist dat het te verwachten moest zijn dat het stelsel de afwikkelingsvergoeding op een niveau zou vaststellen dat het aantal transacties maximaliseert en eraan voorbij [is gegaan] dat dit de consumentenwelvaart [zou] bevorderen".

187 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het verzoekschrift verzoeksters' grief weliswaar onder woorden brengt, maar geen betoog bevat dat dit kan ondersteunen.

188 De Commissie geeft dan ook terecht te kennen dat uit de tekst van het verzoekschrift geen voldoende nauwkeurige elementen blijken opdat het Gerecht zijn toezicht zou kunnen uitoefenen en opdat zij haar verdediging zou kunnen voorbereiden.

189 Hieruit volgt dat het niet de taak van het Gerecht is om in de bijlagen A.13 tot en met A.15 verzoeksters' betoog ter ondersteuning van deze grief te zoeken en dat deze krachtens artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk moet worden verklaard, aangezien hij niet de wezenlijke elementen bevat die het Gerecht in staat moeten stellen zijn toezicht uit te oefenen en de Commissie om haar verweer te voeren.

190 Daarenboven moet worden benadrukt dat de onderhavige grief, voor zover de Commissie daarbij wordt verweten geen rekening te hebben gehouden met de economische argumenten die de voordelen als gevolg van de MFA's voor het MasterCard-systeem, voor de kaarthouders en voor de consument in het algemeen zouden aantonen, irrelevant is in het kader van een middel dat is ontleend aan een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG. Dergelijke overwegingen kunnen immers, gesteld dat zij genoegzaam zijn bewezen, hoe dan ook alleen in aanmerking worden genomen in het kader van het toezicht op het onderzoek van de Commissie van de MFA's uit hoofde van artikel 81, lid 3, EG.

Grief ontleend aan de motivering van de bestreden beschikking

191 Sommige interveniënten uiten het bezwaar dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd, omdat de Commissie niet heeft gerechtvaardigd waarom zij is afgeweken van haar aanpak in de vorige beschikking over de gevolgen van de MFA's, te weten de beschikking van 24 juli 2002 betreffende een procedure op grond van artikel 81 [EG] (COMP/29.373 — Visa international) (hierna: „Visa II-beschikking"). Zij herinneren eraan dat de Commissie daarin had erkend dat de MFA's een vergoeding vormden tussen banken die met elkaar moeten handelen in het kader van de afwikkeling van een betaalkaarttransactie en die hun partner dus niet kunnen kiezen en voorts dat een emittent diensten ten voordele van de handelaar levert, door tussenkomst van de acquirer. In de onderhavige zaak erkent de Commissie de noodzaak van een fall-back-mechanisme, onder verwijzing naar het verbod van „ex post"-tarieven, maar schept een vermoeden dat zich tegen alle MFA's keert.

192 Zonder dat behoeft te worden beantwoord of een dergelijke grief ontvankelijk is, volstaat het te benadrukken dat deze hoe dan ook op een valse premisse berust. Indien de Commissie in de Visa II-beschikking van mening was dat de MFA's van Visa voor een vrijstelling uit hoofde van artikel 81, lid 3, EG in aanmerking kwamen, dan is dit op basis van de conclusie dat zij de mededinging tussen met name de acquirers beperkten (punt 68 van de Visa II-beschikking). De Commissie heeft ook geoordeeld dat de MFA's niet objectief noodzakelijk waren voor het Visa-systeem (punten 58-60 van de Visa II-beschikking). Dit is in wezen de analyse die de Commissie in de bestreden beschikking heeft gevolgd op het punt van het onderzoek van de MFA's van MasterCard uit hoofde van artikel 81, lid 1, EG. De onderhavige grief berust op een vergelijking van overwegingen die niet dezelfde strekking hebben, namelijk de analyse van de mededingingsbeperkende gevolgen van verzoeksters' MFA's uit hoofde van artikel 81, lid 1, EG, in het kader van de bestreden beschikking, enerzijds, en de naleving van de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG in het kader van de Visa II-beschikking, anderzijds.

193 Bijgevolg moet deze grief worden verworpen en moet daarmee het middel derhalve in zijn geheel worden afgewezen.

2. Tweede middel, ontleend aan schending van artikel 81, lid 3, EG

194 Het onderhavige middel wordt door verzoeksters gepresenteerd als bestaande uit twee onderdelen. Met hun eerste onderdeel verwijten zij de Commissie dat zij hun een te zware bewijslast heeft opgelegd ter zake van het bewijs dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. Met hun tweede onderdeel geven verzoeksters te kennen dat de analyse van genoemde voorwaarden door de Commissie gebreken vertoont als gevolg van kennelijk onjuiste beoordelingen.

195 Wat het eerste onderdeel van het middel betreft, betogen verzoeksters in wezen dat de Commissie verplicht was om als enige maatstaf voor haar analyse van hun argumenten en het aangeboden bewijs te nemen, hoe de balans naar alle waarschijnlijkheid zou uitvallen. De door verzoeksters in de loop van de administratieve procedure aangevoerde argumenten hadden de Commissie tot de conclusie moeten brengen, nu zij geen verklaring of rechtvaardiging heeft gegeven, dat zij waren geslaagd in het bewijs dat de MFA's aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG voldeden. Zij betogen ook dat het beginsel in dubio pro reo van toepassing is en dat de Commissie derhalve verplicht was om in geval van twijfel in hun voordeel te beslissen. Tot slot geven enkele interveniërende partijen in wezen te kennen dat de bestreden beschikking er uiteindelijk toe leidt dat verzoeksters de vaststelling van de MFA's op een bepaald niveau moeten rechtvaardigen in plaats van de redelijkheid van de methode die voor de vaststelling ervan wordt gehanteerd, hetgeen een hoge bewijslast vertegenwoordigt.

196 Zoals eraan is herinnerd in artikel 2 van verordening nr. 1/2003, staat het aan de onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81, lid 3, EG beroept, de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan. Bijgevolg moet degene die een beroep doet op artikel 81,

lid 3, EG, door middel van overtuigende argumenten en bewijsstukken aantonen dat aan deze voorwaarden is voldaan (zie arrest Gerecht van 27 september 2006, GlaxoSmithKline Services/Commissie, T-168/01, Jurispr. blz. II-2969, punt 235 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

197 De Commissie moet deze argumenten en bewijsstukken naar behoren onderzoeken, dat wil zeggen, zij moet nagaan of zij aantonen dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG is voldaan. In sommige gevallen kunnen deze argumenten en bewijsstukken van dien aard zijn dat zij haar verplichten een verklaring of een rechtvaardiging te geven, zonder welke mag worden geconcludeerd dat degene die een beroep doet op artikel 81, lid 3, EG, geslaagd is in het bewijs. De Commissie moet in een dergelijk geval deze argumenten en deze bewijsstukken weerleggen (zie arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie, punt 196 supra, punt 236 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

198 Aangezien het niet mogelijk is om abstract te analyseren of de Commissie in strijd met de hierboven in punt 197 aangehaalde rechtspraak heeft gehandeld, moeten de beide onderdelen van het onderhavige middel tezamen worden onderzocht.

199 Elk besluit van een ondernemersvereniging dat de mededinging beperkt, hetzij door zijn gevolgen hetzij door zijn strekking, kan in beginsel in aanmerking komen voor een vrijstelling uit hoofde van artikel 81, lid 3, EG (zie in die zin arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie, punt 196 supra, punt 233 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

200 De toepassing van deze bepaling is onderworpen aan bepaalde voorwaarden, waarvan de vervulling zowel noodzakelijk als toereikend is. Ten eerste moet het besluit of de categorie van besluiten van een ondernemersvereniging bijdragen aan de verbetering van de productie of de distributie van de betrokken producten dan wel de technische of economische vooruitgang bevorderen, ten tweede moet een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komen, ten derde mag het de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn, en ten vierde mag het hen niet de mogelijkheid geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen (zie in die zin arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie, punt 196 supra, punt 234 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

201 Er moet aan worden herinnerd dat een rechter bij wie een verzoek om nietigverklaring van een beschikking tot toepassing van artikel 81, lid 3, EG aanhangig is, voor zover hij zich voor ingewikkelde economische beoordelingen ziet gesteld, overgaat tot een toetsing die, wat de grond van de zaak betreft, is beperkt tot de vraag of de feiten juist zijn weergegeven, of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten en of de juridische kwalificatie van deze feiten juist is (zie arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie, punt 196 supra, punt 241 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

202 Niettemin dient hij niet alleen na te gaan of de aangevoerde bewijsstukken materieel juist, betrouwbaar en onderling overeenstemmend zijn, maar ook of zij het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe situatie, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen dragen. Hij is echter niet bevoegd om zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de auteur van de beschikking, waarvan hem wordt gevraagd de rechtmatigheid te controleren (arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie, punt 196 supra, punten 242 en 243).

203 Aangaande het onderzoek van de Commissie van de eerste in artikel 81, lid 3, EG gestelde voorwaarde verwijten verzoeksters haar dat zij haar aandacht heeft geconcentreerd op het punt of de technische en economische vooruitgang specifiek het gevolg was van de MFA's, terwijl rekening had moeten worden gehouden met alle voordelen van het MasterCard-systeem. Zij betogen dat hoe dan ook aan de eerste voorwaarde is voldaan, zelfs indien de MFA's autonoom zouden moeten worden onderzocht, in het licht van de maximalisering van de output van het MasterCard-systeem die zij mogelijk maken. Zij verwijten de Commissie in dat verband dat zij heeft verzuimd rekening te houden met de positieve

effecten van de MFA's voor de uitgiftemarkt en dat zij hun een buitensporig hoge bewijslast heeft opgelegd, zelfs nu zij erkent dat de MFA's kunnen bijdragen aan de verbetering van de economische en technische vooruitgang.

