Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjunde avdelningen)

Den 24 maj 2012*

”Konkurrens — Beslut fattat av en företagssammanslutning — Marknaden för tjänster för inlösen av transaktioner som genomförts med hjälp av bankkort, betalkort och kreditkort — Beslut i vilket en överträdelse av artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet konstateras — Standardmellanbanksavgifter — Artikel 81.1 EG och 81.3 EG — Begreppet accessorisk begränsning — Objektiv nödvändighet föreligger inte — Konkurrensbegränsning genom resultat — Villkor för beviljande av individuellt undantag — Rätten till försvar — Åtgärd för att få överträdelsen att upphöra — Vite — Motivering — Proportionalitet”

I mål T-111/08,

MasterCard, Inc., Wilmington, Delaware (Förenta staterna),

MasterCard International, Inc., Wilmington,

MasterCard Europe, Waterloo (Belgien),

företrädda av advokaterna B. Amory, V. Brophy och S. McInnes, och av T. Sharpe, QC,

sökande,

med stöd av

Banco Santander, **SA**, Santander (Spanien), företrädd av advokaterna F. Lorente Hurtado, P. Vidal Martínez och A. Rodriguez Encinas,

av

Royal Bank of Scotland plc, Edinburgh (Förenade kungariket), företrädd av D. Liddell, solicitor, advokaten D. Waelbroeck, N. Green, QC, och M. Hoskins, barrister,

av

HSBC Bank plc, London (Förenade kungariket), företrädd av M. Coleman och P. Scott, solicitors, och av R. Thompson, QC,

av

Bank of Scotland plc, Edinburgh, inledningsvis företrädd av S. Kim, K. Gordon och C. Hutton, solicitors, därefter av J. Flynn, QC, E. McKnight och K. Fountoukakos-Kyriakakos, solicitors,

av

Lloyds TSB Bank plc, London, företrädd av E. McKnight och K. Fountoukakos-Kyriakakos, solicitors, och av J. Flynn, QC,

och av

MBNA Europe Bank Ltd, Chester (Förenade kungariket), företrädd av A. Davis, solicitor, och J. Swift, QC,

intervenienter,

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av F. Arbault, N. Khan och V. Bottka, därefter av N. Khan och V. Bottka, båda i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, inledningsvis företrätt av E. Jenkinson och I. Rao, båda i egenskap av ombud, därefter av I. Rao, S. Ossowski och F. Penlington, och slutligen av I. Rao, S. Ossowski och C. Murrell, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av J. Turner, QC, och av J. Holmes, barrister,

av

British Retail Consortium, London, företrätt av P. Crockford, solicitor, och A. Robertson, barrister,

och av

EuroCommerce AISBL, Bryssel (Belgien), inledningsvis företrätt av F. Tuytschaever och F. Wijckmans, därefter av advokaterna F. Wijckmans och J. Stuyck,

intervenienter,

angående en talan om, i första hand, ogiltigförklaring av beslut K (2007) 6474 slutlig av den 19 december 2007 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/34.579 – MasterCard, ärende COMP/36.518 – EuroCommerce, ärende COMP/38.580 – Commercial Cards), och, i andra hand, ogiltigförklaring av artiklarna 3–5 och 7 i samma beslut,

meddelar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen),

sammansatt av ordföranden A. Dittrich samt domarna I. Wiszniewska-Białecka och M. Prek (referent),

justitiesekreterare: handläggaren N. Rosner,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 juli 2011,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

I – *Sökandena*

1 MasterCard är en internationell betalningsorganisation (nedan kallad betalningsorganisationen MasterCard), som företräds av flera juridiska personer, holdingbolaget MasterCard, Inc., och två dotterbolag, nämligen MasterCard International, Inc., och MasterCard Europe (nedan kallade MasterCard-bolagen).

2 MasterCard-bolagen ansvarar för driften och samordningen av systemen för betalning med MasterCard-kort och Maestro-kort (nedan kallade MasterCard-systemet och MasterCard-kort), vilket bland annat innebär att de fastställer regler för systemet och förser de deltagande finansinstituten med auktoriserings- och clearingtjänster. Det är finansinstituten som ansvarar för att ge ut MasterCard-kort och att sluta anslutningsavtal med försäljningsställen som vill acceptera betalning med MasterCard-kort.

3 Före den 25 maj 2006 tillhörde betalningsorganisationen MasterCards samtliga tillgångar och de därmed sammanhängande rösträtterna bankerna. Den dagen introducerades MasterCard på New York-börsen (Förenta staterna) (nedan kallad börsintroduktionen), vilket innebar en förändring av MasterCards struktur och styrning.

II – *Det administrativa förfarandet som föregick det angripna beslutet*

4 Den 30 mars 1992 och den 27 juni 1997 tog Europeiska gemenskapernas kommission emot klagomål från British Retail Consortium (nedan kallat BRC) och EuroCommerce AISBL som bland annat riktades mot Europay International SA (nedan kallat Europay), numera MasterCard Europe.

5 Den 22 maj 1992, i maj 1993 och den 8 september 1994, inkom Europay med diverse anmälningar. Dessa följdes av en anmälan, med verkan från och med den 1 juli 1995, som gällde samtliga av Europays betalningssystem.

6 Efter att ha skickat ett meddelande om invändningar till Europay och ha mottagit ett yttrande över detta, offentliggjorde kommissionen den 13 april 2002 ett meddelande i enlighet med artikel 19.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] EG och [82] EG (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), där kommissionen tillkännagav att den hade för avsikt att ställa sig positiv till vissa regler i Europay-systemet. I dessa regler ingick inte reglerna om standardmellanbanksavgifter.

7 Den 22 november 2002 inledde kommissionen på eget initiativ en undersökning om standardmellanbanksavgifter inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) för företagskort (*commercial cards*).

8 Den 24 september 2003 tillställde kommissionen MasterCard-bolagen ett meddelande om invändningar mot reglerna för MasterCard-systemet och deras beslut om standardmellanbanksavgifter.

9 Den 5 juni 2004 yttrade sig MasterCard-bolagen över meddelandet om invändningar.

10 Den 21 juni 2006 skickade kommissionen ett meddelande om ytterligare invändningar till MasterCard-bolagen (nedan kallat meddelandet om invändningar nr 2).

11 Den 3 juli, den 4 juli och den 22 augusti 2006, gavs MasterCard-bolagen tillgång till kommissionens handlingar i ärendet.

12 Den 15 oktober 2006 yttrade sig MasterCard-bolagen över meddelandet om invändningar nr 2 (nedan kallat yttrande nr 2).

13 Den 14 och 15 november 2006 yttrade sig MasterCard-bolagen under ett muntligt hörande.

14 Den 23 mars 2007 skickade kommissionen en skrivelse om sakförhållandena till MasterCard-bolagen.

15 MasterCard-bolagen yttrade sig över skrivelsen den 16 maj 2007.

Det angripna beslutet

16 Den 19 december 2007 antog kommissionen beslut K (2007) 6474 slutlig om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel [53] i EES-avtalet (ärende COMP/34.579 – MasterCard, ärende COMP/36.518 – EuroCommerce, ärende COMP/38.580 – Commercial Cards) (nedan kallat det angripna beslutet). Nedan redogörs för beslutets huvudsakliga innehåll.

I – *Fyrpartssystem för kortbetalning och mellanbanksavgifter*

17 Kommissionen erinrade om att ett kortbetalningssystem med fyra parter, även kallat öppet betalningssystem, såsom MasterCard-systemet, skiljer sig från ett trepartssystem genom att det finansinstitut som ger ut kortet (nedan kallat den utgivande banken eller utgivaren) kan vara ett annat än det som tillhandahåller näringsidkarna inlösentjänsterna, det vill säga de tjänster som gör att näringsidkarna kan acceptera kort som betalningsmedel (nedan kallat den inlösande banken eller inlösaren) (skälen 234–249 i det angripna beslutet).

18 Mellanbanksavgifterna har att göra med det förhållande som föreligger mellan den utgivande banken och den inlösande banken vid en betalningstransaktion med kort och utgörs av en summa som dras av till förmån för den utgivande banken. Dessa avgifter ska skiljas från de avgifter som den inlösande banken fakturerar näringsidkarna (”merchant service charge”, avgifter för tjänster som tillhandahålls näringsidkaren, nedan kallade näringsidkaravgifter).

19 Kommissionen framhöll att betalningsorganisationen MasterCard i allmänhet inte ålägger de utgivande bankerna att använda intäkterna från mellanbanksavgifterna på något särskilt sätt, och att den inte systematiskt kontrollerar hur de använder dessa intäkter (skäl 138 i det angripna beslutet). Kommissionen konstaterade även att MasterCard-bolagen inte eller inte längre betecknar mellanbanksavgifterna som ett pris eller som en kompensation för vissa tjänster som de utgivande bankerna tillhandahåller näringsidkarna, utan som en mekanism för att balansera kortinnehavarnas och näringsidkarnas behov (skälen 146–155 i det angripna beslutet).

20 Det angripna beslutet avser inte samtliga mellanbanksavgifter som tas ut i MasterCard-systemet, utan endast de som i beslutet betecknas som multilaterala standardmellanbanksavgifter som används inom EES- eller euroområdet, det vill säga de avgifter som tas ut om inga mellanbanksavgifter har fastställts bilateralt mellan de utgivande och de inlösande bankerna eller kollektivt på nationell nivå (nedan kallade de multilaterala mellanbanksavgifterna) (skäl 118 i det angripna beslutet).

II – *Definitionen av den relevanta marknaden*

21 Enligt kommissionen ska tre olika produktmarknader urskiljas inom ramen för fyrpartssystemet för kortbetalning: För det första finns det en marknad ”i föregående led” för de tjänster som ett kortbetalningssystem tillhandahåller olika finansinstitut. På den marknaden konkurrerar olika

kortsystem med varandra (nedan kallad systemmarknaden). Därefter kommer en första marknad ”i efterföljande led” där de utgivande bankerna konkurrerar om att ha kortinnehavarna som kunder (nedan kallad utgivningsmarknaden). Slutligen finns det en andra marknad ”i efterföljande led” där de inlösande bankerna konkurrerar om att ha näringsidkarna som kunder (nedan kallad inlösenmarknaden) (skälen 278–282 i det angripna beslutet).

22 Kommissionen definierade den relevanta marknaden som de nationella inlösenmarknaderna i medlemsstaterna i EES (skälen 283–329 i det angripna beslutet).

23 Kommissionen godtog inte de argument som MasterCard-bolagen utvecklade under det administrativa förfarandet, nämligen att det endast finns en enda produktmarknad, nämligen en marknad på vilken konkurrens råder mellan de tjänster som kortbetalningssystemen tillhandahåller för att tillgodose kortinnehavarnas och näringsidkarnas gemensamma efterfrågan, och där dessa tjänster konkurrerar mot alla andra betalningssätt, inklusive kontanter och checkar (250–277 i det angripna beslutet).

III – *Tillämpning av artikel 81.1 EG*

A – *Beslut av företagssammanslutningar*

24 Kommissionen fann att de beslut som fattats av betalningsorganisationen MasterCard om fastställande av multilaterala mellanbanksavgifter utgör ”beslut av företagssammanslutningar” i den mening som avses i artikel 81.1 EG, trots de förändringar av MasterCards struktur och styrning som ägt rum till följd av börsintroduktionen.

25 För det första fann kommissionen att betalningsorganisationen MasterCard utgjorde en företagssammanslutning även före börsintroduktionen och att denna händelse inte hade påverkat de omständigheter som var avgörande för den kvalificeringen (skälen 345–357 i det angripna beslutet). Kommissionen underströk bland annat att förändringen av ägandet av betalningsorganisationen MasterCard inte var någon avgörande faktor (skäl 358 i det angripna beslutet). Den påpekade också att styrningen av sammanslutningen i Europa fortsätter att kontrolleras av bankerna (skälen 359–367 i det angripna beslutet).

26 För det andra konstaterade kommissionen att det var ostridigt att de beslut om multilaterala mellanbanksavgifter som fattats före börsintroduktionen utgjorde ”beslut av företagssammanslutningar”. Den kvalificeringen ska också gälla för beslut om multilaterala mellanbanksavgifter som fattats efter börsintroduktionen. Kommissionen har härvid bland annat baserat sig på att betalningsorganisationen MasterCard och bankerna har kvar en intressegemenskap och att bankerna har godtagit MasterCards nya styrning (skälen 370–399 i det angripna beslutet).

B – *Konkurrensbegränsning*

27 Kommissionen pekade på vissa uppgifter som talar för att det kan ha förelegat en konkurrensbegränsning genom syfte, men grundade sin bedömning endast på de konkurrensbegränsande effekter som de multilaterala mellanbanksavgifterna fått på inlösenmarknaden (skälen 401–407 i det angripna beslutet).

28 Enligt kommissionen utövar medlemmarna i betalningsorganisationen MasterCard tillsammans ett marknadsinflytande gentemot näringsidkarna och deras kunder. Således leder de multilaterala mellanbanksavgifterna till en höjning av beräkningsunderlaget för näringsidkaravgifterna. Sistnämnda avgifter skulle kunna ligga på en lägre nivå om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte existerade och om det fanns ett förbud mot att de utgivande bankerna i efterhand fastställer priset för transaktioner (nedan kallat förbudet mot prissättning i efterhand). Härav följer att de multilaterala

mellanbanksavgifter som kommissionen undersökte i det angripna beslutet gav upphov till en begränsning av priskonkurrensen mellan de inlösande bankerna till nackdel för näringsidkarna och deras kunder (skälen 410, 411 och 522 i det angripna beslutet).

29 Kommissionen konstaterade härvid dels att de multilaterala mellanbanksavgifterna hade konkurrensbegränsande effekter inte endast vid inlösen av gränsöverskridande transaktioner utan också vid inlösen av nationella transaktioner, med hänvisning till bland annat den omständigheten att de multilaterala mellanbanksavgifterna i vissa medlemsstater tillämpas när det saknas bilaterala eller nationella mellanbanksavgifter och att de kan tjäna som referens vid fastställande av nationella mellanbanksavgifter (skälen 412–424 i det angripna beslutet).

30 Dels drog kommissionen av bevisningen slutsatsen att de multilaterala mellanbanksavgifterna sätter en lägsta nivå för näringsidkaravgifterna (skälen 425–438 i det angripna beslutet).

31 Dessutom konstaterade kommissionen att de multilaterala mellanbanksavgifternas roll på utgivningsmarknaden och på systemmarknaden förstärkte avgifternas konkurrensbegränsande effekter på den relevanta marknaden, eftersom det ligger i de utgivande bankernas intresse att erbjuda sina kunder kort med höga multilaterala mellanbanksavgifter, och eftersom konkurrensen mellan kortsystemen om bankkunderna sker till nackdel för de system som erbjuder låga multilaterala mellanbanksavgifter (skälen 461–491 i det angripna beslutet).

32 Kommissionen konstaterade också att det inte låg i de inlösande bankernas intresse att konkurrensmässigt försöka pressa ner de multilaterala mellanbanksavgifterna till en lägre nivå eftersom de – direkt eller indirekt – gynnas av dem (skälen 499–501 i det angripna beslutet).

33 När det gäller näringsidkarna konstaterade kommissionen att dessa inte var i stånd att utöva ett tillräckligt tryck på nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna (skälen 502–506 i det angripna beslutet). Kommissionen nådde denna slutsats efter att ha beaktat effekterna av andra regler inom MasterCard-systemet, och framför allt den regel som säger att alla kort från alla banker måste accepteras (”Honour All Cards Rule”, nedan kallad ”acceptera alla kort-regeln”) (skälen 507–521 i det angripna beslutet), samt den dragningskraft som detta betalningssätt utövar på konsumenterna (skälen 504–506 i det angripna beslutet).

C – Bedömning av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga för att MasterCard-systemet ska fungera

34 Inledningsvis erinrade kommissionen om att till skillnad från vad som gäller för begränsningar som är nödvändiga för att genomföra en huvudtransaktion, kan begränsningar som endast är önskvärda för huvudtransaktionens kommersiella framgång, eller som leder till effektivitetsvinster, uteslutande bedömas mot bakgrund av artikel 81.3 EG (skälen 524–531 i det angripna beslutet).

35 Kommissionen fann att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte kan betraktas som accessoriska begränsningar eftersom de inte är objektivt nödvändiga för att det öppna kortbetalningssystemet ska fungera. Det skulle räcka med att de utgivande bankerna erhåller en ersättning från kortinnehavarna, att de inlösande bankerna erhåller en ersättning från näringsidkarna och att systemets ägare erhåller en ersättning genom de avgifter som betalas av de utgivande och de inlösande bankerna för att systemet ska fungera (skälen 549–552 i det angripna beslutet). Kommissionen hänvisade härvid till det faktum att det finns fem öppna kortsystem i Europa som fungerar utan några multilaterala mellanbanksavgifter (skälen 555–614 i det angripna beslutet). Kommissionen hänvisade även till att den australiensiska centralbankens förordnande om en sänkning av mellanbanksavgifterna och att detta inte påverkat MasterCard-systemets konkurrenskraft (skälen 634–644 i det angripna beslutet).

36 När det gäller ”acceptera alla kort-regeln” menade kommissionen att ett borttagande av de multilaterala mellanbanksavgifterna inte skulle vara lika med en möjlighet för de utgivande bankerna att fastställa mellanbanksavgifterna helt fritt och ensidigt, eftersom denna risk skulle kunna undvikas genom införandet av en regel med mindre konkurrensbegränsande verkningar, till exempel en regel om förbud mot prissättning i efterhand (skälen 553–554 i det angripna beslutet).

37 Kommissionen godtog inte MasterCard-bolagens argument att ett borttagande av de multilaterala mellanbanksavgifterna skulle ge upphov till en ökning av kostnaderna. Kommissionen tillbakavisade påståendet att ett avskaffande av de multilaterala mellanbanksavgifterna skulle resultera i en så stor höjning av avgifterna för kortinnehavarna att det skulle leda till otillräcklig efterfrågan (skälen 609–614 i det angripna beslutet). Inte heller anammade kommissionen MasterCard-bolagens resonemang enligt vilket en avsaknad av multilaterala mellanbanksavgifter skulle leda till en kollektiv omfördelning av systemets kostnader och få samma effekt på näringsidkarnas kostnader som tillämpningen av multilaterala mellanbanksavgifter (skälen 615–619 i det angripna beslutet).

38 Kommissionen fann inte heller att de multilaterala mellanbanksavgifterna var objektivt nödvändiga för att MasterCard-systemet ska kunna konkurrera med trepartssystemen (skälen 620–625 i det angripna beslutet).

39 Kommissionen fann dessutom att de multilaterala mellanbanksavgifternas konkurrensbegränsande effekt var märkbar (skälen 649–660 i det angripna beslutet) och att de påverkade handeln mellan medlemsstaterna (skälen 661 och 662 i det angripna beslutet).

IV – *Tillämpning av artikel 81.3 EG*

40 Kommissionen konstaterade att de ekonomiska argument som MasterCard-bolagen har anfört angående de multilaterala mellanbanksavgifternas roll när det gäller att skapa jämvikt i MasterCard-systemet och maximera produktionen, inte räcker för att visa att nämnda avgifter har gett upphov till objektiva fördelar. Kommissionen ansåg sig inte ha ålagt MasterCard-bolagen någon orimlig bevisbörda genom att begära in empirisk bevisning. Vidare lyfte den fram vissa uppgifter som talar mot MasterCard-bolagens argument, såsom den omfattande produktionen i vissa kortbetalningssystem som fungerar utan några multilaterala mellanbanksavgifter och storleken på de intäkter som bankerna har från sin kortutgivningsverksamhet (skälen 679–701 och 729–733 i det angripna beslutet).

41 Vidare granskade kommissionen den teoretiska grund som MasterCard-bolagen åberopade, det vill säga Baxter-modellen. Kommissionen tillbakavisade MasterCard-bolagens argument och hänvisade därvid till modellens inneboende begränsningar (skälen 720–724 i det angripna beslutet).

42 Vad gäller villkoret att konsumenterna ska tillförsäkras en skälig andel av vinsten bedömde kommissionen att MasterCard-bolagen inte hade inkommit med bevisning för att eventuella objektiva fördelar vägde upp nackdelarna med de multilaterala mellanbanksavgifterna för näringsidkarna och deras kunder (skälen 739–746 i det angripna beslutet).

V – *Artikeldelen*

43 Artiklarna 1 och 2 i artikeldelen i det angripna beslutet löd på följande sätt:

”*Artikel 1*

Betalningsorganisationen MasterCard och de juridiska personer som företräder denna, [MasterCard-bolagen], har under perioden 22 maj 1992–19 december 2007 överträtt artikel 81 [EG] och under perioden 1 januari 1994–19 december 2007 överträtt artikel 53 i EES-avtalet genom att via

EES-interna standardmellanbanksavgifter för transaktioner med MasterCard-märkta kreditkort och betalkort och MasterCard- eller Maestro-märkta bankkort i praktiken fastlägga en minimiavgift som näringsidkare måste betala den inlösande banken för att kunna acceptera betalkort inom [EES].

Artikel 2

Betalningsorganisationen MasterCard och de juridiska personer som företräder denna ska se till att den i artikel 1 nämnda överträdelsen upphör, i enlighet med artiklarna 3–5.

Betalningsorganisationen MasterCard och de juridiska personer som företräder denna ska avhålla sig från att upprepa överträdelsen genom sådana handlingar eller sådana beteenden som beskrivs i artikel 1 och som har samma eller likvärdigt syfte eller resultat. De ska i synnerhet avhålla sig från att tillämpa Sepa-standardmellanbanksavgifterna/de euroområdesinterna standardmellanbanksavgifterna.”

44 I artikel 3 i det angripna beslutet ålade kommissionen MasterCard-bolagen att formellt avskaffa de aktuella multilaterala mellanbanksavgifterna inom sex månader, ändra sammanslutningens nätverksregler och upphäva alla beslut om de multilaterala mellanbanksavgifterna. I artikel 4 i beslutet ålades MasterCard-bolagen att inom sex månader underrätta alla finansinstitut liksom alla clearing- och avvecklingsinstitut som berörs av transaktioner inom EES om ändringarna av sammanslutningens nätverksregler. I artikel 5 i samma beslut ålades MasterCard-bolagen att offentliggöra en sammanfattning av det angripna beslutet på internet. Artikel 6 i beslutet innehöll en möjlighet att begära att kommissionen ska förlänga den frist på sex månader som MasterCard-bolagen beviljas för att rätta sig efter föreläggandena i artiklarna 2–5. Slutligen angavs i artikel 7 i det angripna beslutet att om MasterCard-bolagen underlåter att rätta sig efter något av föreläggandena kommer ett dagligt vite att tas ut på 3,5 procent av deras sammanlagda globala omsättning per dag.

Förfarandet

45 MasterCard-bolagen har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 mars 2008.

46 Genom beslut meddelat av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 12 september 2008 tilläts Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden.

47 Genom ett första beslut meddelat av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 9 december 2008 tilläts BRC och EuroCommerce att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden.

48 Genom ett andra beslut meddelat av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning den 9 december 2008 tilläts följande bolag att intervenera till stöd för MasterCard-bolagens yrkanden:

— Banco Santander SA.

— HSBC Bank plc (nedan kallat HSBC).

— Bank of Scotland plc.

— Royal Bank of Scotland plc (nedan kallat RBS).

— Lloyds TSB Bank plc (nedan kallat Lloyds TSB).

— MBNA Europe Bank Ltd (nedan kallat MBNA).

49 MasterCard-bolagen ansökte den 4 augusti och den 5 december 2008, samt den 19 februari, den 29 april och den 23 juli 2009, om att intervenienterna skulle hindras från att ta del av vissa konfidentiella delar av ansökan, svaromålet, repliken, vissa interventionsinlagor och dupliken. De lämnade in en icke konfidentiell version av dessa olika inlagor. Intervenienterna tillställdes endast den icke konfidentiella versionen av nämnda inlagor. Intervenienterna anförde inga invändningar häremot.

50 RBS ansökte den 25 februari 2009 om att de övriga intervenienterna skulle hindras från att ta del av vissa konfidentiella delar av RBS interventionsinlaga. Den efterföljande dagen ingav MBNA, HSBC och Bank of Scotland, motsvarande ansökningar beträffande deras interventionsinlagor. Den 3 mars 2009 ingav EuroCommerce en motsvarande ansökan med avseende på organisationens interventionsinlaga. Intervenienterna lämnade in en icke konfidentiell version av sina inlagor. Övriga intervenienter tillställdes endast den icke konfidentiella versionen av nämnda inlagor, och de anförde inga invändningar häremot.

51 Den 8 januari 2010 begärde MasterCard-bolagen att tribunalen skulle vidta en åtgärd för processledning med tillämpning av artikel 64.4 i rättegångsreglerna. Den 29 januari och den 31 mars 2010 ansökte de om att intervenienterna skulle hindras från att ta del av vissa konfidentiella delar av deras begäran om åtgärd för processledning och de synpunkter som kommissionen lämnat med anledning därav. De lämnade in en icke konfidentiell version av dessa olika inlagor. Intervenienterna tillställdes endast den icke konfidentiella versionen av nämnda inlagor. De anförde inga invändningar häremot.

52 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (sjunde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

53 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 8 juli 2011.

Parternas yrkanden

54 MasterCard-bolagen har yrkat att tribunalen ska

— fastställa att talan kan tas upp till sakprövning,

— ogiltigförklara det angripna beslutet, eller alternativt ogiltigförklara artiklarna 3–5 och 7, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

55 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta MasterCard-bolagen att ersätta rättegångskostnaderna.

56 Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, BRC och EuroCommerce har yrkat att tribunalen ska ogilla talan.

57 Banco Santander, RBS, Lloyds TSB och MBNA har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

58 HSBC har yrkat att tribunalen ska ogiltigförklara det angripna beslutet.

59 Bank of Scotland har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet, eller alternativt ogiltigförklara artiklarna 3–5 och 7, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

I – *MasterCard-bolagens begäran om åtgärder för processledning*

60 MasterCard-bolagen har begärt att tribunalen, som en åtgärd för processledning, ska anmoda kommissionen att ändra ett avsnitt i dupliken så att hänvisningarna till deras unilaterala åtaganden avlägsnas.

61 Det framgår av det aktuella avsnittet i dupliken att det efter antagandet av det angripna beslutet pågick utdragna diskussioner mellan MasterCard-bolagen och kommissionen, och att dessa utmynnade i åtaganden om en ny metod för beräkningen av de multilaterala mellanbanksavgifterna. Mot bakgrund av dessa åtaganden meddelade kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor att ”hon inte såg någon anledning att föreslå kollegiet att inleda ett förfarande mot de multilaterala mellanbanksavgifter som fastställts enligt denna nya metod”.

62 MasterCard-bolagen anser att dessa hänvisningar har gjorts i strid med den överenskommelse som ingåtts med kommissionen enligt vilken deras diskussioner och alla eventuella åtaganden beträffande de multilaterala mellanbanksavgifterna skulle vara ”konfidentiella” ”med allmänt förbehåll” (*without prejudice*). Kommissionen har framhållit att det är notoriskt att de multilaterala mellanbanksavgifterna har återinförts, då såväl MasterCard-bolagen som kommissionen har offentliggjort pressmeddelanden om detta. Den har också gjort gällande att MasterCard-bolagen gör en felaktig tolkning av uttrycket ”med allmänt förbehåll”.

63 Enligt fast rättspraxis ankommer det på tribunalen att bedöma huruvida åtgärder för processledning behövs (domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot kommissionen, REG 2003, s. I-11177, punkt 67, förstainstansrättens dom av den 20 mars 1991 i mål T-1/90, Pérez-Mínguez Casariego mot kommissionen, REG 1991, s. II-143, punkt 94, och av den 12 september 2007 i mål T-358/04, Neumann mot harmoniseringsbyrån (formen på ett mikrofonhuvud), REG 2007, s. II-3329, punkt 66).

64 I det förevarande fallet räcker det med att konstatera att de omtvistade hänvisningarna rör en händelse som ägde rum efter antagandet av det angripna beslutet och som således saknar betydelse för beslutets lagenlighet (se, för ett liknande resonemang, tribunalens dom av den 28 februari 2002 i mål T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-875, punkt 252 och där angiven rättspraxis).

65 MasterCard-bolagens begäran om åtgärder för processledning ska således avslås utan att det behöver utredas vilken som är den exakta innebörden av de skyldigheter som följer av att skriftväxlingen mellan parterna innehöll en formulering om att deras diskussioner var ”konfidentiella” och ”med allmänt förbehåll”.

II – *Upptagande till sakprövning av vissa bilagor till inlagor från parterna*

66 Kommissionen anser att de argument som återfinns i vissa bilagor till ansökan och repliken ska avvisas med tillämpning av tribunalens praxis, eftersom dessa argument inte ryms inom bilagornas funktion som rena bevismaterial och rena medel för målets utredning.

67 I repliken har MasterCard-bolagen gjort gällande att dessa bilagor endast stöder argument som finns i själva ansökan och att de således kan prövas i sak. Annorlunda är det enligt MasterCard-bolagen med vissa bilagor som lagts till svaromålet, vilka innehåller sådana argument som inte finns med i själva svaromålet och som således inte bör beaktas i förevarande förfarande.

68 Enligt artikel 21 i domstolens stadga och artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler ska en ansökan innehålla uppgifter om föremålet för talan samt en kortfattad framställning av grunderna för denna. Enligt fast rättspraxis krävs det för att en talan ska kunna tas upp till sakprövning att de väsentliga, faktiska och rättsliga, omständigheter som talan grundas på, åtminstone kort men på ett konsekvent och begripligt sätt, framgår av innehållet i själva ansökan. Även om innehållet i en ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden, genom hänvisning till vissa avsnitt i bifogade handlingar, kan en generell hänvisning till andra handlingar – även om de bifogas ansökan – inte uppväga avsaknaden av väsentliga delar av den rättsliga argumentering som enligt ovannämnda bestämmelser ska återfinnas i själva ansökan. Det ankommer vidare inte på tribunalen att i bilagorna söka efter och identifiera de grunder och argument som den skulle kunna anse utgöra grunden för talan, eftersom bilagorna enbart ska tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning (se förstainstansrättens dom av den 17 september 2007 i mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 94 och där angiven rättspraxis).

69 Denna tolkning av artikel 21 i domstolens stadga och artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler avser även villkoren för att repliken, vilken i enlighet med artikel 47.1 i rättegångsreglerna syftar till att komplettera ansökan, ska kunna godtas (domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 95).

70 Även om – mot bakgrund av presumtionen för att rättsakter som antagits av Europeiska unionens institutioner är lagenliga – ansökan och svaromålet har olika syften och således uppfyller olika krav, ska dock samma resonemang som gäller ansökan tillämpas när det rör sig om möjligheten att hänvisa till bilagor till svaromålet, eftersom artikel 46.1 b i rättegångsreglerna anger att svaromålet ska innehålla de faktiska och rättsliga omständigheter som åberopas.

71 Den kritik som har riktats mot att det hänvisats till bilagor kommer att undersökas vid prövningen av de olika grunder och argument som kritiken rör. Tribunalen kommer endast att beakta bilagorna i den mån de stöder eller kompletterar grunder eller argument som parterna uttryckligen har åberopat i sina skrivelser och i den mån det är möjligt att exakt fastställa vilka delar i dessa bilagor som stöder eller kompletterar nämnda grunder eller argument (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 99).

III – *Prövning i sak*

72 Talan innehåller dels ett förstahandsyrkande om ogiltigförklaring av det angripna beslutet, dels ett andrahandsyrkande om ogiltigförklaring av artiklarna 3–5 och 7.

A – *Yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet*

73 Till stöd för detta yrkande har MasterCard-bolagen åberopat fyra grunder. Den första avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG genom att fel begåtts vid analysen av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen. Den andra grunden avser ett åsidosättande av artikel 81.3 EG. Genom den tredje grunden har det gjorts gällande att artikel 81.1 EG har åsidosatts genom att de multilaterala mellanbanksavgifterna felaktigt har kvalificerats som beslut av företagssammanslutningar. Som fjärde grund har det anförts att det administrativa förfarandet är behäftat med fel och att det föreligger sakfel.

1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 81.1 EG genom att kommissionen felaktigt drog slutsatsen att fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna utgjorde en konkurrensbegränsning

74 Grunden kan delas upp i två delar. För det första har MasterCard-bolagen gjort gällande att det var fel av kommissionen att slå fast att de multilaterala mellanbanksavgifterna hade konkurrensbegränsande effekter. För det andra har de hävdat att kommissionen borde ha kommit fram till att de multilaterala mellanbanksavgifterna var objektivt nödvändiga för att MasterCard-systemet ska fungera.

75 MasterCard-bolagens påstående om att de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga ska förstås som att kommissionen borde ha dragit slutsatsen att de utgjorde en accessorisk begränsning i förhållande till MasterCard-systemet och att den således inte hade rätt att undersöka avgifternas effekter på konkurrensen separat, utan borde ha undersökt dem tillsammans med effekterna av MasterCard-systemet, till vilket de var knutna.

76 Eftersom utgången av prövningen av den andra delgrunden påverkar möjligheten att undersöka de multilaterala mellanbanksavgifternas effekt på konkurrensen separat, ska tribunalen inleda med att pröva den andra delgrunden.

a) Delgrunden enligt vilken kommissionen gjorde en felaktig bedömning av om de multilaterala mellanbanksavgifterna var objektivt nödvändiga

77 Begreppet accessorisk begränsning omfattar alla begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för att genomföra en huvudtransaktion (förstainstansrättens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2459, punkt 104).

78 Med begränsning som har direkt samband med genomförandet av en huvudtransaktion avses alla begränsningar som har en underordnad betydelse jämfört med denna transaktion och som har ett uppenbart samband med denna (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 105).

79 Vad avser villkoret att en begränsning ska vara nödvändig måste två prövningar göras. För det första ska det prövas om begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen. För det andra ska det prövas om begränsningen står i proportion till huvudtransaktionen (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 106).

80 Vad gäller prövningen av om en begränsning objektivt sett är nödvändig, ska det erinras om följande. Då det inte föreligger någon skälighetsregel kan villkoret om objektiv nödvändighet inte tolkas som att det ska göras en avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser. En sådan bedömning får nämligen enbart göras inom gränserna för artikel 81.3 EG. Prövningen av huruvida begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen måste följaktligen vara relativt teoretisk. Det är inte fråga om att bedöma om begränsningen, mot bakgrund av konkurrensläget på den relevanta marknaden, är nödvändig för att huvudtransaktionen ska bli kommersiellt framgångsrik. Det är snarare fråga om att, med hänsyn till de särskilda omständigheter som gäller för huvudtransaktionen, avgöra om begränsningen är nödvändig för att genomföra denna. Om det visar sig svårt eller rentav omöjligt att genomföra huvudtransaktionen utan begränsningen, ska denna anses objektivt nödvändig för huvudtransaktionens genomförande (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkterna 107 och 109).