204 Sommige van de interveniënten benadrukken de directe en indirecte objectieve voordelen die aan de MFA's zijn toe te schrijven. Wat de directe voordelen aangaat, genieten de handelaren het voordeel dat de transactie door de emittent wordt verwerkt en zijn zij de belangrijkste begunstigden van de betalingsgarantie, die ten laste van de emittent komt en door de MFA's wordt gefinancierd. Er wordt aan herinnerd dat de overige betaalmiddelen voor de handelaren hoge kosten veroorzaken, die ook op alle consumenten worden afgewenteld. Wat de indirecte voordelen aangaat, wordt verwezen naar de kosteloze financieringsperiode bij de kredietkaarten met uitgestelde betaling en de kredietkaarten, zodat tot aankopen kan worden gestimuleerd en het bedrag ervan kan worden verhoogd. Ook het verschil in aanpak tussen de bestreden beschikking en de Visa II-beschikking wordt in dit verband naar voren geschoven. Het ontbreken van een toelichting bij dit verschil in aanpak levert een motiveringsgebrek op.

205 De Commissie concludeert tot afwijzing van het onderhavige middel. Sommige van de partijen die ter ondersteuning van haar conclusies interveniëren, betwisten dat de MFA's kunnen worden beschouwd als de tegenprestatie voor de voordelen die de handelaren genieten.

206 Krachtens de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG moeten de overeenkomsten die voor een vrijstelling in aanmerking komen „bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang". Dienaangaande moet worden opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Hof en het Gerecht volgt dat de verbetering niet samenvalt met ieder voordeel dat partijen voor hun productie of distributie aan de overeenkomst ontlenen. Die verbetering moet met name zodanige aanmerkelijke, objectieve voordelen met zich brengen, dat zij de nadelen op het vlak van de mededinging opheft (zie arrest Van den Bergh Foods/Commissie, punt 101 supra, punt 139 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

207 Meteen al moet verzoeksters' kritiek worden afgewezen dat de Commissie ten onrechte alleen de MFA's zou hebben onderzocht, zonder rekening te houden met de bijdrage van het MasterCard-systeem in zijn geheel aan de technische en economische vooruitgang, ook al erkent zij het bestaan van die bijdrage. Immers, daar waar de MFA's geen nevenrestricties ten opzichte van het MasterCard-systeem zijn, heeft de Commissie terecht onderzocht of er specifieke, aanzienlijke objectieve voordelen als gevolg van de MFA's bestonden. De omstandigheid dat de Commissie in punt 679 van de bestreden beschikking erkent dat de betaalkaartensystemen, zoals het MasterCard-systeem, een technische en economische vooruitgang betekenen, is dus irrelevant voor de vraag of de MFA's voldoen aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG.

208 Uit de punten 674 tot en met 677 van de bestreden beschikking, waarvan de juistheid door verzoekster niet wordt betwist, blijkt dat hun betoog, zoals dit in de loop van de administratieve procedure is gehouden, berust op de rol die de MFA's spelen bij het in evenwicht brengen van de luiken „uitgifte" en „acquisitie" van het MasterCard-systeem.

209 Dit betoog gaat in wezen uit van de premissen dat de uitgevende banken en de acquiringbanken een gezamenlijke dienst leveren die gemeenschappelijke kosten met zich brengt (eerste premisse) en dat de uitgevende banken het grootste deel van de kosten van het systeem dragen (tweede premisse). Om ervoor te zorgen dat zij de betaalkaarten kunnen blijven bevorderen en de diensten om genoemde kaarten aantrekkelijker te maken kunnen blijven leveren, is het dus noodzakelijk dat er een overdracht ten voordele van het luik „acquisitie" van het systeem plaatsvindt. Door deze overdracht wordt een evenwicht bereikt op het niveau waarop de output van het MasterCard-systeem het hoogst is (derde premisse). Deze maximalisering van het MasterCard-systeem ligt ten gronde aan de economische en

technische vooruitgang die dit vertegenwoordigt. De methoden die door verzoeksters worden gehanteerd om de MFA's vast te stellen, maken een optimale verdeling van de kosten over de luiken „werving" en „uitgifte" van het systeem mogelijk.

210 Aangaande de eerste premisse volstaat het, om redenen die vergelijkbaar zijn met de hierboven in de punten 175 tot en met 177 genoemde, te benadrukken dat ondanks de interactie die er tussen de uitgifte van kaarten en de acquisitie van de verrichte transacties bestaat, de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in de punten 681 en 682 van de bestreden beschikking te oordelen dat de kwalificatie van gemeenschappelijke kosten in verband met een gezamenlijke dienst als door verzoeksters aangevoerd, van de hand moet worden gewezen.

211 Aangaande de tweede premisse, volstaat het om, zoals de Commissie in wezen in punt 686 van de bestreden beschikking heeft gedaan, te benadrukken dat deze berust op een gedeeltelijke voorstelling van zaken van de activiteiten uitgifte en acquisitie, waarbij enkel rekening wordt gehouden met de kosten die door de uitgevende banken worden gedragen en de inkomsten en andere voordelen die zij uit hun activiteiten op het gebied van de uitgifte van kaarten halen buiten beschouwing worden gelaten, ondanks de grote omvang daarvan, zoals hierboven onderstreept in de punten 106 tot en met 108.

212 Aangaande de derde premisse, ten slotte, moet worden benadrukt dat de Commissie niet slechts het door verzoeksters overgelegde bewijs terzijde heeft geschoven op grond dat dit niet voldoende bewijskracht had, maar heeft zij tevens onderstreept in respectievelijk de punten 702 tot en met 708 en 709 tot en met 724 van de bestreden beschikking dat zowel de werking van het MasterCard-systeem als de methoden voor de vaststelling van de MFA's in belangrijke mate afweken van het theoretisch model — het Baxter-model — dat verzoeksters aan hun betoog ten grondslag hadden gelegd.

213 Wat de vergelijking van het MasterCard-systeem met het Baxter-model aangaat, heeft de Commissie onder meer gewezen op een fundamenteel verschil wat de redenen voor aanvaarding van de betaalkaarten door de handelaren betreft. Deze komt er in wezen op neer dat daar waar het Baxter-model ervan uitgaat dat de handelaren genoemde kaarten vrijwillig aanvaarden, gelet op de voordelen van de met dit betaalmiddel samenhangende diensten voor hen, wordt deze aanvaarding in de praktijk mede noodzakelijk gemaakt door de dwang die uitgaat van de vraag van de consumenten naar het voordeel van dit betaalmiddel en het risico van verlies van transacties als gevolg van een weigering of discriminatie ervan.

214 Wat de gehanteerde methodes voor de vaststelling van de MFA's betreft, heeft de Commissie gewezen op de verschillen die er bestonden tussen de door verzoeksters gevolgde praktijk en het Baxter-model.

215 Aangaande de methode die op kredietkaarten en kredietkaarten met uitgestelde betaling (MasterCard Standard Interchange Methodology, punten 710-718 van de bestreden beschikking) wordt toegepast, is de kritiek van de Commissie in hoofdzaak gericht op de zwakke analyse van de ontwikkeling van de vraag van de kaarthouders en de handelaren naar dit betaalmiddel, terwijl dit een van de wezenlijke bestanddelen van het Baxter-model is. De vraag van de handelaren is eenvoudigweg geschat aan de hand van de kosten die met de oprichting van een klantenkaartensysteem gepaard zouden kunnen gaan. Zij wijst op de grenzen van een dergelijke analyse, aangezien de handelaren als geheel noch de wens noch de mogelijkheid hebben om een klantenkaartensysteem op te zetten. Wat de analyse van de vraag van de kaarthouders betreft, geeft de Commissie te kennen dat verzoeksters de ontwikkeling daarvan niet meten, maar louter vertrouwen op de inlichtingen die de uitgevende banken hen hebben verstrekt.

216 Aangaande de methode die op debetkaarten (Global MasterCard Debit Interchange Fee Methodology, punten 719-724 van de bestreden beschikking) wordt toegepast, benadrukt de Commissie in wezen — waarbij zij vaststelt dat deze dichter bij het Baxter-model blijft, doordat deze rekening houdt met zowel

de kosten voor uitgifte als die voor acquisitie — dat deze een overdreven ruime opvatting van de kosten in verband met uitgifte aanhangt, door daarin de kosten die inherent zijn aan elk betaalmiddel op te nemen, zoals de kosten voor het aanhouden van een rekening-courant.

217 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de Commissie zonder een kennelijke beoordelingsfout te begaan, verzoeksters' betoog ter onderbouwing van de stelling dat de objectieve voordelen uit het MasterCard-systeem aan de rol van de MFA's zijn toe te schrijven, heeft kunnen verwerpen.

218 Meer in het bijzonder volgt uit de punten 210 tot en met 215 hierboven dat verzoeksters' benadering erin bestaat de door de uitgevende banken gedragen kosten te hoog te schatten en de voordelen die de handelaren uit deze wijze van betaling halen te laag.

219 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters' bewering dat zij ruim economisch bewijs hebben geleverd om aan te tonen dat hun betoog gegrond is. Verzoeksters verwijzen in dit kader naar de relevante passages in hun AAPVB en naar het economisch bewijs dat in bijlage daarbij is gevoegd, alsook naar bijlagen A.13 en A.14. Zij herinneren tevens aan de vaststelling van de Commissie in punt 83 van de Visa II-beschikking dat „hoe meer handelaren bij het systeem zijn aangesloten, hoe groter de bruikbaarheid van het systeem voor de kaarthouders, en omgekeerd", die zij uitleggen als een erkenning van de gegrondheid van hun betoog.

220 Zoals de Commissie in wezen te kennen heeft gegeven in een van de bijlagen bij de bestreden beschikking die is gewijd aan de weerlegging van het door verzoeksters overgelegde economische bewijs (punt 10 van bijlage 4 bij de bestreden beschikking), moet worden benadrukt dat zelfs gesteld dat hieruit kan worden afgeleid dat de MFA's ertoe bijdragen de output van het MasterCard-systeem te verhogen, dit niet volstaat om aan te tonen dat zij aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG voldoen.

221 Vastgesteld moet immers worden dat de eerste begunstigden van een verhoging van de output van het MasterCard-systeem de betalingsorganisatie MasterCard en de daarbij aangesloten banken zijn. Zoals echter uit de hierboven in punt 206 aangehaalde rechtspraak volgt kan de verbetering in de zin van de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG niet samenvallen met ieder voordeel dat partijen voor hun productie of distributie aan de overeenkomst ontlenen.