81 När det gäller frågan om huruvida en begränsning står i rimlig proportion till genomförandet av huvudtransaktionen, måste det kontrolleras att dess giltighetstid samt materiella och geografiska tillämpningsområde inte överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra transaktionen. Om

begränsningens varaktighet eller tillämpningsområde överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra transaktionen, ska begränsningen bli föremål för en särskild bedömning enligt artikel 81.3 EG (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 113).

82 Emedan bedömningen av om en begränsning är accessorisk till en huvudtransaktion förutsätter komplicerade ekonomiska bedömningar från kommissionens sida, ska domstolsprövningen av nämnda bedömning endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 114).

83 I det förevarande fallet handlar det endast om huruvida villkoret att de multilaterala mellanbanksavgifterna ska vara objektivt nödvändiga är uppfyllt. MasterCard-bolagen har, med stöd av flera intervenienter, i huvudsak framställt två invändningar. De har gjort gällande att beslutet är behäftat med ett fel på grund av att kommissionen har tillämpat felaktiga rättsliga kriterier. De anser också att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga.

Invändningen om att felaktiga rättsliga kriterier har tillämpats

84 MasterCard-bolagen har kritiserat kommissionen för att inte ha undersökt de multilaterala mellanbanksavgifterna i deras juridiska och ekonomiska sammanhang. De har anfört att kommissionen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att av antagandet att MasterCard-systemet kan fungera utan de multilaterala mellanbanksavgifterna dra slutsatsen att dessa avgifter inte är objektivt nödvändiga. Det framgår tvärtom av rättspraxis att om det visar sig vara svårt att genomföra huvudtransaktionen utan begränsningen, kan begränsningen anses vara objektivt nödvändig för huvudtransaktionens genomförande. Samma sak gäller enligt MasterCard-bolagen om huvudtransaktionen blir svårare att genomföra eller om förhållandena för dess genomförande blir mer osäkra, och den endast kan genomföras med lägre sannolikhet för framgång.

85 Kommissionen har tillbakavisat denna invändning.

86 Tribunalen underkänner invändningen mot bakgrund av den rättspraxis som nämns ovan i punkterna 77–82.

87 Det framgår visserligen av fast rättspraxis, såsom också MasterCard-bolagen har erinrat om, att bedömningen av de konkurrensbegränsande verkningarna enligt artikel 81.1 EG ska göras mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket verkningarna av ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande uppstår, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de berörda varornas och tjänsternas art samt de faktiska villkoren för hur den relevanta marknaden fungerar och är uppbyggd (se förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 136 och där angiven rättspraxis).

88 Detta betyder dock inte – såsom MasterCard-bolagen förefaller göra gällande – att de fördelar som de multilaterala mellanbanksavgifterna innebär för MasterCard-systemet ska beaktas vid fastställandet av huruvida de är objektivt nödvändiga för att systemet ska fungera.

89 Såsom framgår av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 77 är prövningen av huruvida begränsningen är objektivt nödvändig relativt teoretisk. Principen om accessoriska begränsningar är nämligen endast tillämplig på sådana begränsningar som under alla omständigheter är nödvändiga för att huvudtransaktionen ska kunna fungera. Sådana punkter som rör frågan huruvida begränsningen är

nödvändig mot bakgrund av konkurrensläget på marknaden i fråga hör således inte till bedömningen av om begränsningen är accessorisk (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 77 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 121).

90 Följaktligen medför den omständigheten att avsaknaden av multilaterala mellanbanksavgifter kan ha en negativ inverkan på MasterCard-systemet inte i sig att de multilaterala mellanbanksavgifterna ska anses vara objektivt nödvändiga, om det framgår av undersökningen av MasterCard-systemet i dess ekonomiska och juridiska sammanhang att det kan fortsätta fungera utan dessa avgifter.

91 Kommissionen har således inte gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning genom att av den omständigheten att MasterCard-systemet skulle kunna fungera utan de multilaterala mellanbanksavgifterna dra slutsatsen att dessa avgifter inte är objektivt nödvändiga.

92 Således har kommissionen, till skillnad från vad MasterCard-bolagen har anfört, inte tillämpat några felaktiga juridiska kriterier. Invändningen ska således underkännas.

Invändningen om en oriktig bedömning av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga

93 Eftersom de multilaterala mellanbanksavgifterna dels utgör en standardmetod för avveckling av transaktioner, som tillämpas vid transaktioner när någon närmare överenskommelse inte har träffats mellan de utgivande och de inlösande bankerna, dels motsvarar en överföring av intäkter till de utgivande bankerna, ska bedömningen av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna eventuellt är objektivt nödvändiga göras utifrån dessa två aspekter.

– Frågan huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga såsom standardmetod för avveckling av transaktioner

94 MasterCard-bolagen har i huvudsak gjort gällande att de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga i egenskap av standardmetod för avveckling av transaktioner. Om det inte fanns några multilaterala mellanbanksavgifter skulle ”acceptera alla kort-regeln” – som innebär att alla transaktioner som görs med hjälp av ett MasterCard-kort måste godtas – leda till att inlösarna hamnar i händerna på utgivarna. Utgivarna skulle ensidigt kunna fastställa beloppet för mellanbanksavgifterna, eftersom näringsidkarna och inlösarna är skyldiga att godta transaktionen.

95 I skäl 554 i det angripna beslutet bemötte kommissionen denna kritik på följande sätt:

”Risken för att vissa utgivande banker utnyttjar inlösarna, vilka är bundna av ’acceptera alla kort-regeln’, skulle kunna undvikas genom införandet av en nätverksregel vars inverkan på konkurrensen är mindre restriktiv än MasterCards nuvarande lösning som innebär att de multilaterala mellanbanksavgifterna ska ligga på en viss nivå om inget annat bestämts. Den andra lösningen skulle bestå i en regel som inför ett förbud mot prissättning i efterhand i de fall där det saknas ett bilateralt avtal mellan bankerna. Denna regel skulle tvinga kreditbanken att acceptera alla betalningar som en debitbank på vederbörligt sätt infört i systemet och skulle förbjuda samtliga banker att fakturera en annan bank avgifter om något bilateralt avtal om avgiftsbeloppen inte ingåtts. Den ovan beskrivna lösningen för att ’skydda’ inlösarna mot risken för att utgivarna missbrukar ’acceptera alla kort-regeln’ begränsar konkurrensen i mindre utsträckning än multilaterala mellanbanksavgifter, eftersom den inte innebär ett fastställande av en lägsta prisnivå för varje sida i systemet.”

96 Ett sådant resonemang rymmer ingen uppenbart oriktig bedömning. Eftersom det finns en standardmetod för reglering av transaktioner som är mindre konkurrensbegränsande än de multilaterala mellanbanksavgifterna, kan dessa avgifter inte anses vara objektivt nödvändiga för att

MasterCard-systemet ska fungera endast därför att de används som standardmetod för avveckling av transaktioner.

97 Denna slutsats påverkas inte av MasterCard-bolagens argument att kommissionen inte har rätt att utgå från hypotesen med ett MasterCard-system som fungerar med hjälp av ett förbud mot prissättning i efterhand i stället för med hjälp av multilaterala mellanbanksavgifter, eftersom ett sådant förbud enligt MasterCard-bolagen inte skulle vara ett resultat av marknadskrafterna, och således utgör ett ”reglerande” ingripande. Med detta resonemang påstås kommissionen bryta mot sin skyldighet att undersöka vilket konkurrensläget skulle vara om avtalet inte fanns.

98 Ett sådant resonemang beror på en felaktig tolkning av den rättspraxis som säger att om ett omtvistat avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnat förfarande ska anses förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, ska det företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet, beslutet av företagssammanslutningar eller det samordnade förfarandet inte fanns (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkt 76, och där angiven rättspraxis).

99 Visserligen måste nämnda jämförelse ske under realistiska förhållanden. Det ankom således på kommissionen att undersöka huruvida ett MasterCard-system utan multilaterala mellanbanksavgifter skulle vara ekonomiskt lönsamt och denna hypotes således skulle kunna användas för en jämförelse. Däremot var kommissionen inte skyldig att visa att marknadskrafterna skulle få de utgivande och de inlösande bankerna att själva besluta att anta en regel som begränsar konkurrensen i mindre utsträckning än de multilaterala mellanbanksavgifterna.

– Frågan huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga såsom en mekanism för överföring av tillgångar till de utgivande bankerna

100 Således ska det undersökas huruvida kommissionen hade fog för sin bedömning att det skulle räcka med en regel om förbud mot prissättning i efterhand för att MasterCard-systemet ska fungera – i det fallet kan de multilaterala mellanbanksavgifterna inte anses vara objektivt nödvändiga – eller om det tvärtom krävs en mekanism för överföring av tillgångar till de utgivande bankerna för att systemet ska fungera.

101 Det handlar inte om att göra en jämförelse för att se om MasterCard-systemet fungerar mer effektivt med de multilaterala mellanbanksavgifterna än med bara ett förbud mot prissättning i efterhand. Att göra det skulle innebära att man tog hänsyn till de eventuella fördelarna med de multilaterala mellanbanksavgifterna, vilket hör till den prövning som ska göras enligt artikel 81.3 EG, såsom kommissionen mycket riktigt har påpekat (se den rättspraxis som nämns ovan i punkt 80, och förstainstansrättens dom av den 23 oktober 2003 i mål T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, REG 2003, s. II-4653, punkt 107).

102 I skälen 549–648 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte är objektivt nödvändiga, eftersom MasterCard-systemet skulle kunna fungera med en ersättning till de utgivande bankerna från kortinnehavarna, en ersättning till de inlösande bankerna från näringsidkarna och en ersättning till systemets ägare genom de avgifter som betalas av de utgivande och de inlösande bankerna.

103 Till stöd för sin bedömning hänvisade kommissionen till det faktum att det finns fem öppna kortsystem i Europa som fungerar utan några multilaterala mellanbanksavgifter. Kommissionen hänvisade även till att MasterCard-systemet i Australien inte påverkats av den sänkning av mellanbanksavgifterna som den australiensiska centralbanken beslutade om (nedan kallat det

australiensiska exemplet). Dessutom baserade kommissionen sin bedömning på att MasterCard-korten även gav upphov till andra intäkter eller ekonomiska fördelar för bankerna inom ramen för deras utgivningsverksamhet, utöver de multilaterala mellanbanksavgifterna.

104 MasterCard-bolagen och vissa intervenienter har bestritt relevansen av den bevisning som kommissionen har åberopat för att visa att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte är objektivt nödvändiga. Kritiken riktas mot kommissionens val att undersöka fem nationella system som skiljer sig från MasterCard-systemet såväl genom sina egenskaper som genom sin storlek. De har även anfört att det australiensiska exemplet saknar relevans. Dessutom har flera intervenienter framhållit med vilka svårigheter det skulle vara förenat för dem att verka i ett system som saknade multilaterala mellanbanksavgifter och endast var utrustat med ett förbud mot prissättning i efterhand. Behovet av att finna andra intäkter skulle leda till en höjning av de kostnader som kortinnehavarna faktureras, en minskning av de förmåner som är knutna till MasterCard-korten och en övergång till alternativa produkter och tjänster. Dessa svårigheter skulle bli särskilt omfattande för de mindre finansinstituten och för de finansinstitut som endast bedriver utgivningsverksamhet.

105 Kommissionen anser att det saknas grund för denna kritik och har bland annat anfört att MasterCard-bolagens argument beträffande de fem nationella systemen ska avvisas eftersom de har framförts i en bilaga.

106 Eftersom de multilaterala mellanbanksavgifterna utgör en mekanism för överföring av tillgångar till de utgivande bankerna ska frågan om huruvida de är objektivt nödvändiga för att MasterCard-systemet ska fungera prövas mot bakgrund av de intäkter och ekonomiska fördelar som bankerna rent allmänt har tack vare verksamheten med kortutgivning.

107 Det ska härvid framhållas att kreditkort genererar stora intäkter för de utgivande bankerna, som framför allt består av den ränta som kortinnehavarna faktureras. Det framgår till exempel av skäl 346 i meddelandet om invändningar nr 2, till vilket det hänvisas i skäl 612 i det angripna beslutet, att ”utlåningen av pengar via kreditkort kan vara av mycket stor betydelse för de utgivande bankerna, framför allt på de marknader där kreditkortsanvändningen är utbredd, som till exempel i Förenade kungariket som är det land där flest MasterCard-kreditkort är i omlopp”. En sådan bedömning återfinns också i fotnot 829 i det angripna beslutet, där det anges att ”i Förenade kungariket kommer till exempel 90 procent av de utgivande bankernas intäkter från kortinnehavarna (främst ränta) och endast 10 procent från mellanbanksavgifter”.

108 När det gäller bankkort gjorde kommissionen i skälen 347 och 348 i meddelandet om invändningar nr 2 (till vilka det hänvisas i skäl 612 i det angripna beslutet) gällande att bankkorten ger upphov till betydande kommersiella fördelar för bankerna, utöver mellanbanksavgifterna, genom att de gör det möjligt för bankerna att minska antalet transaktioner med kontanter och checkar och således de kostnader som följer av den manuella hanteringen av sådana betalningsmetoder.

109 Tribunalen konstaterar att förekomsten av sådana intäkter och fördelar gör det föga sannolikt att avsaknaden av multilaterala mellanbanksavgifter skulle kunna få en väsentlig del av bankerna att upphöra med, eller i betydande mån inskränka, verksamheten med utgivning av MasterCard-kort. Likaså är det föga sannolikt att det skulle få dem att ändra villkoren för kortutgivningen så mycket att det skulle föranleda innehavarna av dessa kort att prioritera andra betalningsmetoder eller att använda kort som fungerar i trepartssystem, vilket skulle kunna äventyra MasterCard-systemets lönsamhet.

110 Även om man i ett system utan multilaterala mellanbanksavgifter kan räkna med en minskning av de fördelar som kortinnehavarna ges eller av lönsamheten i kortutgivningsverksamheten, är det med andra ord ändå rimligt att sluta sig till att en sådan minskning inte räcker för att äventyra MasterCard-systemets lönsamhet.

111 Denna slutsats får stöd av det australiensiska exemplet som kommissionen hänvisade till i skälen 634–644 i det angripna beslutet. Härav framgår nämligen att en betydande sänkning av mellanbanksavgifterna i MasterCard-systemet, som den australiensiska centralbanken beslutade om, inte nämnvärt har påverkat systemets lönsamhet och framför allt inte har lett till en övergång till trepartssystem, trots att sådana system inte berördes av de regler som Australiens centralbank införde.

112 MasterCard-bolagen och vissa intervenienter anser att det australiensiska exemplet inte utgör relevant bevisning, för det första eftersom det handlar om en sänkning och inte om ett avskaffande av mellanbanksavgifterna, för det andra eftersom kommissionen inte har visat att marknadsvillkoren i Australien och inom EES var tillräckligt lika varandra för att en jämförelse skulle kunna göras, och för det tredje eftersom minskningen gav upphov till negativa effekter för kortinnehavarna.

113 Det är visserligen odiskutabelt att en minskning – hur stor den än må vara – av mellanbanksavgifterna inte har samma betydelse som hypotesen med ett MasterCard-system som helt saknar mekanism för överföring av intäkter från ”inlösensidan” till ”utgivningssidan”, vilken ligger till grund för bedömningen av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga eller inte för att MasterCard-systemet ska fungera.

114 Inte desto mindre är det så, att för det fall en sådan mekanism var objektivt nödvändig på det sätt som MasterCard-bolagen har påstått, skulle det vara rimligt att vänta sig att den betydande sänkningen av mellanbanksavgifter som infördes i Australien skulle ha haft en negativ inverkan på MasterCard-systemet.

115 Faktum är dock att det inte har förekommit någon sådan negativ inverkan. Vad gäller konkurrensen från trepartssystemen framgår det av skäl 636 i det angripna beslutet att ”American Express’ och Diners Clubs kombinerade marknadsandel i Australien således endast ökade en aning, från 15 procent till 17 procent, och därefter förblev stabil”. Kommissionen har heller inte observerat någon tillbakagång för MasterCard-systemet utan tvärtom en ökning av dess marknadsandel och dess omsättning. Det är riktigt att denna ökning till viss del kan förklaras av att ett konkurrerande system försvunnit, vilket kommissionen också medger. Dock kan kommissionen inte anses ha gjort någon uppenbart oriktig bedömning genom att i skäl 641 i det angripna beslutet konstatera att denna ökning utgjorde en ”tydlig trend” som vederlägger MasterCard-bolagens argument om hur MasterCard-systemet skulle falla samman utan multilaterala mellanbanksavgifter.

116 MasterCard-bolagens argument att det inte finns någon presumtion för att marknadsvillkoren i Australien nödvändigtvis liknar dem inom EES så att det är möjligt att dra tillförlitliga paralleller mellan dessa två marknader, föranleder inte någon annan bedömning.

117 Det framgår nämligen av det angripna beslutet att Diners Clubs och American Express marknadsandel var avsevärt mycket lägre inom EES än i Australien (deras respektive marknadsandel var 17 procent och 19 procent i Australien, medan de endast uppgick till 2 procent respektive 3 procent inom EES). Det betyder att om det finns några eventuella skillnader mellan marknadsvillkoren i Australien och EES, talar dessa snarare för att MasterCard-systemet i Europa skulle vara i stånd att fungera utan multilaterala mellanbanksavgifter.