222 Wat de handelaren aangaat, kan een verhoging van het aantal kaarten in omloop weliswaar de bruikbaarheid van het MasterCard-systeem voor hen verhogen, maar heeft deze tevens tot gevolg dat de druk die zij kunnen uitoefenen op de hoogte van de MFA's vermindert en dat de marktmacht van verzoeksters derhalve toeneemt. Er kan immers redelijkerwijs worden geconcludeerd dat het risico van negatieve effecten op de klanten van de handelaren als gevolg van een weigering om dit betaalmiddel te accepteren, of een discriminatie ervan, des te hoger zal zijn naarmate er meer kaarten in omloop zijn.

223 Deze redenering is in wezen terug te vinden in de punten 729 en 730 van de bestreden beschikking. Hoewel immers in punt 729 wordt erkend dat „in betalingssystemen die over het algemeen worden gekenmerkt door indirecte netwerkexternaliteiten, de afwikkelingsvergoedingen kunnen bijdragen aan optimalisering van het nut van het netwerk voor de gebruikers", wordt in punt 730 onderstreept dat de MFA's door de banken kunnen worden gebruikt om „efficiencywinsten te boeken of om op oneigenlijke wijze welvaart aan andere marktdeelnemers te onttrekken".

224 Wat de verwijzing naar punt 83 van de Visa II-beschikking betreft, moet worden opgemerkt dat ofschoon de Commissie heeft erkend dat de bruikbaarheid van het Visa-systeem voor elke categorie van gebruikers afhing van het aantal gebruikers in de andere categorie, zij ook heeft benadrukt dat het moeilijk was om de gemiddelde marginale bruikbaarheid van een betaling per Visa-kaart voor elke categorie van gebruikers te bepalen en dat het noodzakelijk was om een aanvaardbare alternatieve maatstaf te vinden die tegemoetkwam aan haar bezwaren, waaronder het bezwaar dat de MFA's

worden vastgesteld op een niveau waarop de „winst gemaximaliseerd wordt" (punt 80 van de Visa II-beschikking). Indien, derhalve, de MFA's van Visa het voordeel van een vrijstelling hebben kunnen genieten, dan is dit niet louter op basis van hun bijdrage tot de verhoging aan de output van het systeem, maar omdat zij werden bepaald onder verwijzing naar drie categorieën van kosten die overeenstemden met de diensten die konden worden geacht te zijn verleend, gedeeltelijk althans, ten behoeve van de handelaren, namelijk de kosten voor het verwerken van de transacties, de kosten voor het verstrekken van de „betalingsgarantie" en de kosten voor de rentevrije financieringsperiode (punten 84 en 85 van de Visa II-beschikking).

225 Hoewel verzoeksters in een voetnoot in het verzoekschrift betogen dat „het tot op heden overgelegde, onbestreden bewijs aantoont dat de afwikkelingsvergoeding iets meer dan twee derde van de kosten van de betalingsgarantie, die van de rentevrije periode en die van de verwerkingskosten vertegenwoordigt, [...] en zelfs niet een vergoeding voor meerdere andere voordelen omvat, zoals stijgende verkopen en cashflow-voordelen, die de handelaren eveneens ontvangen", moet worden benadrukt dat deze bewering van geen enkel gegeven vergezeld gaat waaruit de waarheidsgetrouwheid ervan kan worden opgemaakt.

226 Bijgevolg moet de conclusie luiden dat bij gebreke van bewijs van het bestaan van een voldoende nauwe band tussen de MFA's en de objectieve voordelen die de handelaren genieten, de omstandigheid dat zij kunnen bijdragen aan de verhoging van de output van het MasterCard-systeem op zich niet kan aantonen dat aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG is voldaan.

227 Verzoeksters verwijten de Commissie ook dat zij geen rekening heeft gehouden met de voordelen die voor de kaarthouders uit de MFA's voortvloeien en dat zij zich als een „prijsregulator" voor de MFA's gedraagt.

228 Wat het eerste kritiekpunt betreft, is het inderdaad juist dat uit vaste rechtspraak volgt dat de merkbare objectieve voordelen waarop de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG betrekking heeft, zich niet alleen op de relevante markt kunnen voordoen, maar ook op andere markten waarop de betrokken overeenkomst positieve effecten kan sorteren of zelfs meer in het algemeen voor iedere dienst waarvan de kwaliteit of efficiëntie door het bestaan van die overeenkomst kan verbeteren (arrest Gerecht van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, T-86/95, Jurispr. blz. II-1011, punt 343, en arrest GlaxoSmithKline Services/Commissie, punt 196 supra, punt 248). Daar echter de handelaren een van de beide groepen van betrokken gebruikers van de betaalkaarten vormen, impliceert het bestaan zelf van de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG noodzakelijkerwijs dat het bestaan van merkbare aan de MFA's toe te rekenen objectieve voordelen ook te hunner aanzien worden aangetoond.

229 Nu verzoeksters geen dergelijk bewijs hebben aangeleverd, slaagt hun kritiek dat onvoldoende rekening is gehouden met de voordelen van de MFA's voor de kaarthouders hoe dan ook niet.

230 Wat het tweede kritiekpunt betreft — dat een herhaling is van het betoog dat in het kader van het eerste onderdeel van het onderhavige middel is ontwikkeld —, geven verzoeksters, evenals meerdere interveniënten, in wezen te kennen dat het betoog dat in het kader van de administratieve procedure is ontwikkeld, ertoe heeft geleid dat de Commissie de last van het weerleggen ervan draagt. Zij verwijten de Commissie tevens dat zij hen ertoe heeft gedwongen om de vaststelling van de MFA's op een bepaald niveau te rechtvaardigen. Ten slotte verwijzen verzoeksters en bepaalde interveniënten naar de omstandigheid dat de Commissie na de bestreden beschikking een aanbesteding heeft uitgeschreven voor een studie van de „kosten en voordelen van de aanvaarding van verschillende betaalmiddelen door de handelaren", om in wezen te benadrukken dat gegevens om het van de Commissie verlangde niveau van economisch bewijs te halen, ontbreken.

231 Er moet aan worden herinnerd dat de Commissie niet heeft verzaakt aan haar verplichting zoals uiteengezet in de hierboven in punt 197 aangehaalde rechtspraak, daar zij het door verzoeksters in de loop van de administratieve procedure ontwikkelde betoog heeft onderzocht en het ongegrond heeft geacht.

232 Aangaande de bewering inzake het ontbreken van gegevens om het van de Commissie verlangde niveau van economisch bewijs te kunnen halen, kan dit, zelfs gesteld dat dit het geval zou zijn, niet inhouden dat de bewijslast minder zwaar wordt of zelfs wordt omgekeerd, zoals verzoeksters lijken te betogen. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat een dergelijke moeilijkheid kan worden geacht het gevolg te zijn van de strekking van het betoog dat verzoeksters in de loop van de administratieve procedure hebben ontwikkeld.

233 Daar niet nauwkeurig kon worden aangetoond welke omvang de voordelen hadden die als rechtvaardiging voor een financiële tegenprestatie van de handelaren voor de kosten van de uitgevende banken konden worden beschouwd, kan er redelijkerwijs van worden uitgegaan dat het aan verzoeksters stond om, ten bewijze dat de MFA's aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG voldeden, de diensten aan te wijzen die uitgevende banken van debetkaarten, van kredietkaarten met uitgestelde betaling en kredietkaarten leveren, die objectieve voordelen voor de handelaren kunnen vormen. Het lag ook op hun weg om het bestaan aan te tonen van een voldoende duidelijke onderlinge samenhang tussen de kosten die met de levering van deze diensten gepaard gaan en de hoogte van de MFA's. Wat dit laatste punt betreft, moet worden benadrukt dat de bepaling van deze kosten niet kan plaatsvinden zonder rekening te houden met de overige inkomsten van de uitgevende banken bij de levering van deze diensten of door andere kosten mee te wegen die daar niet rechtstreeks mee zijn verbonden.

234 Daar waar de Commissie om de hierboven in de punten 214 tot en met 218 uiteengezette redenen, zonder een kennelijke beoordelingsfout te begaan, tot de conclusie heeft kunnen komen dat zowel de methode die voor kredietkaarten en kredietkaarten met uitgestelde betaling wordt gehanteerd als die voor debetkaarten niet het bewijs konden leveren dat aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG was voldaan, kan de door sommige van de interveniënten benadrukte omstandigheid dat de MFA's de tegenprestatie zijn voor bepaalde voordelen voor de handelaren, in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet aantonen dat zij aan de voorwaarden van die bepaling voldoen.

235 Evenmin kan de Commissie worden verweten dat zij zonder toelichting het standpunt heeft losgelaten dat zij in de Visa II-beschikking had ingenomen ten aanzien van de analyse van MFA's uit hoofde van artikel 81, lid 3, EG, daar de vrijstelling in de Visa II-beschikking is gebaseerd op de berekeningsmethode die wordt gehanteerd om de hoogte van de MFA's te beperken tot bepaalde specifieke voordelen voor de handelaren, hetgeen de omstandigheden rond de vaststelling van die beschikking onderscheidt van die in de onderhavige zaak.

236 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat verzoeksters niet hebben aangetoond dat de redenering van de Commissie ten aanzien van de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG onrechtmatig is. Daar dit artikel pas kan worden toegepast wanneer aan de daarin uiteengezette voorwaarden is voldaan, moet het tweede onderdeel van het middel worden afgewezen, zonder dat verzoeksters' kritiekpunten ten aanzien van de overige aspecten van de analyse van de Commissie uit hoofde van dit artikel behoeven te worden onderzocht.