118 När det gäller den åberopade omständigheten att kortinnehavarna i Australien har sett sin ställning försämras efter regleringen av mellanbanksavgifterna, är det visserligen riktigt att det framgår av den bevisning som ingetts av MasterCard-bolagen att sänkningen av mellanbanksavgifter har kunnat leda till en ökning av de kostnader som kortinnehavarna faktureras eller till en inskränkning av vissa fördelar.

119 Den omständigheten att de utgivande bankerna till viss del har övervältrat sänkningen av mellanbanksavgifter på kortinnehavarna är i sig utan betydelse för bedömningen av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna ska betraktas som objektivt nödvändiga. Det skulle förhålla sig

annorlunda om det framgick att ökningen av de kostnader som kortinnehavarna faktureras, eller inskränkningen av de fördelar som tidigare beviljades, ledde till att dessa personers användning av MasterCard-kort minskade i väsentlig omfattning, och således kunde äventyra systemets lönsamhet. Såsom har framhållits ovan i punkt 115 är detta dock inte fallet.

120 Mot bakgrund av det ovan anförda finner tribunalen att kommissionen med giltig verkan kunde sluta sig till att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte är objektivt nödvändiga för att MasterCard-systemet ska fungera.

121 Under dessa omständigheter saknas skäl att undersöka den kritik som MasterCard-bolagen och intervenienterna har framfört mot jämförelsen av MasterCard-systemet med de fem nationella kortsystem som fungerar utan multilaterala mellanbanksavgifter.

122 Talan kan således inte bifallas på den första delgrunden.

b) Delgrunden enligt vilken kommissionen gjorde en oriktig bedömning vid analysen av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen

123 MasterCard-bolagen har med stöd från flera intervenienter gjort gällande att kommissionens analys av mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen brister på flera punkter.

124 Kommissionen har yrkat att den aktuella delgrunden ska underkännas.

125 Det ska erinras om att kommissionen i det angripna beslutet grundade sin slutsats att det förelåg konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 81.1 EG på den omständigheten att de multilaterala mellanbanksavgifterna hade en inverkan, direkt eller indirekt, på storleken på de mellanbanksavgifter som de utgivande bankerna tar ut, och att de – eftersom de inlösande bankerna tenderar att övervältra kostnaden på näringsidkarna – fastställer en lägsta nivå för näringsidkaravgifterna. Kommissionen slöt sig därav till att nämnda avgifter fick till resultat att konkurrensen begränsades på inlösenmarknaden (skälen 410 och 522 i det angripna beslutet).

126 Mer exakt har kommissionen

— framhållit att de multilaterala mellanbanksavgifterna dels tillämpas på gränsöverskridande transaktioner i fall där det saknas närmare fastställda mellanbanksavgifter (skälen 412–415 i det angripna beslutet), dels antingen tillämpas på nationella transaktioner i fall där det saknas inhemska mellanbanksavgifter eller tjänar som referens vid antagandet av sådana avgifter (skälen 416–424 i det angripna beslutet),

— av två kvantitativa undersökningar av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på näringsidkaravgifterna (skälen 426–436 i det angripna beslutet) och av de uppgifter som inhämtats från näringsidkare under den studie som kommissionen själv utförde år 2004 (nedan kallad marknadsstudien avseende näringsidkarna, skälen 437 och 438 i det angripna beslutet), dragit slutsatsen att de multilaterala mellanbanksavgifterna utgör ett hinder för en sänkning av näringsidkaravgifterna under en viss nivå,

— beaktat inverkan på utgivningsmarknaden och på systemmarknaden, med ett konstaterande av att det ligger i de utgivande bankernas intresse att erbjuda sina kunder kort med höga multilaterala mellanbanksavgifter, och å andra sidan att kortsystemens konkurrens om bankkunderna drabbar de system som erbjuder låga multilaterala mellanbanksavgifter negativt (skälen 461–498 i det angripna beslutet),

— konstaterat att det inte ligger i de inlösande bankernas intresse att konkurrensmässigt försöka pressa ner de multilaterala mellanbanksavgifterna till en lägre nivå (skälen 499–501 i det angripna beslutet), och

— funnit att näringsidkarna inte var i stånd att utöva tillräckligt tryck på nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna (skälen 502–521 i det angripna beslutet).

127 Såsom det erinras om ovan i punkt 87 ska bedömningen av ett avtal, ett beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande enligt artikel 81.1 EG ske mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket dess verkan uppstår, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de berörda varornas och tjänsternas art samt de faktiska villkoren för hur den relevanta marknaden fungerar och är uppbyggd.

128 Dessutom är det så, vilket redan har understrukits ovan i punkt 98, att om ett omtvistat avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnat förfarande ska anses förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, ska det företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet, beslutet av företagssammanslutningar eller det samordnade förfarandet inte fanns.

Invändningar mot bedömningen av den konkurrenssituation som skulle föreligga om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns

129 MasterCard-bolagen och flera intervenienter har gjort gällande att kommissionen inte har uppfyllt sin skyldighet att göra en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns. De har framställt två invändningar.

130 För det första har MasterCard-bolagen invänt att med hänsyn till att det inte föreligger något konkurrensförhållande mellan de utgivande och de inlösande bankerna, kunde kommissionen inte sluta sig till att de multilaterala mellanbanksavgifterna var konkurrensbegränsande. Ett avskaffande av nämnda avgifter skulle nämligen inte innebära att det uppstod konkurrens, som skulle leda till en sänkning av de multilaterala mellanbanksavgifterna. De har erinrat om att MasterCard-systemet inte skulle kunna fungera utan en standardmekanism för reglering av transaktioner. MasterCard-bolagen anser också dels att kommissionen begick ett misstag genom att dra slutsatsen att för det fall att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns skulle förhandlingar äga rum mellan de utgivande och de inlösande bankerna, vilka på sikt skulle leda till att mellanbanksavgifter helt försvann. Dels anser MasterCard-bolagen att kommissionen i sitt resonemang tog hänsyn till förbudet mot prissättning i efterhand.

131 MasterCard-bolagen kan inte vinna framgång med denna invändning.

132 För det första konstaterar tribunalen att det faktum att det framgår att ett MasterCard-system utan multilaterala mellanbanksavgifter – som fungerar endast med en regel som förbjuder prissättning i efterhand – skulle vara ekonomiskt lönsamt – av de skäl som nämns ovan i punkterna 94–120 – räcker för att motivera att kommissionen beaktar den ovannämnda regeln vid sin analys av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen.

133 Vad gäller för det andra den kritik som har framförts mot att kommissionen i det angripna beslutet har hänfört sig till bilaterala förhandlingar mellan utgivande och inlösande banker konstaterar tribunalen följande. Huvudsyftet med att kommissionen i skäl 460 i det angripna beslutet hänförde sig till sådana förhandlingar var att understryka att om inlösarna, i ett MasterCard-system utan multilaterala mellanbanksavgifter, på bilateral basis godtar mellanbanksavgifter, riskerar de att inte förbli konkurrenskraftiga på inlösenmarknaden. Om de multilaterala mellanbanksavgifterna tas bort kan man således på sikt vänta sig att inga mellanbanksavgifter längre tas ut vid regleringen av transaktioner.

134 En sådan analys är inte uppenbart felaktig. Det är rimligt att bedöma att de multilaterala mellanbanksavgifterna, genom att skapa öppenhet mellan de inlösande bankerna vad gäller nivån på de mellanbanksavgifter som tillämpas på transaktionerna, underlättar för dessa att övervältra samtliga avgifter – eller åtminstone en väsentlig del av dessa – på näringsidkarna. De inlösande bankerna är

nämligen säkra på att den höjning som återspeglas i näringsidkaravgifterna inte får någon betydelse för deras konkurrensställning. Det kan dock rimligen anses att en sådan säkerhet inte återfinns i ett system utan de multilaterala mellanbanksavgifterna och att en övervältring på näringsidkarna av en mellanbanksavgift som godtagits på bilateral basis således riskerar att påverka den inlösande bankens konkurrensställning.

135 Som en andra invändning har MasterCard-bolagen och flera intervenienter kritiserat kommissionen för att inte ha visat att ett avskaffande av de multilaterala mellanbanksavgifterna skulle öka konkurrensen mellan inlösare. Denna invändning kan delas upp i fyra typer av kritik.

136 Genom den första typen av kritik har det anförts att kommissionen gjorde fel som beaktade konkurrensen mellan olika system, då denna saknar betydelse för analysen av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen mellan inlösare. Det har också gjorts gällande att eftersom kommissionen uttryckligen har baserat sig på att det föreligger en konkurrensbegränsning genom resultat, ska de skäl i det angripna beslutet som rör syftet med de multilaterala mellanbanksavgifterna – såsom kvalificeringen av dem som ”rekommenderat minimipris” – inte beaktas.

137 För det första konstaterar tribunalen att den omständigheten – som kommissionen framhöll i skälen 461–498 i det angripna beslutet – att konkurrensen mellan MasterCard-systemet och de andra kortsystemen om bankernas kunder ledde till att nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna pressades uppåt, utgör en relevant omständighet i det ekonomiska sammanhanget, i den mening som avses i den rättspraxis som citeras ovan i punkt 127. Således hade kommissionen rätt att beakta den inom ramen för sin undersökning av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen.

138 För det andra ska det påpekas att kommissionen i skälen 401–407 i det angripna beslutet framhöll att de multilaterala mellanbanksavgifterna ”till sin beskaffenhet är sådana att de troligen kan fastställa priserna” (skäl 405 i det angripna beslutet). Kommissionen tillbakavisade också med rätta de argument som MasterCard-bolagen stödde på de legitima mål som eftersträvades med de multilaterala mellanbanksavgifterna och på avsaknaden av en intention att begränsa konkurrensen. Dock beslutade den i skäl 407 i det angripna beslutet att inte ”dra någon definitiv slutsats om huruvida [betalningsorganisationen] MasterCards multilaterala mellanbanksavgifter utgör en konkurrensbegränsning genom syfte i den mening som avses i artikel 81.1 [EG]”, med motiveringen att det klart framgick ”att [betalningsorganisationen] MasterCards multilaterala mellanbanksavgifter fick till resultat att konkurrensen märkbart begränsas och snedvrids till nackdel för näringsidkarna på inlösenmarknaderna”.

139 Kraven på att ett beslut av en företagssammanslutning måste ha ett konkurrensbegränsande syfte respektive ett konkurrensbegränsande resultat inte är kumulativa utan alternativa villkor vid bedömningen av huruvida ett sådant beslut omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG. Den omständigheten att detta villkor är alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, leder först och främst till att man måste beakta själva syftet med beslutet med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det ska tillämpas. Om en analys av beslutets innehåll inte påvisar en tillräckligt stor skadlighet för konkurrensen bör sedan förfarandets resultat prövas. För att beslutet ska kunna omfattas av förbudet bör det krävas att sådana omständigheter föreligger som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Det är inte nödvändigt att undersöka vad ett beslut har för resultat, om det redan framgår att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-9291, punkt 55).

140 Det bör framhållas att det i artikel 81.1 a EG uttryckligen föreskrivs att åtgärder som innebär att inköps- eller försäljningspriser direkt eller indirekt fastställs utgör konkurrensbegränsningar, och att det framgår av rättspraxis att syftet med artikel 81.1 a EG är att förbjuda företag att snedvrida den normala prisbildningen på marknaden (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-13/89, ICI mot kommissionen, REG 1992, s. II-1021, punkt 311; svensk specialutgåva, volym 12, s. II-183).

141 Då kommissionen inte uttryckligen har baserat sin bedömning på att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, innebär en tillämpning av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 98 att det ska företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns, för att fastställa huruvida de ovannämnda avgifterna utgör en konkurrensbegränsning genom resultat.

142 Den andra typen av kritik har MasterCard-bolagen framfört genom att göra gällande att det faktum att de multilaterala mellanbanksavgifterna påverkar näringsidkaravgifterna dock inte har någon inverkan på konkurrensen mellan inlösare, eftersom dessa avgifter tillämpas på samma sätt på samtliga inlösare och fungerar som en inträdeskostnad som är gemensam för alla. Att förbjuda prissättning i efterhand skulle vara samma sak som att fastställa den multilaterala mellanbanksavgiften till noll, och en sådan noll-mellanbanksavgift skulle konkurrensmässigt sett vara likvärdig med – och lika öppen för insyn som – den aktuella multilaterala mellanbanksavgiften. Den enda skillnaden skulle vara avgiftens storlek.

143 MasterCard-bolagen kan inte vinna framgång med nämnda argument. Då det har konstaterats att de multilaterala mellanbanksavgifterna fastställer en lägsta nivå för näringsidkaravgifterna och då tribunalen har godkänt kommissionens konstaterande att ett MasterCard-system utan multilaterala mellanbanksavgifter skulle förbli ekonomiskt lönsamt, följer det nödvändigtvis av detta att ovannämnda avgifter har konkurrensbegränsande effekter. Om man jämför med en inlösenmarknad utan några multilaterala mellanbanksavgifter framgår det att de multilaterala mellanbanksavgifterna begränsar det tryck som näringsidkarna kan utöva på de inlösande bankerna vid framförhandlandet av näringsidkaravgifterna genom att de minskar möjligheterna för att priserna hamnar under en viss tröskel.

144 Den tredje typen av kritik har framförts av en intervenient som anser att kommissionen inte har visat att de multilaterala mellanbanksavgifterna fastställer en lägsta nivå för näringsidkaravgifterna, eftersom de multilaterala mellanbanksavgifterna inte nödvändigtvis övervältras på näringsidkarna helt och hållet.

145 Tribunalen anser att det är lämpligt att först, innan den övergår till att bedöma ovannämnda argument, börja med att bemöta de invändningar som MasterCard-bolagen formellt har framställt inom ramen för den fjärde grundens andra del, avseende vissa delar av den bevisning som kommissionen har stött sig på.

146 MasterCard-bolagen har dels invänt mot den hänvisning som görs i skäl 438 i det angripna beslutet till uttalanden från ett oljebolag, en livsmedelsbutikskedja i Förenade kungariket, ett flygbolag och en möbelaffär, enligt vilka de multilaterala mellanbanksavgifterna utgör en gräns för det konkurrenstryck som de kan utöva på de inlösande bankerna. MasterCard-bolagen anser att kommissionen har valt att enbart stödja sig på de näringsidkaruttalanden som går i samma riktning som dess egen analys, och har lämnat betydelsefulla uttalanden av motsatt innehåll – som nämndes i yttrande nr 2 – utan avseende.

147 Det är riktigt att det framgår av de uttalanden som nämndes i yttrande nr 2 att det föreligger konkurrens mellan inlösarna om att ha näringsidkarna som kunder. Detta står dock inte i motsats till de uttalanden som framhålls i skäl 438 i det angripna beslutet eller, mer allmänt, till kommissionens resonemang. Den omständigheten att det råder konkurrens med hjälp av fastställandet av nivån på näringsidkaravgifterna till en viss gräns, vilken följer av de multilaterala mellanbanksavgifternas existens, hindrar nämligen inte på något sätt kommissionen från att konstatera att artikel 81.1 EG är tillämplig på dessa avgifter.

148 Dels har MasterCard-bolagen anfört att marknadsstudien avseende näringsidkarna innehåller ogiltig bevisning som inte kan motivera kommissionens slutsatser.

149 Det ska understrykas att marknadsstudien avseende näringsidkarna har använts av kommissionen huvudsakligen för att motivera tre slutsatser. För det första har kommissionen, såsom anges ovan i punkterna 146 och 147, stött sig på uttalanden från näringsidkare som intervjuats i denna studie, för att visa att de multilaterala mellanbanksavgifterna utgör en gräns för det konkurrenstryck som de kan utöva på de inlösande bankerna.

150 Vidare har kommissionen av nämnda studie dragit slutsatsen att näringsidkarna inte är i stånd att utöva tillräckligt tryck på nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna, eftersom en avgörande faktor för näringsidkarnas val att acceptera kortbetalning är att detta tilltalar konsumenterna och eftersom en vägran att acceptera detta betalningssätt, eller en diskriminerande behandling av detsamma, skulle kunna ha en negativ inverkan på kundkretsen. Den andra av dessa slutsatser användes av kommissionen, tillsammans med andra omständigheter, vid definitionen av produktmarknaden (skälen 289 och 290 i det angripna beslutet), vid visandet av att de multilaterala mellanbanksavgifterna har konkurrensbegränsande effekter (skälen 506 och 513 i det angripna beslutet) samt för att vederlägga den ekonomiska teori som åberopats av MasterCard-bolagen för att motivera att de multilaterala mellanbanksavgifterna bidrar till att främja tekniskt och ekonomiskt framåtskridande i den mening som avses i det första villkoret i artikel 81.3 EG (skäl 704 i det angripna beslutet).

151 Slutligen ska det för fullständighetens skull påpekas att kommissionen också hänvisade till marknadsstudien avseende näringsidkarna vid bedömningen av huruvida metoderna för att fastställa de multilaterala mellanbanksavgifterna uppfyller det andra villkoret i artikel 81.3 EG, för att göra gällande att det var tveksamt om näringsidkarna kan dra nytta av den kostnadsfria finansieringsperioden för inköp som är knuten till kreditkort och betalkort (skäl 742 i det angripna beslutet).

152 I yttrande nr 2 riktade MasterCard-bolagen kritik mot den metod som kommissionen använt sig av för att genomföra marknadsstudien avseende näringsidkarna och mot de slutsatser som kommissionen drog av denna. De har också gett in två studier som rör näringsidkares accepterande av kortbetalning. I bilaga 2 till det angripna beslutet bemötte kommissionen MasterCard-bolagens kommentarer, och i bilaga 3 utvecklade den sin kritik av de studier som nämnda bolag gett in. Kommissionens resonemang har bestritts kortfattat i ansökan, varpå en hänvisning följer till bilaga A.15 till ansökan (”Näringsidkarnas accepterande av kortbetalning – en vederläggning av kommissionens kritik”).