237 Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het middel, ontleend aan een te zware bewijslast voor verzoeksters, eveneens worden afgewezen. Uit hetgeen hierboven is uiteengezet, volgt immers dat de Commissie de door verzoeksters aangevoerde argumenten en bewijsstukken heeft onderzocht, en in de omstandigheden van het onderhavige geval terecht tot de conclusie heeft kunnen komen dat deze niet konden aantonen dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG was voldaan. Aangezien de Commissie terecht tot de conclusie kon komen dat verzoeksters niet het bewijs hadden geleverd dat de uitzondering die zij inriepen van toepassing was, moet tevens de bewering ontleend aan schending van het beginsel in dubio pro reo worden verworpen.

3. Derde middel, inzake schending van artikel 81, lid 1, EG als gevolg van de onjuiste kwalificatie van de betalingsorganisatie MasterCard als ondernemersvereniging

238 Verzoeksters, daarin ondersteund door de interveniënten, verwijten de Commissie dat zij er ten onrechte van is uitgegaan dat sprake was van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, door te hebben verzuimd rekening te houden met de wijzigingen die door de IPO in de structuur en het bestuur van MasterCard zijn aangebracht. Hieruit vloeit immers voort dat de banken haar niet langer controleren en dat zij eenzijdig ten aanzien van de MFA's besluit. Zij geven eveneens te kennen dat het een relevant gegeven is of de banken al of niet de controle uitoefenen. De Commissie is er ook ten onrechte van uitgegaan dat de Europese banken na de IPO de verantwoordelijkheid voor de activiteiten van de betalingsorganisatie MasterCard in Europa op zich waren blijven dragen via de Europese raad van bestuur.

239 Daarnaast uiten zowel verzoeksters als meerdere interveniënten kritiek op het criterium van de gemeenschappelijke belangen tussen de betalingsorganisatie MasterCard en de banken wat de vaststelling van de MFA's betreft, dat door de Commissie is toegepast. Deze laatste wordt verweten dat zij niet heeft aangetoond dat de betalingsorganisatie MasterCard nog steeds in het belang van de banken of in hun naam handelde, in plaats van dat van de aandeelhouders van MasterCard, bij de vaststelling van de MFA's. Een interveniënte benadrukt ook dat voor dit criterium geen precedent in de rechtspraak te vinden is. Meerdere interveniënten geven te kennen dat zij niet in staat zijn enige invloed uit te oefenen op de instanties van de betalingsorganisatie MasterCard en dat zij door haar als klant worden behandeld.

240 De Commissie concludeert tot verwerping van het onderhavige onderdeel van het middel.

241 Volgens vaste rechtspraak is artikel 81 EG van toepassing op verenigingen, voor zover hun eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan (zie arrest Gerecht van 26 januari 2005, Piau/Commissie, T-193/02, Jurispr. blz. II-209, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

242 Ook moet eraan worden herinnerd dat de begrippen „overeenkomst", „besluiten van ondernemersverenigingen" en „onderling afgestemde feitelijke gedraging" in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard vormen, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren (arrest Hof van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, Jurispr. blz. I-4529, punt 23).

243 Wat meer bepaald het begrip „besluiten van ondernemersverenigingen" betreft, dient dit te voorkomen, zoals advocaat-generaal Léger heeft benadrukt in zijn conclusie bij het arrest van het Hof van 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 62, dat ondernemingen enkel en alleen vanwege de vorm waarin zij hun marktgedrag coördineren, aan de mededingingsregels ontsnappen. Om de effectiviteit van dit beginsel te verzekeren, ziet artikel 81, lid 1, EG niet alleen op rechtstreekse vormen van gedragscoördinatie tussen ondernemingen (overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen), maar ook op geïnstitutionaliseerde vormen van samenwerking, dat wil zeggen situaties waarin marktdeelnemers via een collectieve structuur of een gemeenschappelijk orgaan handelen.

244 Derhalve moet in de onderhavige zaak worden nagegaan of ondanks de wijzigingen die als gevolg van de IPO zijn aangebracht, de betalingsorganisatie MasterCard nog steeds een geïnstitutionaliseerde vorm van afstemming van het gedrag van de banken is.

245 Ofschoon, in de eerste plaats, vaststaat dat de beslissingen ten aanzien van de MFA's sinds de IPO worden vastgesteld door de organen van de betalingsorganisatie MasterCard en dat de banken niet aan dit besluitvormingsproces deelnemen, waren er op de datum van de bestreden beschikking, de enige datum die volgens de hierboven in punt 64 aangehaalde rechtspraak relevant is voor de beoordeling van de wettigheid ervan, niettemin feitelijke en juridische aanwijzingen dat de banken na de IPO collectief een beslissingbevoegdheid zijn blijven uitoefenen ten aanzien van essentiële aspecten van de werking van de betalingsorganisatie MasterCard, zowel op nationaal als op Europees niveau.

246 Wat in de eerste plaats de werking van de betalingsorganisatie MasterCard op nationaal niveau betreft, is de Commissie in de punten 58 tot en met 62 van de bestreden beschikking, waarnaar punt 359 van diezelfde beschikking verwijst, ervan uitgegaan dat de banken het recht hadden om specifieke nationale regels vast te stellen die op een bepaalde markt van toepassing waren en die gedeeltelijk de regels van het wereldwijde netwerk vervingen. Daaronder begrepen waren „fall-back-regels die op alle transacties binnen een land van toepassing waren, waaronder die welke door buiten het land gevestigde leden waren geacquireerd" (punt 60 van de bestreden beschikking). Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld van deze beslissingsbevoegdheid op nationaal niveau wordt gevormd door de vaststelling van de nationale afwikkelingsvergoedingen die bij voorkeur op de MFA's van toepassing zijn. De Commissie heeft in punt 61 van de bestreden beschikking tevens opgemerkt dat dergelijke nationale regels niet door verzoeksters waren goedgekeurd of bevestigd.

247 In de tweede plaats mocht de Commissie in de punten 50 tot en met 57 en 364 en 365 van de bestreden beschikking de nadruk leggen op het behoud, na de IPO, van de Europese raad van bestuur, samengesteld uit vertegenwoordigers van de Europese banken, en zijn bevoegdheid om te beslissen ten aanzien van „wezenlijke vraagstukken", waaronder het onderzoek van lidmaatschapsaanvragen, de geldboeten, de interregionale operationele voorschriften, de waarderingen en de kosten, voor zover deze waarderingen en kosten geen uitsluiting tot gevolg hebben, de verbetering en de ontwikkeling van interregionale producten, „voor zover de initiatieven op het gebied van productontwikkeling geen betrekking hebben concurrentiegevoelige aspecten", de begroting van de jaarlijkse uitgaven, de overschotten en de regels inzake cobranding en affiniteitskaarten (punt 52 van de bestreden beschikking).

248 Het is juist, zoals verzoeksters er in hun schriftelijke stukken aan hebben herinnerd, dat de Europese raad van bestuur de richtlijnen van de wereldwijde raad van bestuur moest opvolgen en dat zijn beslissingbevoegdheden hem konden worden ontnomen. Echter, de mogelijkheid voor de wereldwijde raad van bestuur om richtlijnen uit te vaardigen waarin bijvoorbeeld werd gepreciseerd welke grenzen er aan de bevoegdheden van de Europese raad van bestuur waren, doet geenszins af aan de omstandigheid dat laatstgenoemde een beslissingbevoegdheid uitoefent. Datzelfde geldt voor de mogelijkheid voor de wereldwijde raad van bestuur om de voorrechten van de Europese raad van bestuur zelf uit te oefenen of om hem zijn bevoegdheden te ontnemen, in het licht van de bijzonder stringente voorwaarden die voor de tenuitvoerlegging daarvan golden, die in de punten 55 en 56 van de bestreden beschikking zijn gememoreerd.

249 Vastgesteld moet worden dat het behoud van een beslissingsbevoegdheid op Europees en nationaal niveau van de banken binnen de betalingsorganisatie MasterCard, de uit de IPO te trekken consequenties eerder grotendeels relativeert. Op de datum van vaststelling van de bestreden beschikking, leek het er veeleer op dat de betalingsorganisatie MasterCard in Europa nog steeds functioneerde als een ondernemersvereniging, waarbij de banken niet slechts de klanten van de geleverde diensten waren, maar collectief en gedecentraliseerd deel hadden aan essentiële aspecten van de beslissingsbevoegdheid.

250 In de tweede plaats kon de Commissie terecht tot de conclusie komen, in wezen, dat de MFA's de belangen van de banken weerspiegelden, zelfs indien zij MasterCard na de IPO niet langer controleerden en niet langer deelnamen aan de vaststelling van het bedrag van de MFA's, op grond dat er op dit punt gemeenschappelijke belangen waren tussen de betalingsorganisatie MasterCard en de banken.

251 In de eerste plaats volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het bestaan van gemeenschappelijke belangen, of een gemeenschappelijk belang, een relevante factor is voor de beoordeling of sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG (zie in die zin arrest Hof van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie, 45/85, Jurispr. blz. 405, punt 29).

252 In de tweede plaats mocht de Commissie ervan uitgaan dat de banken, daaronder begrepen zij die actief waren op de acquiringmarkt, een belang hadden bij de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau.

253 Zoals de Commissie terecht heeft benadrukt in punt 383 van de bestreden beschikking genoten zij dankzij de MFA's immers het voordeel van een minimumprijs, op grond waarvan zij deze gemakkelijk op de handelaren konden afwentelen, om de redenen die hierboven in punt 134 zijn uiteengezet. De MFA's vormen voor de banken immers pas een kostenpost in het kader van hun acquiringactiviteiten, wanneer zij besluiten deze voor eigen rekening te nemen. Uit de punten 162 tot en met 164 hierboven blijkt echter dat een dergelijk geval eerder de uitzondering is.

254 Bovendien kan er zelfs in een dergelijk geval redelijkerwijs van worden uitgegaan dat de MFA's voor de banken een inkomstenbron blijven, aangezien zij ook actief zijn op het gebied van uitgifte. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat noch verzoeksters noch de interveniënten gegevens aanvoeren die de gegrondheid van de opmerking van de Commissie in punt 385 van de bestreden beschikking kunnen bestrijden, namelijk dat wegens het bestaan, tot 31 december 2004, van de NAWIR-regel (No Acquiring Without Issuing Rule, geen acquisitie zonder uitgifte-regel) in het MasterCard-systeem, die de banken die transacties wilden acquireren ertoe verplichtte om ook kaarten uit te geven, vrijwel alle banken die als acquirer actief waren ook kaarten uitgaven en uit dien hoofde MFA's ontvingen.

255 In de derde plaats mocht de Commissie er in punt 386 van de bestreden beschikking ook van uitgaan dat de betalingsorganisatie MasterCard ook belang had bij de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau „omdat de lidmaatschapsgelden die [MasterCard en haar geconsolideerde dochterondernemingen] door de banken l[ie]ten betalen voor hun coördinatie- en netwerkdiensten transactiegerelateerd [waren]" (punt 386 van de bestreden beschikking). Het aantal transacties en dus de inkomsten van de betalingsorganisatie MasterCard hingen immers in hoofdzaak af van de bereidheid van de banken om kaarten van MasterCard aan hun klanten aan te bieden. Het is dus in het belang van de betalingsorganisatie MasterCard om de MFA's vast te stellen op een niveau dat aantrekkelijk wordt gevonden door de banken, hetgeen wordt geaccentueerd door de omstandigheid waar de Commissie op heeft gewezen in de punten 461 tot en met 498 van de bestreden beschikking, dat de mededinging tussen systemen plaatsvindt ten nadele van de kaartsystemen met de laagste MFA's.

256 In de vierde plaats blijkt uit de schriftelijke stukken van verzoeksters dat zij niet de juistheid bestrijden van de vaststelling die in punt 389 van de bestreden beschikking is gedaan, namelijk dat „[de] ontwikkeling die is geconstateerd na de IPO ook aantoont dat [de betalingsorganisatie MasterCard] rekening houdt met de concrete belangen van de banken wanneer zij het bedrag van de [MFA's] vaststelt". Hun betoog houdt eerder in dat zij stellen dat zij niet meer doen dan te handelen als dienstverlener die tracht zijn klanten, namelijk de uitgevende banken, de acquiringbanken en de handelaren, tevreden te stellen.

257 Vastgesteld moet evenwel worden dat het weinig overtuigend overkomt dat de banken en de handelaren op dezelfde hoogte worden gesteld, aangezien het wat laatstgenoemden betreft in wezen hun tolerantiegrens voor de prijs van de transacties per kaart is die wordt opgezocht, zoals hierboven is benadrukt in de punten 212 tot en met 217.

258 Verzoeksters' betoog dat eraan is ontleend dat de betalingsorganisatie MasterCard sinds de IPO van MasterCard alleen nog rekening houdt met het belang van de openbare aandeelhouders, komt niet meer overtuigend voor. Aangezien de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau bijdraagt tot een hoog aantal transacties en derhalve tot een gunstige weerslag op de inkomsten van de betalingsorganisatie MasterCard, kan redelijkerwijs de conclusie worden getrokken dat de belangen van de aandeelhouders van MasterCard en de banken niet tegenstrijdig zijn.

259 Vastgesteld moet worden dat, gelet op de hierboven genoemde factoren, namelijk het behoud van een beslissingsbevoegdheid voor de banken na de IPO bij de betalingsorganisatie MasterCard en het bestaan van gemeenschappelijke belangen tussen haar en de banken ten aanzien van de MFA's, de Commissie mocht oordelen, in wezen, dat ondanks de wijzigingen die zijn aangebracht als gevolg van

de IPO van MasterCard, de betalingsorganisatie MasterCard nog steeds een geïnstitutionaliseerde vorm van afstemming van de gedragingen van de banken was. Bijgevolg heeft zij terecht de kwalificatie van besluit van een ondernemersvereniging gehecht aan de beslissingen die door de organen van de betalingsorganisatie MasterCard zijn genomen ter vaststelling van de MFA's.

260 Bijgevolg moet het derde middel worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden ingegaan op verzoeksters' kritiek ten aanzien van de andere factoren waarop de Commissie haar conclusie heeft gebaseerd, meer bepaald de aanvaarding door de banken van het nieuwe bestuursmodel voor de MFA's (punten 394-396 van de bestreden beschikking).

4. Vierde middel, dat eraan is ontleend dat de bestreden beschikking gebreken vertoont als gevolg van procedurefouten en feitelijke onjuistheden

261 Het onderhavige middel bestaat uit twee onderdelen, ontleend aan een schending van verzoeksters' rechten van verdediging en feitelijke onjuistheden die de geldigheid van de bestreden beschikking aantasten.

a) Eerste onderdeel van het middel, ontleend aan schending van verzoeksters' rechten van verdediging

262 Verzoeksters voeren vier grieven aan, waarmee zij in de eerste plaats het oneigenlijke gebruik van een brief met een uiteenzetting van de feiten laken, in de tweede plaats het gebrek aan duidelijkheid van deze brief, in de derde plaats het voorkomen van nieuwe gegevens in de bestreden beschikking en in de vierde plaats de manier waarop de Commissie sommige nationale mededingingsautoriteiten op de hoogte heeft gesteld.

Eerste grief, ontleend aan het oneigenlijke gebruik van een brief met een uiteenzetting van de feiten

263 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij gebruik heeft gemaakt van een brief met een uiteenzetting van de feiten in plaats van een tweede APVB. Deze brief met een uiteenzetting van de feiten gaat het kader van de eenvoudige aanvullende presentatie van het bewijs te buiten en hij bevat nieuwe, wezenlijke juridische en feitelijke elementen.

264 De Commissie concludeert tot afwijzing van de onderhavige grief.

265 Volgens vaste rechtspraak verlangt de eerbiediging van de rechten van de verdediging dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op het Verdrag heeft gestaafd (arresten Hof van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 10, en 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punt 21).

266 Artikel 27, lid 1, van verordening nr. 1/2003 weerspiegelt dit beginsel, daar het bepaalt dat aan partijen een mededeling van punten van bezwaar wordt toegezonden die duidelijk de belangrijkste feiten moet vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert (zie in die zin arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 67), zodat het voor de belanghebbenden voldoende duidelijk is om te weten welke gedragingen de Commissie hun verwijt en om zich zinvol te kunnen verdedigen voordat zij een definitieve beslissing vaststelt. Aan dit vereiste is voldaan wanneer in de beschikking aan betrokkenen geen andere dan in de mededeling van de punten van bezwaar opgenomen inbreuken ten laste worden gelegd en daarin slechts van feiten wordt

uitgegaan waarover de betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken (zie in die zin arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

267 Dit kan evenwel beknopt geschieden en de beschikking behoeft niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar (zie in die zin arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, punt 265 supra, punt 14), daar deze mededeling een voorbereidend document is met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens (zie in die zin arrest Hof van 17 november 1987, British American Tobacco en Reynolds Industries/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 70). Zo zijn toevoegingen aan de mededeling van punten van bezwaar, waarmee wordt gereageerd op het antwoord van de partijen en waaruit blijkt dat zij hun recht van verweer daadwerkelijk hebben kunnen uitoefenen, toelaatbaar. In het licht van de administratieve procedure kan de Commissie ook de feitelijke of juridische argumenten die zij ter ondersteuning van haar bezwaren heeft aangevoerd, wijzigen of aanvullen (zie in die zin arrest Compagnie générale maritime e.a./Commissie, punt 228 supra, punt 448, en arrest Gerecht van 22 oktober 2002, Schneider Electric/Commissie, T-310/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 438).

268 De mededeling aan belanghebbenden van een aanvulling op de mededeling van punten van bezwaar is slechts noodzakelijk wanneer de uitkomsten van de verificaties de Commissie aanleiding geven de ondernemingen nieuwe handelingen ten laste te leggen of de bewijselementen van de omstreden inbreuken aanmerkelijk te wijzigen (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 266 supra, punt 192).

269 Tot slot moet er ook aan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak de rechten van de verdediging zijn geschonden indien zonder de door de Commissie begane onregelmatigheid de door haar gevoerde administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden. Om een dergelijke schending te bewijzen, moet een verzoekende onderneming genoegzaam aantonen, niet dat de beschikking van de Commissie anders zou hebben geluid, maar wel dat zij zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen, bijvoorbeeld omdat zij voor haar verweer stukken had kunnen gebruiken waartoe haar tijdens de administratieve procedure geen toegang was verleend (zie in die zin arresten Hof van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie, C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6375, punt 28).

270 In de onderhavige zaak moet worden benadrukt dat de Commissie zich in de punten 202 tot en met 213 van de APVB weliswaar heeft gebaseerd op de kenmerken van de betalingsorganisatie MasterCard zoals die vóór de IPO waren, om tot de conclusie te komen dat zij een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormde, maar dat uit andere passages van deze mededeling van punten van bezwaar kan worden afgeleid dat de Commissie van mening was dat de door MasterCard aangekondigde IPO geen wijziging zou brengen in de gegrondheid van haar conclusie ten aanzien van het bestaan van een inbreuk op artikel 81 EG. Zo is in punt 25 ervan onderstreept dat de door verzoeksters overgelegde stukken niet aantoonden dat de Europese raad van bestuur na de IPO de bevoegdheid zou verliezen om de MFA's vast te stellen. In punt 28 van genoemde APVB geeft de Commissie een overzicht van de wijzigingen als gevolg van de IPO, waarbij zij te verstaan geeft dat de banken nog steeds een rol zouden spelen in de nieuwe structuur.

271 Hoewel een van de factoren waarvan de Commissie is uitgegaan in de APVB anders is gebleken dan uiteindelijk in het kader van de IPO is beslist, namelijk dat de Europese raad van bestuur niet de bevoegdheid heeft behouden om de MFA's vast te stellen, doet daaraan niet af dat de APVB verzoeksters in staat heeft gesteld om hun standpunt kenbaar te maken ten aanzien van het bezwaar van de Commissie ter zake van de kwalificatie van het MasterCard-systeem als ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG en meer in het bijzonder de ontbrekende weerslag van de IPO op

deze kwalificatie. Hieruit volgt logischerwijs dat hun de mogelijkheid is geboden om op dit punt door de Commissie te worden gehoord, namelijk tijdens de hoorzitting die na hun AAPVB heeft plaatsgevonden.