153 MasterCard-bolagen har genom sin kritik ifrågasatt såväl om studien av näringsidkarnas marknad är tillförlitlig och om det finns grund för de slutsatser som kommissionen har dragit av nämnda studie.

154 Vid bedömningen av huruvida en handling som ingår i bevisningen är tillförlitlig ska hänsyn tas till, bland annat, omständigheterna kring dess tillkomst, till vem den är ställd och dess innehåll (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 september 2006, i de förenade målen T-44/02 OP, T-54/02 OP och T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-3567, punkt 121 och där angiven rättspraxis).

155 Tribunalen konstaterar att varken bilagorna 2 och 3 till det angripna beslutet eller bilaga A.15 till ansökan innehåller några uppgifter som kan föranleda ett ifrågasättande av tillförlitligheten av marknadsstudien avseende näringsidkarna.

156 Tribunalen finner närmare bestämt att den omständigheten att kommissionen skickade en begäran om upplysningar med stöd av artikel 18 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) – och därmed röjde sin identitet för de intervjuade näringsidkarna – inte innebär att objektiviteten i de svar som har lämnats kan ifrågasättas. När det gäller påståendet att stora företag är överrepresenterade i kommissionens urval, räcker det att konstatera att valet att fokusera på de näringsidkare som har de

största möjligheterna att pressa ned nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna inte kan anses vara resultatet av ett uppenbart felaktigt resonemang från kommissionens sida med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

157 Vad beträffar riktigheten i de slutsatser som kommissionen har dragit av marknadsstudien avseende näringsidkarna, är det – utöver vad som har tagits upp ovan i punkterna 146 och 147 – endast en anmärkning som på detta stadium är av betydelse: Det rör sig om den kritik som har riktats mot bedömningen att näringsidkarna inte kan utöva tillräckligt tryck på de multilaterala mellanbanksavgifternas nivå. Tribunalen konstaterar att kommissionen rimligen kunde sluta sig till detta av de svar som näringsidkarna hade lämnat på dess begäran om upplysningar. Av punkt 22 i bilaga 2 till det angripna beslutet framgår sålunda att en överväldigande majoritet (91 procent) av näringsidkarna uppgav sig aldrig ha nekat någon att betala med kort. Näringsidkarna preciserade också att huvudskälen till att de accepterade kortbetalning inte så mycket hade att göra med transaktionsmässiga fördelar, utan snarare berodde på att merparten av deras kunder var innehavare av ett visst kort (90 procent) och att det fanns ett behov av att upprätthålla bilden av ett bolag som bryr sig om sina kunder (67 procent).

158 Det kan visserligen inte förnekas att, såsom MasterCard-bolagen har gjort gällande, risken för att näringsidkarna vägrar att använda kort, eller avråder från kortanvändning, kan utgöra ett tryck på MasterCard-bolagen när de ska fastställa de multilaterala mellanbanksavgifterna. Kommissionen gjorde dock en riktig – och inte någon uppenbart oriktig – bedömning när den kvalificerade detta tryck som otillräckligt, eftersom den uppstår först när en högsta toleransnivå hos näringsidkarna har passerats. Det sker först när transaktionskostnaden tar överhanden över den negativa inverkan som det skulle få på kundkretsen om näringsidkarna vägrade att acceptera detta betalningssätt eller införde diskriminerande villkor för kortbetalning. Detta är i huvudsak vad MasterCard-bolagen själva har medgett genom att förklara att de, vad gäller metoden för att fastställa nivån för de multilaterala mellanbanksavgifterna för kreditkort och betalkort, ”försöker besvara frågan ’hur högt kan vi sätta [de multilaterala mellanbanksavgifterna] utan att konfronteras med allvarliga problem med acceptering av kort som får näringsidkarna att inte längre vilja använda denna produkt eller som får dem att avskräcka sina kunder från att använda sina kort, antingen genom att ta ut en tilläggsavgift eller genom att ge rabatt vid kontant betalning’” (skäl 175 i det angripna beslutet).

159 För det andra gör tribunalen följande bedömning av det argument som anförts av en av intervenienterna, nämligen att kommissionen begick ett misstag när den fann att de multilaterala mellanbanksavgifterna fastställer en lägsta nivå för näringsidkaravgifterna, eftersom det föreligger flera uppgifter som talar emot en sådan slutsats. Tribunalen underkänner det påstående som baseras på att varken nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna eller detaljistpriserna sjönk efter antagandet av det angripna beslutet. Det är nämligen ett påstående som är grundat på förhållanden som ligger senare i tiden än antagandet av beslutet, vilka således inte kan ha någon betydelse för beslutets lagenlighet.

160 Intervenienten har dessutom för det första hänvisat till det faktum att det vid ”on-us”-transaktioner står banken fritt att inte övervältra mellanbanksavgiften på näringsidkaren. Vidare har intervenienten framhållit att det framgår av de exempel som kommissionen har använt i det angripna beslutet att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte alltid övervältras på näringsidkarna. Slutligen har den noterat att det framgår av en jämförelse som har gjorts i Spanien under flera år att näringsidkaravgifterna där i genomsnitt är lägre än de multilaterala mellanbanksavgifterna.

161 Vad beträffar för det första hänvisningen till ”on-us”-transaktioner (interna transaktioner) ska det erinras om att det rör sig om den situationen där en bank löser in de transaktioner som har genomförts med hjälp av kort som den själv har gett ut. Det är riktigt att banken i dessa fall inte är skyldig att erlägga någon mellanbanksavgift till en annan bank, och att det således i princip är lättare för den att inte övervältra någon kostnad genom näringsidkaravgifterna. Mot bakgrund av det mycket stora antal finansinstitut som deltar i MasterCard-systemet ska det emellertid framhållas att sådana ”on-us”-transaktioner endast kan utgöra en svårligen förutsägbar bråkdel av det totala antalet

transaktioner som görs hos en näringsidkare. Således är det tveksamt om ”on-us”-transaktionerna verkligen kan ha någon inverkan på nivån på de näringsidkaravgifter som faktureras i ett system av en sådan dimension som MasterCard-systemet.

162 Vidare framhåller tribunalen, när det gäller de uppgifter som legat till grund för kommissionens bedömning i det angripna beslutet med avseende på den andra kvantitativa analysen som genomförts av kommissionen (och som sammanfattas i skälen 432–436 i det angripna beslutet), att en jämförelse har gjorts av hur stor del de multilaterala mellanbanksavgifterna har utgjort av de näringsidkaravgifter som 17 inlösare har fakturerat sina minsta och sina största kundföretag. Det framgår av jämförelsen att av totalt 17 inlösare var det 12 som fakturerade sina kunder näringsidkaravgifter överstigande de multilaterala mellanbanksavgifterna, även sina största kundföretag. För de små företagen, var näringsidkaravgifterna alltid högre än de multilaterala mellanbanksavgifterna. Det observerades också att de multilaterala mellanbanksavgifterna i genomsnitt utgjorde 84,28 procent av näringsidkaravgifterna för de stora företagen och 45,97 procent för de små företagen.

163 Denna analys visar att kommissionen hade giltiga skäl för att i skäl 435 i det angripna beslutet sluta sig till att ”[betalningsorganisationen] MasterCards multilaterala mellanbanksavgifter fastställde en lägsta nivå för de kostnader som tas ut av både små och stora företag”. Det är en slutats som dessutom får stöd av de vittnesmål från olika näringsidkare som nämns ovan i punkt 146.

164 De enstaka exempel på näringsidkaravgifter som understiger de multilaterala mellanbanksavgifterna föranleder inte ett ifrågasättande av riktigheten av slutsatsen ovan. Såsom kommissionen med rätta framhöll i skäl 450 i det angripna beslutet hindrar nämligen den omständigheten att en inlösande bank är beredd att ”absorbera” en del av de multilaterala mellanbanksavgifterna inte att mellanbanksavgifterna påverkar storleken på näringsidkaravgifterna. Dels handlar det endast om en bråkdel av näringsidkarna, nämligen om dem som har en särskilt stark förhandlingsställning. Dels är det ett legitimt antagande att det pris som faktureras även när det gäller dessa näringsidkare skulle vara ännu lägre om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns, eftersom de inlösande bankerna då skulle vara i stånd att erbjuda ännu större prissänkningar.

165 När det slutligen gäller argumentet avseende situationen i Spanien ska det konstateras att det mycket riktigt framgår av de handlingar som intervenienten har bifogat till sin interventionsansökan att de fakturerade näringsidkaravgifterna var likvärdiga med, eller till och med lägre än, de multilaterala mellanbanksavgifterna. Ett sådant argument är dock inte tillräckligt i sig för att visa att kommissionen dragit en felaktig slutsats vad beträffar de multilaterala mellanbanksavgifternas inverkan på näringsidkaravgifterna. Eftersom de uppgifter som nämns ovan i punkterna 162 och 163 visar att de multilaterala mellanbanksavgifterna i andra av unionens medlemsstater fastställer en lägsta nivå för näringsidkaravgifterna, framstår det argument som kommissionen utvecklade i skälen 452 och 453 i det angripna beslutet, enligt vilket situationen i Spanien kan förklaras av vissa nationella särdrag, nämligen inte som uppenbart felaktigt. Dessutom kan det även i en sådan situation rimligen förväntas att de inlösande bankerna skulle vara i stånd att erbjuda lägre näringsidkaravgifter om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns.

166 För det fjärde underkänner tribunalen också MasterCard-bolagens argument att kommissionen inte på ett klart sätt lyckats visa vilka effekter de multilaterala mellanbanksavgifterna har på de priser som betalas av slutkonsumenten. Dels är det rimligt att sluta sig till att en höjning av näringsidkaravgifterna åtminstone delvis övervältras av näringsidkarna på slutkonsumenten. Dels är ett sådant argument i vilket fall som helst irrelevant, eftersom det faktum att de multilaterala mellanbanksavgifterna kan begränsa det konkurrenstryck som näringsidkarna kan utöva på inlösarna räcker för att bekräfta att det föreligger konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

167 Mot bakgrund av det ovan anförda ska den andra invändningen också underkännas.

Invändningar mot undersökningen av produktmarknaden

168 MasterCard-bolagen, och flera av intervenienterna, har kritiserat kommissionen för att ha underlåtit att beakta marknadens tudelade karaktär i sitt resonemang, och de har bestritt kommissionens definition av produktmarknaden.

169 Inledningsvis, när det gäller kritiken av kommissionens definition av produktmarknaden, ska det för det första erinras om att det följer av fast rättspraxis att unionsdomstolen endast kan göra en begränsad prövning av definitionen av den relevanta marknaden, i den mån den har krävt komplicerade ekonomiska bedömningar från kommissionens sida (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-65/96, Kish Glass mot kommissionen, REG 2000, s. II-1885, punkt 64, och av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2585, punkt 26).

170 Det ska för det andra framhållas att den marknad som ska bedömas omfattar alla produkter som, med hänsyn till deras särskilda egenskaper, är särskilt lämpade för att tillgodose konstanta behov och som endast i begränsad omfattning kan bytas ut mot andra produkter (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 37; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351). Domstolen har särskilt slagit fast att begreppet produktmarknad innebär att produkterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla produkter som tillhör en och samma marknad i tillräcklig grad är utbytbara (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 28; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).

171 Det ska också understrykas att definitionen av den relevanta marknaden har olika funktioner beroende på om artikel 81 EG eller artikel 82 EG ska tillämpas. Vid tillämpningen av artikel 82 EG är en riktig definition av den relevanta marknaden en nödvändig förutsättning för bedömningen av ett påstått konkurrensbegränsande beteende, eftersom det innan det går att fastslå förekomsten av missbruk av dominerande ställning är nödvändigt att fastslå förekomsten av en dominerande ställning på en given marknad, vilket förutsätter att marknaden först måste ha avgränsats. Vid tillämpningen av artikel 81 EG är det för att avgöra om ett avtal, ett beslut av en sammanslutning av företag eller ett samordnat förfarande är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna och har som syfte eller resultat att förhindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den inre marknaden som den relevanta marknaden ska definieras. Av denna anledning kan inte invändningar som anförts mot kommissionens definition av marknaden, vid tillämpningen av artikel 81.1 EG, ha någon fristående betydelse i förhållande till de invändningar som avser inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och en begränsning av konkurrensen. Det har likaledes slagits fast att en invändning mot definitionen av den relevanta marknaden är verkningslös om kommissionen på grundval av de handlingar som anges i det angripna beslutet, med fog har fastslagit, att det ifrågavarande avtalet snedvridit konkurrensen och kunnat påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt (se förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-61/99, Adriatica di Navigazione mot kommissionen, REG 2003, s. II-5349, punkt 27 och där angiven rättspraxis).

172 Såsom anges ovan i punkterna 21–23 fann kommissionen att fyrpartssystemen för kortbetalning ingick i tre olika marknader – en systemmarknad, en utgivningsmarknad och en inlösenmarknad – och grundade sin bedömning på de multilaterala mellanbanksavgifternas begränsande effekter på inlösenmarknaden.

173 En sådan definition kan inte vara uppenbart oriktig. MasterCard-bolagens och intervenienternas bestridande därav framstår inte som övertygande.

174 MasterCard-bolagen har gjort gällande att kommissionen begick ett misstag när den slog fast att det fanns en självständig inlösenmarknad, eftersom det är fråga om en och samma tjänst som tillhandahålls av fyrpartssystemet för att möta kortinnehavarnas och näringsidkarnas gemensamma efterfrågan.

175 Ett sådant argument kan inte vinna framgång, eftersom kommissionen inte har gjort någon uppenbart oriktig bedömning genom att i skälen 260–265 i det angripna beslutet slå fast att det inte fanns någon tjänst som tillhandahölls för att möta en gemensam efterfrågan från kortinnehavarnas och näringsidkarnas sida.

176 Det är visserligen korrekt att det finns viss interaktion mellan ”utgivandedelen” och ”inlösendelen”. Till exempel kan utgivningstjänsterna och inlösentjänsterna sägas komplettera varandra. Det förekommer också indirekta nätverkseffekter, genom att antalet näringsidkare som accepterar korten och antalet kort i omlopp påverkar varandra.

177 Det ska dock, trots den ovannämnda komplementariteten, konstateras dels att en åtskillnad kan göras mellan de tjänster som tillhandahålls kortinnehavarna och de som tillhandahålls näringsidkarna, dels att kortinnehavarna och näringsidkarna utövar olika konkurrenstryck på de utgivande respektive de inlösande bankerna.

178 Denna slutsats påverkas inte av den omständigheten, som tagits upp av vissa intervenienter, att de utgivande bankerna tillhandahåller näringsidkarna vissa tjänster, såsom betalningsgaranti vid bedrägeri, utebliven betalning eller insolvens. Även om sådana tjänster visserligen tillhandahålls av de utgivande bankerna, sker detta nämligen via de inlösande bankerna. Med andra ord utövar näringsidkarna inte direkt något konkurrenstryck på de utgivande bankerna när det gäller tillhandahållandet av dessa tjänster.

179 En intervenient har också kritiserat kommissionen för att, vid analysen av de multilaterala mellanbanksavgifternas konkurrensbegränsande effekter, inte ha beaktat andra betalningsmetoder, antingen på samma marknad som systemen för kortbetalning tillhör, eller åtminstone som ett konkurrenstryck.

180 Tribunalen underkänner även detta argument. Det är riktigt att konkurrenstrycket från andra betalningsmetoder påverkar nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna, eftersom det inte ligger i vare sig MasterCard-bolagens eller bankernas intresse att de fastställs på en så hög nivå att det får näringsidkarna att föredra andra betalningsmetoder. Såsom det har konstaterats ovan i punkterna 157 och 158, gjorde dock kommissionen inte sig skyldig till någon uppenbart oriktig bedömning (i skälen 504 och 506 i det angripna beslutet) när den fann att detta konkurrenstryck inte hade en tillräckligt stark inverkan på konsumenternas preferens för kortbetalning, och på den risk för att gå miste om transaktioner som skulle kunna uppstå vid ett införande av diskriminerande villkor till förmån för andra betalningsmetoder.

181 Vidare konstaterar tribunalen, när det gäller den kritik som har framförts mot att ingen hänsyn tagits till marknadens tudelade karaktär, att MasterCard-bolagen i detta sammanhang har framhållit de ekonomiska fördelar som följer av de multilaterala mellanbanksavgifterna. Bland annat har MasterCard-bolagen lyft fram att dessa avgifter gör det möjligt att optimera MasterCard-systemet genom att de finansierar åtgärder som syftar till att uppmuntra näringsidkarna att acceptera kortbetalning och stimulera användningen av dessa kort. Bolagen drar härav slutsatsen, dels att det inte ligger i bankernas intresse att fastställa orimligt höga multilaterala mellanbanksavgifter, dels att näringsidkarna drar nytta av de multilaterala mellanbanksavgifterna. MasterCard-bolagen har också kritiserat kommissionen för att ha förbisett vilken inverkan dess beslut får på kortinnehavarna och endast koncentrerat sig på näringsidkarna. Härvid har flera av intervenienterna tillagt att de i ett system utan multilaterala mellanbanksavgifter skulle tvingas begränsa de fördelar som de beviljar kortinnehavarna, eller till och med inskränka sin verksamhet.