272 Deze mogelijkheid voor verzoeksters om hun standpunt in de loop van de administratieve procedure kenbaar te maken, wordt bevestigd door de omstandigheid dat zij een belangrijk deel van hun AAPVB aan de gevolgen van de IPO voor de toepasselijkheid van artikel 81, lid 1, EG hebben gewijd.

273 Bijgevolg moet in de omstandigheden van de onderhavige zaak worden overwogen dat het gebruik van een brief met daarin een uiteenzetting van de feiten, in plaats van een mededeling van punten van bezwaar, verzoeksters' rechten van verdediging niet schendt, aangezien de Commissie uitsluitend gehouden is om de bewijselementen die zij voornemens is te gebruiken om de door verzoeksters in de loop van de administratieve procedure aangevoerde argumenten te weerleggen, duidelijk naar voren te brengen.

274 Bijgevolg moet de onderhavige grief worden verworpen.

Tweede grief, ontleend aan een gebrek aan duidelijkheid van de brief met de uiteenzetting van de feiten

275 Volgens verzoeksters was de inhoud van de brief met de uiteenzetting van de feiten onvoldoende duidelijk voor hen om te begrijpen hoe de Commissie voornemens was de documenten te gebruiken waarnaar zij verwees, zulks ondanks de verzoeken om verduidelijking die zij zowel aan de Commissie als aan de raadadviseur-auditeur hadden gericht, zoals ook de Commissie erkent in het verweerschrift. Zij verwijzen naar de bijlagen A.8.2 en A.20, waarin de correspondentie met de Commissie over dit onderwerp is opgenomen. Dit gebrek aan duidelijkheid heeft geleid tot een schending van hun rechten van verdediging.

276 Aangaande de ontvankelijkheid van deze grief betogen zij dat in het verzoekschrift is uiteengezet waarom de brief met de uiteenzetting van de feiten niet voldeed en dat de bijlagen zich beperken tot de levering van het bewijs.

277 De Commissie meent dat de onderhavige grief niet-ontvankelijk is.

278 Vastgesteld moet worden dat verzoeksters' betoog slechts zeer beknopt in hun verzoekschrift is weergegeven. Zo wordt in punt 122 van het verzoekschrift in algemene zin het bezwaar aangevoerd dat de Commissie verzoeksters niet had voorzien „van alle noodzakelijke verduidelijkingen opdat zij zouden begrijpen hoe de Commissie voornemens was de stukken die zij in de [brief met de uiteenzetting van de feiten] had aangehaald te gebruiken". In punt 123 is vermeld dat verzoeksters zijn geplaatst „voor grote moeilijkheden om een beduidend antwoord te geven". Ten slotte wordt in punt 124 betoogd dat verzoeksters „ten minste twintig voorbeelden in de [brief met de uiteenzetting van de feiten] hadden geïdentificeerd waar de Commissie niet zou aangegeven hoe het door de Commissie aangehaalde bewijs zou worden gebruikt". Hiervan wordt echter geen enkel voorbeeld gegeven in het verzoekschrift zelf. Het bevat evenmin een aanwijzing op grond waarvan de „moeilijkheden" waarnaar verzoeksters verwijzen, zouden kunnen worden beoordeeld.

279 Ook de verwijzingen naar bijlage A.8.2 bij het verzoekschrift („Briefwisseling tussen de raadsman [van verzoeksters] en de Commissie") en bijlage A.20 bij het verzoekschrift („Correspondentie tussen 17 april [...] en 12 juli 2007 tussen de raadsman [van verzoeksters] en de Commissie betreffende de ontoereikendheid van de brief met de uiteenzetting van de feiten") kunnen de tekortkomingen in het verzoekschrift op dit punt niet verhelpen.

280 Vastgesteld moet worden dat verzoeksters zich beperken tot een algemene verwijzing naar bijlage A.20. Om de redenen die hierboven zijn uiteengezet in de punten 68 tot en met 70, kan dus geen rekening met deze bijlage worden gehouden.

281 Wat bijlage A.8.2 betreft, kan worden overwogen dat verzoeksters naar een bepaalde passage in die bijlage verwijzen, namelijk een brief van verzoeksters van 13 april 2007, en dat derhalve met de inhoud daarvan rekening kan worden gehouden. Uit lezing daarvan blijkt echter dat daarin alleen een opsomming van passages in de brief met de uiteenzetting van de feiten is opgenomen ten aanzien waarvan verzoeksters menen dat deze „niet duidelijk" zijn en ten aanzien waarvan zij de Commissie om verduidelijking verzoeken. Vastgesteld moet dus worden dat bij lezing van alleen deze opsomming en zonder een nauwkeuriger betoog van de zijde van verzoeksters op dit punt, niet de conclusie kan worden getrokken dat de beweerde onduidelijkheid heeft kunnen leiden tot een schending van verzoeksters' rechten van verdediging.

282 Gelet op een en ander moet worden geoordeeld dat de onderhavige grief niet-ontvankelijk moet worden verklaard op grond van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering, omdat deze niet de wezenlijke elementen bevat die het Gerecht in staat moeten stellen zijn toezicht uit te oefenen en de Commissie in staat moeten stellen verweer te voeren.

Derde grief, ontleend aan het voorkomen van nieuwe gegevens in de bestreden beschikking

283 Verzoeksters geven te kennen dat de bestreden beschikking in de eerste plaats nieuwe argumenten bevat, in de tweede plaats een nieuwe motivering en in de derde plaats aanvullende of meer nauwkeurige toelichtingen op het bewijs, die zij niet hebben kunnen betwisten. Zij verwijzen in dit verband naar bijlage A.21 („De schending van [verzoeksters'] rechten van verdediging door de Commissie — Argumenten, motivering en bewijs inzake de IPO"). Ook op dit punt zouden hun rechten van verdediging zijn geschonden.

284 Deze grief is ontvankelijk, omdat bijlage A.21 slechts de verschillen tussen de APVB en de bestreden beschikking identificeert.

285 De Commissie meent dat deze grief niet-ontvankelijk is en in elk geval ongegrond.

286 Wat in de eerste plaats de kritiek ten aanzien van het voorkomen van nieuwe argumenten in de bestreden beschikking betreft, volstaat het te benadrukken dat zij geen betrekking heeft op de aspecten van de bestreden beschikking op grond waarvan de conclusie is getrokken dat de Commissie na de IPO terecht aan de kwalificatie van besluit van een ondernemersvereniging kon vasthouden.

287 Zo zijn op het punt van de conclusie dat de banken na de IPO collectief een beslissingbevoegdheid zijn blijven uitoefenen ten aanzien van essentiële aspecten van de werking van de betalingsorganisatie MasterCard, zowel op nationaal als op Europees niveau, geen onderdeel van de beweerde nieuwe gegevens als vermeld in bijlage A.21 bij het verzoekschrift: dat de banken het recht hadden om specifieke nationale regels vast te stellen die op een bepaalde markt van toepassing waren en die gedeeltelijk de regels van het wereldwijde netwerk vervingen (punt 246 hierboven) of het behoud van de bevoegdheid van de Europese raad van bestuur om te beslissen ten aanzien van „wezenlijke vraagstukken" (punt 247 hierboven).

288 Bij de conclusie inzake het bestaan van gemeenschappelijke belangen tussen de betalingsorganisatie MasterCard en de banken bij de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau, blijkt uit bijlage A.21 geen enkele bestrijding van de argumenten op grond waarvan de conclusie kon worden getrokken dat de banken belang hadden bij de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau (punten 253 en 254 hierboven). Uit die bijlage blijkt evenmin dat het argument in punt 386 van de bestreden beschikking, dat eraan is ontleend dat de betalingsorganisatie MasterCard ook belang had bij de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau (punt 255 hierboven), voor het eerst in de bestreden beschikking zou voorkomen. Ten slotte is geen enkele betwisting gericht op de vaststelling in punt 389 van de bestreden beschikking, dat de betalingsorganisatie MasterCard rekening houdt met de concrete belangen van de banken wanneer zij de hoogte van de MFA's vaststelt (punt 256 hierboven).

289 In de tweede plaats geldt hetzelfde voor de kritiek ten aanzien van het voorkomen van een „nieuwe motivering" in de bestreden beschikking. De enige mogelijk relevante stelling is die betreffende de redactie van punt 360 van de bestreden beschikking, inzake het bestaan van een horizontale samenwerking tussen de banken binnen de betalingsorganisatie MasterCard. Vastgesteld moet evenwel worden dat het verschil waarop verzoeksters de nadruk leggen, betrekking heeft op een bijzonder ondergeschikt punt in de motivering van de Commissie en niet op de vaststelling die op basis daarvan is gedaan.

290 Wat in de derde plaats de kritiek op het voorkomen, in de bestreden beschikking, van aanvullende of meer nauwkeurige toelichtingen op het bewijs betreft, moet worden benadrukt dat alleen de twee kritiekpunten in bijlage A.21 bij het verzoekschrift betrekking hebben op relevante aspecten van de redenering van de Commissie en dat haar analyse ten aanzien van deze punten met ander bewijs wordt onderbouwd dat niet door verzoeksters is bestreden. Datzelfde geldt voor de opmerking in punt 59 van de bestreden beschikking, dat de directie van de betalingsorganisatie MasterCard aanmoedigde dat tussen de banken horizontaal werd beslist. Dat geldt ook voor de conclusie in punt 354 van de bestreden beschikking, dat de Europese banken de verantwoordelijkheid voor de activiteiten in Europa zijn blijven dragen, met uitzondering van de vraagstukken die vanuit het oogpunt van de antitrustregels als gevoelig werden geoordeeld.

291 Bijgevolg moet de onderhavige grief worden verworpen.

Vierde grief, ontleend aan een ontoereikende informatieverschaffing aan sommige nationale mededingingsautoriteiten

292 Verzoeksters nemen er akte van dat de Commissie erkent dat de nationale mededingingsautoriteiten niet op gelijke wijze mededeling is gedaan van het AAPVB, daar sommige dit slechts één werkdag vóór de hoorzitting hebben ontvangen. Verzoeksters geven te kennen dat zij om uitstel van de hoorzitting zouden hebben gevraagd, indien zij ervan op de hoogte zouden zijn gebracht dat pas zo laat mededeling is gedaan. Er heeft een schending van de beginselen van behoorlijk bestuur en van hun gerechtvaardigde verwachtingen alsook een schending van hun rechten van verdediging plaatsgevonden, aangezien de bestreden beschikking niet kon worden vastgesteld op basis van een volledig begrip van hun verweer.

293 De Commissie concludeert tot verwerping van de onderhavige grief.

294 Krachtens artikel 14 van verordening nr. 1/2003 wendt de Commissie zich tot een adviescomité uit vertegenwoordigers van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten alvorens een beschikking als in de onderhavige zaak aan de orde vast te stellen.

295 Het is juist dat daar waar, ingevolge artikel 14, lid 3, van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB L 123, blz. 18), „[d]e Commissie [...] de mededingingsautoriteiten van de lidstaten uit[nodigt] om aan de hoorzitting deel te nemen", het wenselijk is dat de mededingingsautoriteiten of op zijn minst degenen die aan de hoorzitting willen deelnemen, binnen een redelijke termijn voorafgaand aan de hoorzitting kennisnemen van de schriftelijke opmerkingen van de partijen.

296 De omstandigheid, echter, dat het AAPVB pas één werkdag vóór de hoorzitting aan sommige nationale mededingingsautoriteiten is toegezonden, levert echter geen verzuim op dat tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden.

297 Uit artikel 14 van verordening nr. 1/2003 volgt immers dat de wezenlijke rol van het adviescomité erin bestaat schriftelijk advies uit te brengen over het voorontwerp van beschikking. De te late toezending van het AAPVB heeft evenwel geen weerslag gehad op de geldigheid van de raadpleging van het adviescomité, daar de mededingingsautoriteiten kennis hebben kunnen nemen van het AAPVB voordat zij binnen dit comité werden geraadpleegd.

298 Zoals bovendien de Commissie terecht benadrukt, heeft de te late toezending van het AAPVB verzoeksters er niet van weerhouden om hun standpunt naar voren te brengen tijdens de hoorzitting.

299 Bijgevolg moet deze grief en daarmee het eerste onderdeel van het middel in zijn geheel worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel van het middel, ontleend aan feitelijke onjuistheden

300 Verzoeksters stellen in wezen dat sommige feitelijke onjuistheden van de Commissie zo ernstig zijn dat zij de geldigheid van de bestreden beschikking aantasten. Zij voeren in dit kader drie grieven aan, inzake in de eerste plaats de kennelijke onjuistheid van de vergelijking van het MasterCard-systeem met de vijf nationale systemen waarvan de Commissie is uitgegaan, in de tweede plaats de selectieve analyse die de Commissie van de in de loop van de administratieve procedure verzamelde verklaringen van de handelaren heeft gemaakt, en in de derde plaats de fundamenteel gebrekkige marktstudie van de handelaren.

301 Hierboven is reeds in de punten 145 tot en met 158 op de tweede en de derde grief geantwoord. Wat de eerste grief aangaat, moet eraan worden herinnerd dat de juistheid van de conclusie dat het de MFA's aan de vereiste objectiviteit ontbreekt, afdoende is onderbouwd met ander bewijs of argumenten dan de vergelijking met de vijf nationale systemen. Deze grief is dus hoe dan ook niet ter zake dienend.

302 Bijgevolg moet het tweede onderdeel en daarmee het onderhavige middel en het verzoek tot nietigverklaring van de bestreden beschikking worden afgewezen.

B – *Verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van de bestreden beschikking*

303 Verzoeksters hebben subsidiair om de nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van de bestreden beschikking verzocht.

304 Bij artikel 3 van de bestreden beschikking heeft de Commissie verzoeksters verplicht om binnen zes maanden de betrokken MFA's formeel af te schaffen, om de netwerkregels van de vereniging te wijzigen en om alle beslissingen inzake de MFA's in te trekken. Bij artikel 4 is verzoeksters opgedragen om binnen zes maanden de financiële instellingen die lid zijn van het MasterCard-systeem alsook de clearinginstellingen en de afwikkelingsbanken die zich bezighouden met transacties binnen de EER, in kennis te stellen van de wijzigingen in de netwerkregels van de vereniging. Bij artikel 5 is verzoeksters opgedragen om op internet een samenvatting van de bestreden beschikking te publiceren. Tot slot bepaalt artikel 7 van de bestreden beschikking dat, indien de bevelen in de artikelen 2 tot en met 5 niet worden nageleefd, een geldboete zal worden opgelegd van 3,5 % van hun dagelijkse geconsolideerde wereldwijde omzet.

305 Vastgesteld moet worden dat de titel van verzoeksters' vordering weliswaar verwijst naar een nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van de bestreden beschikking, maar dat zij in het kader van het enige middel dat zij ter ondersteuning van dit verzoek aanvoeren, slechts een betoog ten aanzien van de artikelen 3 en 7 van de bestreden beschikking ontwikkelen.

306 Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt het volgende:

„Wanneer de Commissie [...] een inbreuk op artikel 81 [EG] of artikel 82 [EG] vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. Zij kan hun daartoe alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. Structurele maatregelen kunnen alleen worden

opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel voor de betrokken onderneming belastender zou zijn dan de structurele maatregel [...].”

307 Ingevolge artikel 24, lid 1, sub a, van verordening nr. 1/2003, kan „[d]e Commissie [...] bij beschikking aan ondernemingen en ondernemersverenigingen dwangsommen opleggen van ten hoogste 5 % van de gemiddelde dagelijkse omzet in het voorafgaande boekjaar voor elke dag waarmee de in haar beschikking vastgestelde termijn wordt overschreden, teneinde hen te dwingen [...] overeenkomstig een op grond van artikel 7 gegeven beschikking een einde te maken aan een inbreuk op artikel 81 [EG] of artikel 82 [EG]”.

308 Met het eerste onderdeel van hun middel geven verzoeksters te kennen dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd wat de bij artikel 3 van de bestreden beschikking door de Commissie opgelegde corrigerende maatregel en de bij artikel 7 van diezelfde beschikking voorziene dwangsom betreft.

309 Er moet aan worden herinnerd dat de door artikel 253 EG vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die door de handeling rechtstreeks en individueel worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink’s France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

310 Aangaande de grief die eraan is ontleend dat het bevel in artikel 3 van de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd, moet worden benadrukt dat de rechtsgrondslag van de aan verzoeksters opgelegde verplichting om binnen zes maanden de betrokken MFA’s formeel af te schaffen, om de netwerkregels van de vereniging te wijzigen en om alle beslissingen inzake de MFA’s in te trekken, is aangegeven in punt 756 van de bestreden beschikking. De rechtvaardiging ervoor vloeit voort uit de punten 759 en 761 van diezelfde beschikking, waar zij wordt omschreven als een gevolg van het bevel aan verzoekster om het feitelijk vaststellen van een minimumprijs voor de MSC’s te staken.

311 Vastgesteld moet worden dat deze motivering, hoewel beknopt, verzoeksters in staat heeft gesteld om de rechtvaardigingen voor het bevel van de Commissie te kennen en het Gerecht om zijn wettigheidstoetsing uit te voeren.

312 Het is inderdaad juist dat de bestreden beschikking geen toelichting ten aanzien van de evenredigheid van de bij artikel 3 van de bestreden beschikking opgelegde verplichting bevat, in tegenstelling tot de evenredigheid van de bij de artikelen 4 en 5 voorziene verplichtingen en de bij artikel 7 van de bestreden beschikking opgelegde dwangsom.

313 Daar echter de verplichting om de netwerkregels van de vereniging te wijzigen en alle beslissingen inzake de MFA’s in te trekken, is te beschouwen als een direct gevolg van de vaststelling dat de MFA’s onrechtmatig waren, was de Commissie niet gehouden om op dit punt een expliciete motivering aan te voeren.

314 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters' betoog dat de Commissie in het verleden heeft erkend dat de MFA's met artikel 81 EG verenigbaar konden zijn of in beginsel heeft erkend dat de MFA's aan de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG zouden kunnen voldoen. Daar een dergelijk betoog irrelevant is in het kader van de vaststelling van de corrigerende maatregel, was de Commissie niet verplicht om op dit punt een motivering te geven. Zoals er bovendien hierboven in punt 192 aan is herinnerd, zijn de MFA's van Visa voorwerp van een vrijstelling geweest op grond van een gewijzigd voorstel voor de MFA's dat het bedrag ervan beperkte tot de kosten die de uitgevende banken droegen voor de levering van bepaalde specifieke voordelen aan de handelaren, hetgeen hen onderscheidt van de MFA's die in de onderhavige zaak aan de orde zijn.

315 Bijgevolg moet de grief ontleend aan een ontoereikende motivering van artikel 3 van de bestreden beschikking worden verworpen.

316 Wat de motivering van de dwangsom in artikel 7 van de bestreden beschikking betreft, moet worden benadrukt dat de rechtsgrondslag ervan uitdrukkelijk in punt 773 van de bestreden beschikking is weergegeven. De rechtvaardiging ervoor is opgenomen in punt 774 van diezelfde beschikking, waarin de Commissie erop wijst dat het „ernstige gevaar dat de [betalingsorganisatie] MasterCard de [MFA's] blijft toepassen [...] of tracht maatregelen te treffen die de corrigerende maatregel metterdaad omzeilen, volstaat als grond om aan te nemen dat aan [verzoeksters] dwangsommen moeten worden opgelegd om ervoor te zorgen dat de corrigerende maatregel wordt nageleefd".

317 Ten slotte is de keuze voor het bedrag van de dwangsom in de punten 775 en 776 van de bestreden beschikking toegelicht. De Commissie heeft verwezen naar de noodzaak „om zodanig hoge dwangsommen op te leggen [...] dat het financieel rationeler is voor de betrokken onderneming om aan een beschikking te voldoen, dan om de voordelen van de niet-naleving van haar verplichtingen te oogsten". Zij heeft ook verwezen naar de aanzienlijke omvang van de betalingsorganisatie MasterCard en de poging in het verleden om aan de toepassing van het mededingingsrecht te ontsnappen door middel van de IPO van MasterCard. Op die basis heeft zij besloten de dwangsom vast te stellen op 70 % van het maximale bedrag van 5 % van de gemiddelde dagelijkse omzet die door MasterCard is behaald in het voorafgaande boekjaar.