182 Sådan kritik saknar relevans vid prövningen av en grund som avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG, genom att det innebär en avvägning mellan de multilaterala mellanbanksavgifternas konkurrensbegränsande effekter – som kommissionen med giltig verkan har konstaterat föreligger – och eventuella ekonomiska fördelar som detta kan leda till. En avvägning mellan en begränsnings

konkurrensbefrämjande respektive konkurrensfientliga aspekter får emellertid enbart göras inom de klara gränserna för artikel 81.3 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Van den Bergh Foods mot kommissionen, punkt 107 och där angiven rättspraxis).

Invändning mot undersökningen av den ekonomiska bevisning som getts in under det administrativa förfarandet

183 MasterCard-bolagen har invänt att kommissionen inte undersökte eller bemötte den ekonomiska bevisning som de ingav under det administrativa förfarandet. I motsats till vad kommissionen har anfört anser MasterCard-bolagen att denna kritik, som framfördes i ansökan, kan tas upp till sakprövning. Samma sak anser de gälla den bevisning som bifogats till ansökan eftersom den hänför sig till faktiska omständigheter, till skillnad från de av kommissionens argument som återfinns i en bilaga till svaromålet och inte nämns i svaromålet.

184 Av den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 68–70 framgår det att även om innehållet i ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden genom hänvisning till vissa avsnitt i bifogade handlingar, kan en generell hänvisning till andra handlingar – även om de bifogas ansökan – inte väga upp avsaknaden av väsentliga delar i själva ansökan.

185 Tribunalen konstaterar att MasterCard-bolagens invändning är synnerligt kortfattad i ansökan och att argumenten till stöd för den i själva verket anförs i bilagorna A.13 (”Kommentarer till de ekonomiska aspekterna av Europeiska kommissionens beslut om [betalningsorganisationen] MasterCards mellanbanksavgifter för gränsöverskridande transaktioner, delgivet den 19 december 2007”), A.14 (”Kommentarer till bilaga 4 till kommissionens beslut”) och A.15 (”Näringsidkarnas accepterande av kortbetalning – en vederläggning av kommissionens kritik”), vilka har författats av de olika sakkunniga som tog fram den ekonomiska bevisning som gavs in under det administrativa förfarandet och till vilka MasterCard-bolagen gör en generell hänvisning.

186 I punkterna 52–54 i ansökan uppgav MasterCard-bolagen endast att de hade anfört underbyggda ekonomiska argument under det administrativa förfarandet, som kommissionen beslutade att inte anamma eller som institutionen deformerade. De uppgav vidare att ”[deras] ekonomers slutsatser” utgjorde stöd för deras juridiska bedömning, enligt vilken kommissionen ”bland annat begick ett misstag genom att sluta sig till att mellanbanksavgiften [utgör] en konkurrensbegränsning, genom att fokusera på den inverkan som mellanbanksavgiften (eller nivåskillnader) har på näringsidkaravgifterna – utan att undersöka vilken effekt den har för kortinnehavarnas kostnader –, genom att bestrida att mekanismen [ska] sätta mellanbanksavgiften på en sådan nivå att transaktionsvolymen maximeras och genom att förbise att detta gynnar konsumentens välbefinnande”.

187 Således ska det konstateras att MasterCard-bolagens invändning visserligen omnämns i ansökan, men att ansökan inte innehåller några argument till stöd för den.

188 Därmed har kommissionen fog för att göra gällande att själva ansökan inte innehåller tillräckligt precisa uppgifter för att tribunalen ska ges möjlighet att utföra sin prövning, och kommissionen ges möjlighet att förbereda sitt försvar.

189 Härav följer dels att det inte ankommer på tribunalen att i bilagorna A.13–A.15 söka efter argument som kan ge stöd för MasterCard-bolagens invändning, dels att MasterCard-bolagens invändning ska avvisas med tillämpning av artikel 44.1 c i rättegångsreglerna eftersom den inte innehåller de väsentliga uppgifter som gör det möjligt för tribunalen att utföra sin prövning och för kommissionen att försvara sig.

190 Dessutom ska det framhållas att den aktuella invändningen är irrelevant inom ramen för en grund som avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG, eftersom den förefaller innebära kritik av kommissionen för att denna inte har beaktat de ekonomiska argument som pekar på de fördelar som de multilaterala

mellanbanksavgifterna har för MasterCard-systemet, kortinnehavarna eller konsumenterna i allmänhet. Sådana omständigheter, även om det antas att de är styrkta, kan nämligen under alla omständigheter endast beaktas vid en prövning av kommissionens undersökning av de multilaterala mellanbanksavgifterna enligt artikel 81.3 EG.

Invändning mot motiveringen av det angripna beslutet

191 Vissa av intervenienterna har invänt att det angripna beslutet saknar motivering. De har anfört att kommissionen inte motiverade bytet av ståndpunkt jämfört med det förra beslutet om de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter, det vill säga beslutet av den 24 juli 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/29.373 – Visa international) (nedan kallat Visa II-beslutet). Intervenienterna har erinrat om att kommissionen i detta beslut medgav dels att de multilaterala mellanbanksavgifterna utgör en ersättning mellan banker som vid en transaktion med betalkort måste agera tillsammans – och således inte kan välja sin samarbetspartner – dels att en utgivare, via inlösaren, tillhandahåller tjänster som gynnar näringsidkaren. I det nu aktuella ärendet erkänner kommissionen behovet av en standardmekanism, genom att hänvisa till förbudet mot prissättning i efterhand, men skapar en presumtion mot de multilaterala mellanbanksavgifterna.

192 Det kan konstateras, utan att frågan om invändningens upptagande till sakprövning behöver diskuteras, att den aktuella invändningen i vilket fall som helst vilar på en felaktig förutsättning. Det är visserligen riktigt att kommissionen i Visa II-beslutet fann att Visas multilaterala mellanbanksavgifter kunde omfattas av ett undantag med stöd av artikel 81.3 EG, men det var först efter att ha slagit fast att de begränsade den konkurrens som bland annat förelåg mellan inlösarna (skäl 68 i Visa II-beslutet). Kommissionen fann också att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte var objektivt nödvändiga för att Visa-systemet skulle fungera (skälen 58–60 i Visa II-beslutet). Det är i huvudsak samma bedömning som kommissionen har gjort i det angripna beslutet, vid bedömningen enligt artikel 81.1 EG av MasterCards multilaterala mellanbanksavgifter. Sålunda är den aktuella invändningen grundad på en jämförelse av skäl som inte avser samma sak: Å ena sidan rör det sig om en bedömning av de konkurrensbegränsande effekterna av MasterCard-bolagens multilaterala mellanbanksavgifter som företogs med stöd av artikel 81.1 EG i det angripna beslutet och å andra sidan handlar det om huruvida villkoren i artikel 81.3 EG var uppfyllda i Visa II-beslutet.

193 Sålunda ska denna invändning, och därmed hela grunden, underkännas.

2. Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 81.3 EG

194 Den aktuella grunden består enligt MasterCard-bolagen av två delar. Genom den första delgrunden har de kritiserat kommissionen för att den ålagt dem en alltför sträng bevisbörda vad gäller frågan om huruvida villkoren i artikel 81.3 EG är uppfyllda. Som andra delgrund har MasterCard-bolagen gjort gällande att kommissionen vid prövningen av dessa villkor gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning.

195 Vad gäller den första delgrunden har MasterCard-bolagen gjort gällande att kommissionen borde ha undersökt argumenten och bevisningen endast för att göra en sannolikhetsbedömning. Således borde de argument som MasterCard-bolagen anfört under det administrativa förfarandet ha räckt för att få kommissionen att – då den inte lämnat någon annan förklaring eller motivering – slå fast att de hade visat att de multilaterala mellanbanksavgifterna uppfyllde kraven i artikel 81.3 EG. De har också anfört att principen *in dubio pro reo* ska tillämpas, och att kommissionen således, i fall av tveksamhet, var skyldig att besluta till deras fördel. Slutligen har vissa intervenienter gjort gällande att det angripna beslutet innebär att MasterCard-bolagen åläggs att motivera att de multilaterala mellanbanksavgifterna har fastställts till en viss nivå, i stället för att visa att den metod som används för deras fastställande är rimlig. Detta innebär en mycket sträng bevisbörda.

196 Såsom det erinras om i artikel 2 i förordning nr 1/2003 ska det företag eller den företagssammanslutning som åberopar att bestämmelserna i artikel 81.3 EG är uppfyllda ha bevisbördan för att villkoren i den punkten är uppfyllda. Den som åberopar artikel 81.3 EG måste därför genom övertygande argument och bevisning styrka att dessa villkor är uppfyllda (se förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-168/01, GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, REG 2006, s. II-2969, punkt 235 och där angiven rättspraxis).

197 Kommissionen måste å sin sida göra en ordentlig prövning av argumenten och bevisningen, det vill säga avgöra om de visar att villkoren för att tillämpa artikel 81.3 EG är uppfyllda. I vissa fall kan argumenten och bevisningen vara sådana att kommissionen måste lämna en förklaring eller en motivering och om institutionen inte gör detta anses den som har åberopat artikel 81.3 EG ha uppfyllt sin bevisbörda. Kommissionen måste i så fall vederlägga argumenten och bevisningen (se förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 196 nämnda målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, punkt 236 och där angiven rättspraxis).

198 Då det inte är möjligt att göra en teoretisk bedömning av huruvida kommissionen har agerat i strid mot den rättspraxis som nämns ovan i punkt 197, ska tribunalen pröva de två delgrunderna tillsammans.

199 Varje beslut som fattats av en företagssammanslutning som genom sitt syfte eller sitt resultat begränsar konkurrensen kan i princip beviljas ett undantag med stöd av artikel 81.3 EG (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 196 nämnda målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, punkt 233 och där angiven rättspraxis).

200 Vissa villkor måste vara uppfyllda för att denna bestämmelse ska vara tillämplig. Det är både nödvändigt och tillräckligt att dessa villkor är uppfyllda. För det första måste beslutet av en företagssammanslutning, eller typen av beslut, bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varorna i fråga eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. För det andra måste konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. För det tredje får beslutet inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga och för det fjärde får beslutet inte ge dessa företag en möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 196 nämnda målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, punkt 234 och där angiven rättspraxis).

201 Det ska erinras om att den domstol som ska pröva en talan om ogiltigförklaring av ett beslut som fattats med tillämpning av artikel 81.3 EG ska härvid, i den mån det är fråga om komplicerade ekonomiska bedömningar, begränsa sin prövning till att undersöka om uppgifterna om de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta och undersöka att det inte föreligger någon uppenbart oriktig bedömning av dessa omständigheter samt pröva om den rättsliga kvalificering som gjorts av dem är riktig (se förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 196 nämnda målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, punkt 241 och där angiven rättspraxis).

202 Unionsdomstolen ska dock inte bara pröva huruvida de bevis som har åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits. Unionsdomstolen ska däremot inte ersätta den ekonomiska bedömning som görs i det beslut vars lagenlighet den ska kontrollera med sin egen bedömning (domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, punkterna 242 och 243 och där angiven rättspraxis).

203 Vad gäller kommissionens prövning av det första villkoret i artikel 81.3 EG har MasterCard-bolagen kritiserat den för att ha fokuserat på huruvida det tekniska och ekonomiska framåtskridandet särskilt följde av de multilaterala mellanbanksavgifterna. MasterCard-bolagen anser i stället att samtliga fördelar av MasterCard-systemet ska beaktas. Vidare har de anfört att det första villkoret i vilket fall

som helst är uppfyllt (även om tribunalen finner att det var riktigt att göra en separat bedömning av de multilaterala mellanbanksavgifterna) eftersom det gör det möjligt att maximera produktionen i MasterCard-systemet. Härvid har de kritiserat kommissionen för att ha underlåtit att beakta de multilaterala mellanbanksavgifternas positiva effekter på utgivningsmarknaden och för att ha ålagt dem en orimlig bevisbörda, trots att kommissionen har medgett att de multilaterala mellanbanksavgifterna kan bidra till tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande.

204 Vissa av intervenienterna har framhållit de – direkta eller indirekta – objektiva fördelar som kan tillskrivas de multilaterala mellanbanksavgifterna. När det gäller de direkta fördelarna gör de gällande att näringsidkarna drar nytta av utgivarens transaktionshantering och är de som mest gynnas av betalningsgarantin som tillhandahålls av utgivaren och finansieras genom de multilaterala mellanbanksavgifterna. Det har erinrats om att andra betalningsmetoder ger upphov till höga kostnader för näringsidkarna, vilka också övervältrats på konsumenterna. Med indirekta fördelar syftar intervenienterna på den kostnadsfria finansieringsperiod som är knuten till betalkort och kreditkort, eftersom den gör det möjligt att stimulera inköp och höja beloppen. De har också pekat på den skillnad i inställning som föreligger mellan det angripna beslutet och Visa II-beslutet på den punkten. Bristen på förklaring till denna skillnad i inställning utgör en avsaknad av motivering.

205 Kommissionen har yrkat att talan inte ska bifallas på den aktuella grunden. Vissa av dem som har intervenerat till stöd för kommissionens yrkanden har bestritt att de multilaterala mellanbanksavgifterna kan betraktas som vederlag för de fördelar som näringsidkarna åtnjuter.

206 Enligt det första villkoret i artikel 81.3 EG ska ett avtal, för att omfattas av undantaget, ”[bidra] till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande”. Härvid ska det påpekas att det framgår av domstolens och tribunalens praxis att en sådan förbättring inte kan anses liktydig med varje fördel som parterna genom avtalet kan uppnå inom sin produktions- eller distributionsverksamhet. Förbättringen ska särskilt innebära väsentliga objektiva fördelar som kan uppväga de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (se domen i det ovan i punkt 101 nämnda målet Van den Bergh Foods mot kommissionen, punkt 139 och där angiven rättspraxis).

207 Tribunalen underkänner den kritik som MasterCard-bolagen har riktat mot kommissionen för att felaktigt ha begränsat sig till att undersöka de multilaterala mellanbanksavgifterna utan att beakta hur MasterCard-systemet i sin helhet bidrar till tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, trots att kommissionen har vidgått att ett sådant bidrag existerar. Eftersom de multilaterala mellanbanksavgifterna inte utgör några accessoriska begränsningar i förhållande till MasterCard-systemet, gjorde kommissionen rätt som undersökte om det förelåg några märkbara objektiva fördelar som särskilt följde av de multilaterala mellanbanksavgifterna. Det faktum att kommissionen i skäl 679 i det angripna beslutet medgav att kortbetalningssystemen, som till exempel MasterCard-systemet, utgör ett tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, saknar således betydelse för frågan huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna uppfyller det första villkoret i artikel 81.3 EG.

208 Det framgår av skälen 674–677 i det angripna beslutet, som inte i sak bestritts av MasterCard-bolagen, att bolagens argumentering under det administrativa förfarandet grundade sig på de multilaterala mellanbanksavgifternas roll för upprätthållandet av en jämvikt mellan ”utgivningssidan” och ”inlösensidan” i MasterCard-systemet.

209 Argumenteringen utgår från antagandena att de utgivande bankerna och de inlösande bankerna tillhandahåller en gemensam tjänst som medför gemensamma kostnader (första antagandet) och att de utgivande bankerna bär den största delen av kostnaderna i systemet (andra antagandet). Sålunda krävs det, för att de utgivande bankerna ska kunna fortsätta att marknadsföra korten och tillhandahålla tjänster som gör dessa kort attraktiva, att det görs en överföring till dem från ”inlösensidan” i systemet. Tack vare överföringen kan man uppnå en jämvikt där produktionen i MasterCard-systemet är optimal (tredje antagandet). Det är denna optimering av MasterCard-systemet som ger upphov till

det ekonomiska och tekniska framåtskridande som det representerar. De metoder för fastställande av multilaterala mellanbanksavgifter som tillämpas av MasterCard-bolagen möjliggör en optimal fördelning av kostnaderna mellan systemets ”inlösensida” och ”utgivningssida”.

210 Tribunalen gör följande konstaterande vad gäller det första antagandet: Av skäl liknande dem som nämns ovan i punkterna 175–177 räcker det med att framhålla att kommissionen – trots den växelverkan som pågår mellan kortutgivningsverksamheten och verksamheten med inlösen av transaktioner – inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning genom att (i skälen 681 och 682 i det angripna beslutet) underkänna MasterCard-bolagens kvalificering av kostnaderna som gemensamma kostnader knutna till en gemensam tjänst.

211 Beträffande det andra antagandet gör tribunalen följande bedömning: Såsom kommissionen konstaterade i skäl 686 i det angripna beslutet, räcker det att påpeka att antagandet har gjorts utifrån en ofullständig redogörelse för utgivnings- och inlösenverksamheterna, varvid man endast beaktar de utgivande bankernas kostnader och bortser från de intäkter eller andra ekonomiska fördelar som de har av sin kortutgivningsverksamhet, trots omfattningen av dessa intäkter och fördelar, som framhålls ovan i punkterna 106–108.

212 Tribunalen konstaterar slutligen, vad gäller det tredje antagandet, att det ska betonas att kommissionen inte inskränkte sig till att avfärda den bevisning som MasterCard-bolagen ingav på grund av att den inte hade ett tillräckligt bevisvärde, utan också (i skälen 702–708 och 709–724 i det angripna beslutet) framhöll att såväl MasterCard-systemet och metoderna för fastställande av multilaterala mellanbanksavgifter skiljer sig avsevärt från den teoretiska modell – Baxter-modellen – på vilken MasterCard-bolagen har grundat sin argumentering.

213 Kommissionen har exempelvis vid jämförelsen mellan MasterCard-systemet och Baxter-modellen pekat på en grundläggande skillnad vad gäller näringsidkarnas skäl för att acceptera kortbetalning. Emedan Baxter-modellen innebär att näringsidkarna fritt accepterar kort utifrån de fördelar som de har av de tjänster som är knutna till denna betalningsmetod, är det i praktiken så att näringsidkarna accepterar kort också på grund av att de anser sig tvingade att göra det på grund av att konsumenterna efterfrågar denna betalningsmetod och att det finns en risk för att gå miste om transaktioner om kunderna nekas kortbetalning eller om diskriminerande villkor för kortbetalning införs.

214 Vad gäller de metoder som används för att fastställa multilaterala mellanbanksavgifter har kommissionen framhållit de skillnader som föreligger mellan MasterCard-bolagens tillvägagångssätt och Baxter-modellen.

215 Kommissionens kritik mot den metod som används för kreditkort och betalkort (MasterCard Standard Interchange Methodology, skälen 710–718 i det angripna beslutet) handlar i huvudsak om brister i analysen av hur kortinnehavarnas och näringsidkarnas efterfrågan vad gäller nämnda betalningssätt utvecklas, trots att detta är en av hörnstenarna i Baxter-modellen. Således görs uppskattningen av näringsidkarnas efterfrågan endast utifrån vad som skulle kunna vara kostnaden för upprättandet av ett kundkortsystem. Kommissionen framhåller att en sådan analys är förenad med problem, eftersom alla näringsidkare varken har en önskan om eller en möjlighet att upprätta ett kundkortsystem. Vad gäller analysen av kortinnehavarnas efterfrågan har kommissionen gjort gällande att MasterCard-bolagen inte mäter efterfrågans utveckling utan förlitar sig på de uppgifter som lämnats av de utgivande bankerna.

216 Vidare har kommissionen medgett att den metod som är tillämplig på bankkort (Global MasterCard Debit Interchange Fee Methodology, skälen 719–724 i det angripna beslutet) visserligen ligger närmare Baxter-modellen eftersom den tar hänsyn till såväl de kostnader som är knutna till utgivning som till dem som är knutna till inlösen, men framhållit att den utgår från en alltför vid tolkning av de utgivningsrelaterade kostnaderna. Enligt denna metod omfattas nämligen också sådana kostnader som hänger samman med alla betalningssätt, såsom kostnaderna för ett checkkonto.

217 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar tribunalen att kommissionen inte gjorde någon uppenbart felaktig bedömning genom att underkänna de argument som MasterCard-bolagen anfört för att tillskriva de multilaterala mellanbanksavgifterna förtjänsten av de objektiva fördelar som kan följa av MasterCard-systemet.

218 Det framgår närmare bestämt av punkterna 210–215 ovan att MasterCard-bolagen genom sitt synsätt tenderar att överskatta de utgivande bankernas kostnader och samtidigt underskatta de fördelar som näringsidkarna har av denna betalningsmetod.

219 Den ovannämnda slutsatsen påverkas inte av att MasterCard-bolagen har anfört att de har gett in riklig ekonomisk bevisning som styrker riktigheten i deras argumentering. MasterCard-bolagen har härvid hänvisat till de relevanta avsnitten i yttrande nr 2 och till ekonomisk bevisning som bifogats svaret som bilagor, samt till bilagorna A.13 och A.14. De har också erinrat om att kommissionen i skäl 83 i Visa II-beslutet gjorde följande konstaterande: ”ju fler näringsidkare det finns i systemet, desto större nytta har kortinnehavarna av det, och tvärtom.” Detta konstaterande tolkar MasterCard-bolagen som ett erkännande av att deras argument är korrekta.

220 Såsom kommissionen har gjort gällande i en av bilagorna till det angripna beslutet, som är inriktad på vederläggning av den ekonomiska bevisning som ingetts av MasterCard-bolagen (punkt 10 i bilaga 4 till det angripna beslutet), finner tribunalen att även om det av denna bevisning kunde härledas att de multilaterala mellanbanksavgifterna bidrar till att öka produktionen i MasterCard-systemet skulle det inte räcka för att visa att nämnda avgifter uppfyller det första villkoret i artikel 81.3 EG.

221 Tribunalen konstaterar nämligen att de som främst gynnas av en ökning av produktionen i MasterCard-systemet är betalningsorganisationen MasterCard och de banker som deltar i systemet. Såsom framgår av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 206 kan en sådan förbättring som avses i artikel 81.3 EG inte anses liktydig med varje fördel som parterna genom avtalet kan uppnå inom sin produktions- eller distributionsverksamhet.

222 När det gäller näringsidkarna konstaterar tribunalen att en ökning av antalet kort i omlopp visserligen kan göra att dessa näringsidkare har större nytta av MasterCard-systemet. En annan konsekvens är dock att det tryck som de kan utöva för att sänka nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna minskar, och att MasterCard-bolagens ställning på marknaden förstärks. Det är nämligen en rimlig slutsats att risken för att näringsidkarens vägran att acceptera detta betalningssätt, eller införande av diskriminerande villkor för kortbetalning, får negativa effekter för näringsidkarens kundkrets, är större ju fler kort som finns i omlopp.

223 Detta resonemang återfinns i skälen 729 och 730 i det angripna beslutet. Det medges visserligen i skäl 729 att ”i ett kortbetalningssystem som kännetecknas av indirekta externa nätverkseffekter, kan mellanbanksavgifter underlätta att maximera användarnas nytta av systemet”. Det anges dock också i skäl 730 att de multilaterala mellanbanksavgifterna kan användas av bankerna för att ”uppnå effektivitetsvinster eller ta ut avgift”.

224 När det gäller hänvisningen i skäl 83 i Visa II-beslutet konstaterar tribunalen följande. Även om kommissionen där vidgick att nyttan av Visa-systemet för varje användargrupp beror på antalet användare i den andra gruppen, framhöll kommissionen också att det var svårt att fastställa den genomsnittliga marginalnyttan för en betalning med Visa-kort för varje användargrupp och att man måste finna ett godtagbart ersättningsvärde, som bemöter kommissionens invändningar, bland annat om att nivån för de multilaterala mellanbanksavgifterna fastställs så att ”avkastningen maximeras” (skäl 80 i Visa II-beslutet). Att Visas multilaterala mellanbanksavgifter beviljades ett undantag berodde således inte endast på deras bidrag till systemets produktionsökning, utan på att de fastställdes utifrån tre kategorier av kostnader som var hänförliga till tjänster som kunde anses tillhandahållas till förmån för näringsidkarna, nämligen kostnaden för transaktionshantering, kostnaden för ”betalningsgarantin” och kostnaden för den kostnadsfria finansieringsperioden (skälen 84 och 85 i Visa II-beslutet).

225 Det är riktigt att MasterCard-bolagen i en fotnot i ansökan anger att ”den obestridda bevisning som ingetts hittills visar att mellanbanksavgiften utgör lite drygt två tredjedelar av kostnaden för betalningsgarantin och den räntefria perioden samt kostnaderna för hanteringen … och att den inte innefattar någon avgift för andra fördelar, såsom ökad försäljning och fördelar avseende cash flow, som näringsidkarna också erhåller”. Det ska dock framhållas att detta påstående inte åtföljs av någon uppgift som gör det möjligt att kontrollera dess riktighet.

226 Således sluter sig tribunalen till att då det inte har styrkts att det föreligger en tillräckligt nära koppling mellan de multilaterala mellanbanksavgifterna och de objektiva fördelar som näringsidkarna åtnjuter räcker det inte med den omständigheten att nämnda avgifter kan bidra till en produktionsökning i MasterCard-systemet i sig för att det ska anses vara visat att det första villkoret i artikel 81.3 EG är uppfyllt.

227 MasterCard-bolagen har också kritiserat kommissionen dels för att inte ha beaktat de fördelar som följer av de multilaterala mellanbanksavgifterna för kortinnehavarna, dels för att agera som ”prisreglerare” av nämnda avgifter.

228 Vad gäller den första delen av kritiken är det visserligen korrekt att det framgår av fast rättspraxis att de väsentliga objektiva fördelar som avses i artikel 81.3 EG inte bara kan uppkomma på den relevanta marknaden utan även på alla andra marknader på vilka avtalet skulle kunna ha gynnsamma verkningar eller till och med, mer generellt, för alla tjänster vars kvalitet eller effektivitet skulle kunna förbättras genom att detta avtal finns (förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1011, punkt 343, och domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet GlaxoSmithKline Services mot kommissionen, punkt 248). Då näringsidkarna utgör en av de två användargrupper som berörs av kortbetalning innebär dock det faktum att det finns ett andra villkor i artikel 81.3 EG att det nödvändigtvis måste visas att de väsentliga objektiva fördelar som kan tillskrivas de multilaterala mellanbanksavgifterna också gäller i förhållande till näringsidkarna.

229 Eftersom detta inte har styrkts kan MasterCard-bolagens argument att de fördelar som kortinnehavarna har av de multilaterala mellanbanksavgifterna inte har beaktats tillräckligt, i vilket fall som helst inte ha någon verkan.

230 Vad gäller den andra delen av kritiken – som innehåller en upprepning av de argument som utvecklades inom ramen för den första delgrunden – har MasterCard-bolagen, liksom flera av intervenienterna, gjort gällande att de argument som anfördes under det administrativa förfarandet ledde till att kommissionen därefter hade bevisbördan för att vederlägga nämnda argument. De har också kritiserat kommissionen för att ha ålagt dem att motivera fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna till en viss nivå. Slutligen har MasterCard-bolagen och vissa av intervenienterna hänvisat till det faktum att kommissionen, efter att det angripna beslutet antogs, gick ut med en anbudsinfordran avseende en studie av ”kostnader och fördelar för näringsidkare till följd av accepterandet av olika betalningssätt”, för att understryka att det inte finns tillräcklig information för att de krav på ekonomisk bevisning som ställts av kommissionen skulle kunna uppfyllas.

231 Det ska erinras om att kommissionen inte underlåtit att uppfylla den skyldighet som förtydligas i den rättspraxis som nämns ovan i punkt 197, eftersom den på vederbörligt sätt har undersökt och vederlagt de argument som utvecklades av MasterCard-bolagen under det administrativa förfarandet.

232 Vad gäller påståendet att det saknades uppgifter som gör det möjligt att uppfylla det krav på ekonomisk bevisning som uppställts av kommissionen, slår tribunalen fast att även om det framgick att dessa uppgifter mycket riktigt saknades, skulle det inte kunna leda till att bevisbördan lättades eller att det skedde en omkastning av bevisbördan, vilket MasterCard-bolagen förefaller hävda. En sådan svårighet skulle kunna anses bero på innebörden av de argument som MasterCard-bolagen utvecklade under det administrativa förfarandet.

233 Då MasterCard-bolagen inte med exakthet kunde styrka hur omfattande de fördelar är som kan anses motivera att ett ekonomiskt vederlag lämnas av näringsidkare för de kostnader som de utgivande bankerna har, är det således rimligt att anse att det ankom på MasterCard-bolagen att – för att visa att de multilaterala mellanbanksavgifterna uppfyller det första villkoret i artikel 81.3 EG – peka ut de tjänster, tillhandahållna av bankkorts-, betalkorts- och kreditkortsutgivande banker, som kan utgöra objektiva fördelar för näringsidkare. Det ankom också på dem att styrka att det finns ett tillräckligt tydligt samband mellan de kostnader som tillhandahållandet av dessa tjänster medför och nivån på de multilaterala mellanbanksavgifterna. Härvid ska det framhållas att man vid fastställandet av dessa kostnader inte får bortse från andra intäkter som de utgivande bankerna har i samband med tillhandahållandet av dessa tjänster, och inte får inkludera kostnader som inte är direkt kopplade till dem.

234 Tribunalen konstaterar att kommissionen, av de skäl som nämns ovan i punkterna 214–218, inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning genom att dra slutsatsen att den tillämpliga metoden inte – för vare sig kreditkort, betalkort eller bankkort – gjorde det möjligt att visa att det första villkoret i artikel 81.3 EG var uppfyllt. Därför kan inte det faktum, som har framhållits av flera intervenienter, att de multilaterala mellanbanksavgifterna utgör ett vederlag för vissa fördelar för näringsidkarna, under de föreliggande omständigheterna styrka att nämnda avgifter uppfyller villkoren i den aktuella bestämmelsen.

235 På samma sätt kan kommissionen inte klandras för att utan förklaring ha avvikit från den inställning som den gett uttryck för i Visa II-beslutet, vad gäller bedömningen enligt artikel 81.3 EG av de multilaterala mellanbanksavgifterna, eftersom undantaget i Visa II-beslutet beviljades mot bakgrund av en beräkningsmetod som begränsar de multilaterala mellanbanksavgifternas belopp till vissa specifika fördelar för näringsidkarna, vilket är vad som skiljer omständigheterna kring antagandet av det ovannämnda beslutet från dem som föreligger i det nu aktuella fallet.

236 Mot bakgrund av det ovan anförda slår tribunalen fast att MasterCard-bolagen inte har visat att kommissionens resonemang beträffande det första villkoret i artikel 81.3 EG var rättsstridigt. Eftersom artikeln endast kan tillämpas under förutsättning att samtliga villkor i artikeln är uppfyllda ska den andra delgrunden underkännas. Så kan ske utan att MasterCard-bolagens kritik av de övriga aspekterna av kommissionens bedömning med tillämpning av nämnda artikel behöver behandlas.

237 Följaktligen ska den första delgrunden, avseende de alltför högt ställda beviskrav som riktats mot MasterCard-bolagen, också underkännas. Det framgår nämligen av det ovan anförda att kommissionen prövade MasterCard-bolagens argument och bevisning och, under omständigheterna i det förevarande fallet, med giltig verkan kunde dra slutsatsen att de inte räckte för att styrka att villkoren för tillämpning av artikel 81.3 EG var uppfyllda. Eftersom kommissionen hade rätt att dra slutsatsen att MasterCard-bolagen inte hade ingett den bevisning som krävdes för att omfattas av det undantag som de åberopade ska även påståendet om åsidosättande av principen *in dubio pro reo* tillbakavisas.

3. Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 81.1 EG genom att betalningsorganisationen MasterCard felaktigt kvalificerats som företagssammanslutning

238 MasterCard-bolagen har, med stöd av intervenienterna, hävdat att kommissionen begick ett misstag när den fann att det förelåg en företagssammanslutning i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Kommissionen underlät att beakta de förändringar av MasterCards struktur och styrning som börsintroduktionen medfört, trots att detta har lett till att bankerna inte längre kontrollerar MasterCard och att MasterCard ensidigt bestämmer de multilaterala mellanbanksavgifterna. De har bland annat gjort gällande att frågan om huruvida bankerna utövar kontroll eller inte är relevant. Kommissionen gjorde också en felaktig bedömning när den fann att de europeiska bankerna även efter börsintroduktionen har fortsatt att ansvara för betalningsorganisationen MasterCards verksamhet i Europa via den europeiska styrelsen.

239 Dessutom har MasterCard-bolagen och flera av intervenienterna framställt invändningar beträffande det av kommissionen tillämpade kriteriet som avser förekomsten av en intressegemenskap mellan betalningsorganisationen MasterCard och bankerna när det gäller fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna. Kommissionen har kritiserats för att inte ha visat att betalningsorganisationen MasterCard har fortsatt att agera i bankernas intresse eller å deras vägnar– snarare än å aktieägarnas vägnar – vid fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna. En intervenient har också framhållit att detta kriterium inte är baserat på något prejudikat. Flera intervenienter har gjort gällande att de inte kan utöva något som helst inflytande över betalningsorganisationen MasterCard och att MasterCard behandlar dem som kunder.

240 Kommissionen har yrkat att talan inte ska bifallas på denna delgrund.

241 Enligt fast rättspraxis är artikel 81.1 EG tillämplig på sammanslutningar i den mån som deras egen verksamhet, eller den verksamhet som utövas av de företag som är anslutna till sammanslutningen, tenderar att framkalla de effekter som ska förhindras genom denna bestämmelse (se förstainstansrättens dom av den 26 januari 2005 i mål T-193/02, Piau mot kommissionen, REG 2005, s. II-209, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

242 Det ska också anmärkas att begreppen ”avtal”, ”beslut av företagssammanslutningar” och ”samordnat förfarande”, om man ser till den subjektiva sidan, omfattar olika former av samförstånd som är av samma art och som endast skiljer sig åt vad avser deras intensitet och i vilka former de kommer till uttryck (domstolens dom av den 4 juni 2009 i mål C-8/98, T-Mobile Netherlands m.fl., REG 2009, s. I-4529, punkt 23).

243 När det gäller just begreppet ”beslut av företagssammanslutningar”, syftar detta, såsom generaladvokaten Léger framhöll i sitt förslag till avgörande i mål C-309/99, Wouters m.fl., där domstolen meddelade dom den 19 februari 2002 (REG 2002, s. I-1577), till att förhindra att företagen endast på grund av det sätt genom vilket de samordnar sitt beteende på marknaden kan undslippa reglerna om konkurrens. För att säkerställa att denna princip genomförs nämns i artikel 81.1 EG inte endast direkta sätt för samordning av beteenden mellan företag (avtal och samordnade förfaranden), utan även institutionaliserade sätt för samarbete, det vill säga situationer där de ekonomiska aktörerna handlar genom en kollektiv organisation eller ett gemensamt organ.

244 Således ska det undersökas om betalningsorganisationen MasterCard i det förevarande fallet, trots de förändringar som börsintroduktionen medförde, fortsätter att utgöra ett institutionaliserat sätt för samordning av bankernas beteende.