318 Daar een dergelijke motivering verzoeksters in staat heeft gesteld de rechtvaardigingen voor de dwangsom in artikel 7 van de bestreden beschikking te kennen en het Gerecht om zijn wettigheidstoetsing uit te voeren, moet ook de grief ontleend aan een ontoereikende motivering van artikel 7 van de bestreden beschikking worden verworpen.

319 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het betoog van een interveniënte, dat eraan is ontleend dat artikel 7 moet worden nietig verklaard wegens een ontoereikende motivering, omdat de Commissie daarin niet heeft uitgelegd waarom zij MasterCard als een zelfstandige onderneming heeft beschouwd, door haar een dwangsom gebaseerd op haar omzet op te leggen, terwijl zij beweert een sanctie op te leggen wegens een besluit van een ondernemersvereniging.

320 Benadrukt moet worden dat artikel 24, lid 1, sub a, van verordening nr. 1/2003 specifiek verwijst naar de mogelijkheid om dwangsommen op te leggen aan ondernemersverenigingen.

321 Aangezien MasterCard International en MasterCard Europe volledig geconsolideerde dochterondernemingen van MasterCard zijn, moet ervan worden uitgegaan dat de Commissie, door rekening te houden met de omzet van deze laatste, slechts artikel 24, lid 1, sub a, van verordening nr. 1/2003 op de omstandigheden van de onderhavige zaak heeft toegepast. Zij was bijgevolg niet gehouden om op dit punt een specifieke uitleg te verschaffen.

322 Met het tweede onderdeel van hun middel bestrijden verzoeksters de evenredigheid van de corrigerende maatregel in artikel 3 van de bestreden beschikking.

323 Er moet aan worden herinnerd dat het evenredigheidsbeginsel, als algemeen beginsel van Unierecht, vereist dat de handelingen van de instellingen niet buiten de grenzen mogen treden van wat geschikt en noodzakelijk is ter verwezenlijking van de rechtmatige doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat, wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (arresten Hof van 5 mei 1998, Verenigd Koninkrijk/Commissie, C-180/96, Jurispr. blz. I-2265, punt 96, en 12 juli 2001, Jippes e.a., C-189/01, Jurispr. blz. I-5689, punt 81).

324 Wat meer bepaald de evenredigheid van de bestreden corrigerende maatregel betreft, geeft artikel 7 van verordening nr. 1/2003 uitdrukkelijk aan, in hoeverre het evenredigheidsbeginsel toepassing moet vinden in situaties die binnen de werkingssfeer van dit artikel vallen. Ingevolge deze bepaling kan de Commissie de betrokken ondernemingen immers alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken (arrest Hof van 29 juni 2010, Commissie/Alrosa, C-441/07 P, Jurispr. blz. I-5949, punt 39).

325 In de onderhavige zaak is de verplichting om de MFA's formeel af te schaffen, om de netwerkregels van de vereniging te wijzigen en om alle beslissingen inzake de MFA's in te trekken, die is opgenomen in artikel 3 van de bestreden beschikking, het directe gevolg van de vaststelling dat genoemde MFA's onrechtmatig zijn. Zij is dus niet onevenredig, aangezien zij zich ertoe beperkt aan de inbreuk in kwestie een einde te maken.

326 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door verzoeksters' betoog dat eraan is ontleend dat, daar waar de Commissie erkent dat de MFA's mogelijk aan de vereisten van artikel 81, lid 3, EG voldoen, een corrigerende maatregel die ertoe verplicht de MFA's af te schaffen of op nul vast te stellen onevenredig zou zijn, daar zij veeleer had moeten bepalen hoe de MFA's moeten worden berekend, opdat zij met artikel 81 EG verenigbaar zouden zijn.

327 Vastgesteld moet worden dat een dergelijk betoog uitgaat van een onjuiste redenering. Het stond immers aan verzoekster om in het kader van de bewijslevering dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG is voldaan, een methode voor de vaststelling van de MFA's voor te stellen die zodanig was dat zij deze, in voorkomend geval, met deze bepaling verenigbaar had kunnen maken. Bij gebreke van dergelijk bewijs stond het aan de Commissie om de geldig door haar geconstateerde inbreuk op artikel 81 EG te doen beëindigen.

328 Verzoeksters geven daarnaast te kennen dat ook de termijn van zes maanden onevenredig is. Zij verwijzen naar de omstandigheid dat Visa in de Visa II-beschikking „zo'n vijf jaar heeft gekregen om een veel minder radicale wijziging door te voeren, en [dat] geen enkele handhavingsmaatregel is opgelegd".

329 Zoals hierboven in de punten 192 en 314 is benadrukt, is de Visa II-beschikking vastgesteld in een context die niet vergelijkbaar is met die van de bestreden beschikking. Hoe dan ook kan de termijn die aan een inbreukmaker is gegeven om deze inbreuk te beëindigen niet dienstig worden vergeleken met de periode waarvoor een vrijstelling is afgegeven.

330 Aangaande de termijn van zes maanden voeren verzoeksters niets aan op grond waarvan kan worden overwogen dat het voor hen bijzonder lastig zou zijn om de corrigerende maatregelen binnen deze termijn na te leven. Bovendien moet worden benadrukt dat artikel 6 van de bestreden beschikking voorzag in de mogelijkheid om de Commissie om een verlenging van deze termijn te verzoeken.

331 Bijgevolg moet het tweede onderdeel van het middel en dus het middel in zijn geheel worden afgewezen.

332 Gelet op het voorgaande, dienen alle in het kader van het onderhavige beroep gedane verzoeken te worden afgewezen.

Kosten

333 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd.

334 Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten. Aangezien BRC en EuroCommerce dit niet hebben gevorderd, zullen zij hun eigen kosten dragen.

335 Daar de Commissie niet heeft geconcludeerd tot verwijzing van Banco Santander, HSBC, Bank of Scotland, RBS, Lloyds TSB en MBNA in de kosten in verband met hun interventies, zullen deze interveniënten hun eigen kosten dragen.

336 Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zal dus zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT (Zevende kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) MasterCard, Inc., MasterCard International, Inc., en MasterCard Europe zullen naast hun eigen kosten, die van de Europese Commissie dragen.

3) Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zal zijn eigen kosten dragen.

4) British Retail Consortium en EuroCommerce AISBL zullen hun eigen kosten dragen.

5) Banco Santander, SA, Royal Bank of Scotland plc, HSBC Bank plc, Bank of Scotland plc, Lloyds TSB Bank plc en MBNA Europe Bank Ltd zullen hun eigen kosten dragen.

Dittrich Wiszniewska-Białecka Prek

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 mei 2012.

ondertekeningen

Inhoud

Aan het geding ten grondslag liggende feiten 3

I — Verzoekende partij 3

II — Aan de bestreden beschikking ten grondslag liggende administratieve procedure 3

Bestreden beschikking 4

I — Vierpartijenregeling inzake bankkaarten en afwikkelingsvergoedingen 4

II — Afbakening van de relevante markt 5

III — Toepassing van artikel 81, lid 1, EG 5

A — Besluit van een ondernemersvereniging 5

B — Beperking van de mededinging 5

C — Beoordeling van de mogelijke objectieve noodzakelijkheid van MFA's voor de werking van het MasterCard-systeem 6

IV — Toepassing van artikel 81, lid 3, EG 7

V — Dispositief

Procesverloop 8

Conclusies van partijen 9

In rechte 10

I — Door verzoeksters ingediend verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang 10

II — Ontvankelijkheid van de inhoud van bepaalde bijlagen bij de schriftelijke stukken van partijen 11

III — Ten gronde 11

A — Verzoek tot nietigverklaring van de bestreden beschikking 12

1. Eerste middel, ontleend aan schending van artikel 81, lid 1, EG doordat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat de MFA's een beperking van de mededinging opleverden 12

a) Onderdeel van het middel ontleend aan een onjuiste beoordeling van de objectieve noodzaak van de MFA's 12

Grief ontleend aan toepassing van onjuiste juridische criteria 13

Grief ontleend aan een onjuist onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's 14

— Objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als fall-back voor de afwikkeling van de transacties 14

— Objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als mechanisme voor geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken 15

b) Onderdeel van het middel ontleend aan beoordelingsfouten in de analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging 18

Grieven inzake het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden zonder de MFA's . 19

Grieven in verband met het onderzoek van de productmarkt 24

Grief ontleend aan het onderzoek van het economische bewijs dat in de loop van de administratieve procedure is overgelegd 26

Grief ontleend aan de motivering van de bestreden beschikking 28

2. Tweede middel, ontleend aan schending van artikel 81, lid 3, EG 28

3. Derde middel, inzake schending van artikel 81, lid 1, EG als gevolg van de onjuiste kwalificatie van de betalingsorganisatie MasterCard als ondernemersvereniging 34

4. Vierde middel, dat eraan is ontleend dat de bestreden beschikking gebreken vertoont als gevolg van procedurefouten en feitelijke onjuistheden 38

a) Eerste onderdeel van het middel, ontleend aan schending van verzoeksters' rechten van verdediging 38

Eerste grief, ontleend aan het oneigenlijke gebruik van een brief met een uiteenzetting van de feiten 38

Tweede grief, ontleend aan een gebrek aan duidelijkheid van de brief met de uiteenzetting van de feiten 40

Derde grief, ontleend aan het voorkomen van nieuwe gegevens in de bestreden beschikking 41

Vierde grief, ontleend aan een ontoereikende informatieverschaffing aan sommige nationale mededingingsautoriteiten 42

b) Tweede onderdeel van het middel, ontleend aan feitelijke onjuistheden 43

B — Verzoek tot nietigverklaring van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van de bestreden beschikking 43

Kosten 47