245 Det är visserligen utrett att sedan börsintroduktionen ägde rum antas beslut rörande multilaterala mellanbanksavgifter av betalningsorganisationen MasterCard utan att bankerna deltar i beslutsprocessen. Det framgår dock av de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg vid tiden för det angripna beslutet, vilket enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkt 64 utgör den relevanta tidpunkten för att pröva beslutets lagenlighet, att bankerna har fortsatt att kollektivt utöva ett inflytande över grundläggande aspekter av betalningsorganisationen MasterCards verksamhet efter börsintroduktionen, såväl på nationell nivå som på Europanivå.

246 När det för det första gäller frågan hur betalningsorganisationen MasterCard fungerar på nationell nivå konstaterade kommissionen i skälen 58–62 i det angripna beslutet (som skäl 359 i samma beslut hänvisar till) att bankerna har rätt att anta speciella nationella regler som är tillämpliga på en bestämd marknad och som till viss del ersätter reglerna i det världsomspännande nätverket. Bland dessa regler återfinns ”standardregler som är tillämpliga på alla internationella transaktioner, inklusive sådana som har inlösts av medlemmar utanför landet” (skäl 60 i det angripna beslutet). Det mest symboliska exemplet på denna beslutsbefogenhet på nationell nivå är fastställandet av nationella

mellanbanksavgifter som tillämpas med företräde framför de multilaterala mellanbanksavgifterna. Kommissionen noterade också (skäl 61 i det angripna beslutet) att sådana nationella regler inte behöver godkännas eller attesteras av MasterCard-bolagen.

247 För det andra hade kommissionen fog för att, i skälen 50–57, 364 och 365 i det angripna beslutet, framhålla att man efter börsintroduktionen har behållit den europeiska styrelsen, vilken består av företrädare för de europeiska bankerna, och att denna har behållit sin befogenhet att fatta beslut i ”grundläggande frågor”. Det rör sig bland annat om prövning av anslutningsansökningar, viten, regler om regional verksamhet, uppskattningar och avgifter, i den mån dessa uppskattningar och avgifter inte har någon uteslutande verkan, förbättring och utveckling av regionala produkter ”i den mån initiativen för produktutveckling inte rör konkurrensmässigt känsliga aspekter”, budgeten för årliga utgifter, överskottsmedel och regler om ”co-branding” och kundkort (skäl 52 i det angripna beslutet).

248 Det är visserligen riktigt, såsom MasterCard-bolagen har erinrat om i sina inlagor, att den europeiska styrelsen är skyldig att följa anvisningarna från den internationella styrelsen och kan förlora sin beslutsbefogenhet. Den möjlighet som den internationella styrelsen har att genom anvisningar till exempel precisera gränserna för den europeiska styrelsens befogenheter ändrar dock inte det förhållandet att den europeiska styrelsen har en beslutsbefogenhet. Samma sak gäller den internationella styrelsens möjlighet att själv utöva den europeiska styrelsens befogenheter eller att frånta den europeiska styrelsen dess befogenheter, i enlighet med de mycket strikta regler som gäller för detta, varom det erinras i skälen 55 och 56 i det angripna beslutet.

249 Tribunalen konstaterar att det faktum att bankerna – på europeisk och nationell nivå – har behållit en beslutsbefogenhet inom betalningsorganisationen MasterCard måste leda till att följderna av börsintroduktionen nyanseras. Vid tidpunkten för antagandet av det angripna beslutet föreföll betalningsorganisationen MasterCard snarast fortsätta fungera i Europa som en företagssammanslutning, i vilken bankerna inte endast utgjorde kunder till vilka tjänster tillhandahölls, utan också – på ett kollektivt och decentraliserat sätt – deltog i viktiga delar av beslutsfattandet.

250 Vidare gjorde kommissionen en riktig bedömning när den slöt sig till att de multilaterala mellanbanksavgifterna återspeglar bankernas intressen, trots att dessa sedan börsintroduktionen inte längre kontrollerar MasterCard och inte heller deltar i fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna, med motiveringen att det föreligger en intressegemenskap mellan betalningsorganisationen MasterCard och bankerna i detta avseende.

251 För det första följer det av domstolens praxis att existensen av en intressegemenskap, eller ett gemensamt intresse, är en relevant omständighet som ska beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger ett beslut av en företagssammanslutning i den mening som avses i artikel 81.1 EG (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 27 januari 1987 i mål 45/85, Verband der Sachversicherer mot kommissionen, REG 1987, s. 405, punkt 29; svensk specialutgåva, volym 9, s. 9).

252 För det andra hade kommissionen fog för sin bedömning att bankerna, inklusive de banker som är verksamma på inlösenmarknaden, har ett intresse av höga multilaterala mellanbanksavgifter.

253 Tack vare de multilaterala mellanbanksavgifterna förfogar dessa banker nämligen över ett minimipris (vilket kommissionen på ett korrekt sätt framhöll i skäl 383 i det angripna beslutet) som gör att de enkelt kan övervältra mellanbanksavgifterna på näringsidkarna, av de anledningar som nämns ovan i punkt 134. Således utgör de multilaterala mellanbanksavgifterna endast en kostnad för bankerna om de väljer att själva bära dem. Det framgår dock av punkterna 162–164 ovan att så snarast sker i undantagsfall.

254 Även i ett sådant fall är det rimligt att bedöma att de multilaterala mellanbanksavgifterna ändå utgör en intäktskälla för bankerna i den mån de också bedriver utgivningsverksamhet. Härvid ska det påpekas att varken MasterCard-bolagen eller intervenienterna har inkommit med några uppgifter som

kan vederlägga kommissionens konstaterande i skäl 385 i det angripna beslutet. Där påpekade kommissionen att den regel som fanns inom MasterCard-systemet fram till den 31 december 2004 enligt vilken de banker som ville lösa in transaktioner var skyldiga att också vara kortutgivare (No Acquiring Without Issuing Rule) gjorde att i princip samtliga banker som bedrev inlösenverksamhet också var kortutgivare och i denna egenskap tog ut multilaterala mellanbanksavgifter.

255 För det tredje var det också rätt av kommissionen att i skäl 386 i det angripna beslutet fastslå att betalningsorganisationen MasterCard också hade ett intresse av att fastställa höga multilaterala mellanbanksavgifter, ”eftersom de anslutningsavgifter som [MasterCard och dess konsoliderade dotterbolag] tar ut av bankerna i utbyte mot samordnings- och nätverkstjänster är kopplade till transaktionerna” (skäl 386 i det angripna beslutet). Antalet transaktioner, och således betalningsorganisationen MasterCards intäkter, är huvudsakligen beroende av bankernas vilja att erbjuda sina kunder MasterCard-kort. Således ligger det i betalningsorganisationen MasterCards intresse att fastställa de multilaterala mellanbanksavgifterna på en nivå som är attraktiv för bankerna. Detta åskådliggörs av det faktum (som kommissionen tog upp i skälen 461–498 i det angripna beslutet) att konkurrensen mellan olika system sker till nackdel för de kortsystem som har låga multilaterala mellanbanksavgifter.

256 För det fjärde framgår det av MasterCard-bolagens inlagor att de inte förnekar riktigheten av konstaterandet i skäl 389 i det angripna beslutet, nämligen att ”[u]tvecklingen efter börsintroduktionen [också] visar … att [betalningsorganisationen MasterCard] beaktar bankernas konkreta intressen när de fastställer de multilaterala mellanbanksavgifterna”. Deras argumentering går snarare ut på att hävda att de endast agerar som en tillhandahållare av tjänster som försöker tillfredsställa de behov som finns hos kunderna, det vill säga de utgivande bankerna, de inlösande bankerna och näringsidkarna.

257 Det ska dock konstateras att placeringen av bankerna och näringsidkarna på samma nivå är föga övertygande, eftersom det när det gäller näringsidkarna handlar om att hitta deras maximala toleransgräns avseende priset för korttransaktioner, vilket framhålls ovan i punkterna 212–217.

258 Inte heller MasterCard-bolagens argument att betalningsorganisationen MasterCard sedan börsintroduktionen endast beaktar aktieägarnas intressen är övertygande. Eftersom fastställandet av höga multilaterala mellanbanksavgifter leder till fler transaktioner och således till en positiv inverkan på betalningsorganisationen MasterCards intäkter, är det rimligt att sluta sig till att det inte föreligger någon motsättning mellan MasterCards aktieinnehavares intressen och bankernas intressen.

259 Mot bakgrund av de två ovannämnda omständigheterna – det vill säga att bankerna har behållit sin beslutsbefogenhet inom betalningsorganisationen MasterCard även efter börsintroduktionen och att det föreligger en intressegemenskap mellan MasterCard och bankerna när det gäller de multilaterala mellanbanksavgifterna – konstaterar tribunalen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att betalningsorganisationen MasterCard, trots de förändringar som följde av börsintroduktionen, har fortsatt att utgöra ett institutionaliserat sätt för samordning av bankernas agerande. Således var det rätt av kommissionen att beteckna betalningsorganisationen MasterCards beslut om fastställande av de multilaterala mellanbanksavgifterna som beslut av en företagssammanslutning.

260 Således ska den tredje grunden underkännas. Det är inte nödvändigt att undersöka den kritik som MasterCard-bolagen har anfört beträffande de övriga omständigheter som kommissionen har grundat sin slutsats på, och framför allt inte bankernas godtagande av den nya styrningen vad gäller de multilaterala mellanbanksavgifterna (skälen 394–396 i det angripna beslutet).

4. Den fjärde grunden: Det angripna beslutet är behäftat med fel vad gäller handläggningen och bedömningen av de faktiska omständigheterna

261 Grunden består av två delar. Dels görs det gällande att MasterCard-bolagens rätt till försvar har åsidosatts. Dels görs det gällande att det föreligger fel avseende de faktiska omständigheterna som kan göra att det angripna beslutet är ogiltigt.

a) Den första delgrunden: Åsidosättande av MasterCard-bolagens rätt till försvar

262 MasterCard-bolagen har framställt fyra invändningar, varigenom de har hävdat för det första att det är fråga om en felaktig användning av en skrivelse med redogörelse för de faktiska omständigheterna, för det andra att skrivelsen är oklar, för det tredje att det angripna beslutet innehåller nya omständigheter och för det fjärde har de kritiserat kommissionens sätt att underrätta vissa nationella konkurrensmyndigheter.

Den första invändningen: Fel att använda sig av en skrivelse med redogörelse för de faktiska omständigheterna

263 MasterCard-bolagen har kritiserat kommissionen för att ha använt sig av en skrivelse med redogörelse för de faktiska omständigheterna i stället för att skicka ut ett nytt meddelande om ytterligare invändningar. Skrivelsen med redogörelse för de faktiska omständigheterna gick utöver vad som kan anses vara endast ett ytterligare framläggande av bevisning, eftersom skrivelsen innehöll nya rättsliga argument och grundläggande omständigheter.

264 Kommissionen anser att talan inte kan bifallas såvitt avser denna invändning.

265 Det följer av fast rättspraxis att iakttagandet av rätten till försvar förutsätter att det berörda företaget under det administrativa förfarandet har fått tillfälle att på ett meningsfullt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta och på de handlingar som enligt kommissionen styrker dess påstående om att fördraget har överträtts (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 10, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1995, s. I-865, punkt 21).

266 Artikel 27.1 i förordning nr 1/2003 återspeglar denna princip, eftersom den föreskriver att de berörda parterna ska ges tillfälle att yttra sig över ett meddelande om invändningar, som ska innehålla en klar redogörelse för samtliga anmärkningar som kommissionen, på detta stadium i förfarandet, grundar sig på (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00, Aalborg Portland m.fl., REG 2004, s. I-123, punkt 67) så att de som berörs av meddelandet kan få kännedom om vilka beteenden kommissionen lägger dem till last, och för att på ett ändamålsenligt sätt kunna försvara sig innan kommissionen fattar ett slutligt beslut. Det framgår vidare av fast rättspraxis att detta krav är uppfyllt, om parterna inte läggs andra överträdelser till last i beslutet än de som nämnts i meddelandet om invändningar och om det i beslutet endast tas hänsyn till faktiska omständigheter som parterna har haft tillfälle att yttra sig över (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 109 och där angiven rättspraxis).

267 Angivandet av omständigheterna kan dock göras kortfattat, och beslutet behöver inte nödvändigtvis vara en kopia av meddelandet om invändningar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 265 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 14), vilket utgör ett förberedande dokument, vars bedömningar är preliminära (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, British-American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 70; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247). Det är således tillåtet att göra tillägg till meddelandet om invändningar mot bakgrund av parternas yttranden, om de däri framförda argumenten visar att parterna verkligen har kunnat utöva sin rätt till försvar. Kommissionen kan även mot bakgrund av det administrativa förfarandet ändra och lägga till argument avseende de faktiska omständigheterna och rättsreglerna till stöd för invändningar som den redan har formulerat (se, för ett liknande resonemang,

förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 228 nämnda målet Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, punkt 448, och dom av den 22 oktober 2002 i mål T-310/01, Schneider Electric mot kommissionen, REG 2002, s. II-4071, punkt 438).

268 Ett tillägg till anmärkningarna behöver således endast meddelas de berörda personerna för det fall utredningen föranleder kommissionen att lägga företagen nya handlanden till last eller påtagligt ändra bevisningen rörande de ifrågasatta överträdelserna (se domen i de ovan i punkt 266 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 192).

269 Slutligen ska det erinras om att det följer av fast rättspraxis att rätten till försvar har åsidosatts när kommissionens administrativa förfarande skulle ha kunnat få en annan utgång på grund av institutionens felaktiga handlande. Ett sökandeföretag visar att ett sådant åsidosättande har skett, inte genom att bevisa att kommissionens beslut skulle ha haft ett annat innehåll, utan genom att bevisa att det hade kunnat försvara sig bättre om kommissionen inte hade handlat fel, exempelvis genom att det hade kunnat åberopa handlingar till sitt försvar som det hade nekats tillgång till under det administrativa förfarandet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 2003, s. I-10821, punkt 31 och där angiven rättspraxis, och av den 1 juli 2010 i mål C-407/08 P, Knauf Gips mot kommissionen, REU 2010, s. I-6375, punkt 28).

270 I det förevarande fallet framhåller tribunalen att även om kommissionen i skälen 202–213 i meddelandet om invändningar nr 2 baserade sig på betalningsorganisationen MasterCards egenskaper före börsintroduktionen för att slå fast att MasterCard utgör en företagssammanslutning i den mening som avses i artikel 81.1 EG, går det av andra avsnitt i nämnda meddelande att dra slutsatsen att kommissionen ansåg att den aviserade börsintroduktionen av MasterCard inte skulle påverka slutsatsen att det förelåg ett åsidosättande av artikel 81 EG. Som exempel kan nämnas att det i skäl 25 angavs att de handlingar som hade ingetts av MasterCard-bolagen inte visade att den europeiska styrelsen skulle förlora befogenheten att fastställa de multilaterala mellanbanksavgifterna efter börsintroduktionen. I skäl 28 i meddelandet om invändningar nr 2 lämnade kommissionen en redogörelse för de ändringar som börsnoteringen skulle medföra, i vilken det angavs att bankerna skulle fortsätta att spela en viktig roll i den nya strukturen.

271 Visserligen skiljer sig de uppgifter som kommissionen tog upp i sitt meddelande om invändningar nr 2 från vad som slutligen blev beslutat i samband med börsintroduktionen på en punkt, nämligen genom att den europeiska styrelsen inte har behållit sin befogenhet att fastställa de multilaterala mellanbanksavgifterna. Inte desto mindre har meddelandet om invändningar nr 2 gjort det möjligt för MasterCard-bolagen att göra gällande sin ståndpunkt beträffande kommissionens invändning avseende kvalificeringen av MasterCard-systemet som en företagssammanslutning i den mening som avses i artikel 81.1 EG, och närmare bestämt beträffande ståndpunkten att börsintroduktionen inte påverkar nämnda kvalificering. Härav följer logiskt att de också har kunnat yttra sig inför kommissionen på denna punkt, under det muntliga hörande som ägde rum efter det att yttrande nr 2 avgetts.

272 Att MasterCard-bolagen har haft möjlighet att göra gällande sin ståndpunkt under det administrativa förfarandet bekräftas av att en betydande del av yttrande nr 2 handlar om börsintroduktionens inverkan på tillämpligheten av artikel 81.1 EG.

273 Således konstaterar tribunalen att det faktum att kommissionen, under omständigheterna i det förevarande fallet, har använt sig av en skrivelse med redogörelse för de faktiska omständigheterna i stället för ett meddelande om invändningar, inte utgör något åsidosättande av MasterCard-bolagens rätt till försvar, eftersom kommissionens skyldighet endast gällde tillkännagivande av de bevis som kommissionen avsåg att använda för att vederlägga de argument som anförts av MasterCard-bolagen under det administrativa förfarandet.

274 Således ska den aktuella invändningen underkännas.

Den andra invändningen: Skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna brister i klarhet

275 MasterCard-bolagen anser att innehållet i skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna inte var tillräckligt klar för att de skulle kunna förstå på vilket sätt kommissionen avsåg att använda de handlingar som den hänförde sig till, detta trots att bolagen hade vänt sig till både kommissionen och förhörsombudet för att begära klargöranden, vilket kommissionen har medgett i svaromålet. De har hänvisat till bilagorna A.8.2 och A.20, där deras skriftväxling med kommissionen i denna fråga återges. Bristen på klarhet har enligt MasterCard-bolagen gett upphov till ett åsidosättande av deras rätt till försvar.

276 Vad gäller frågan om invändningen kan prövas i sak har MasterCard-bolagen hävdat att det förklaras i ansökan varför skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna var otillräcklig och att bilagorna endast innehöll bevis.

277 Kommissionen anser att den förevarande invändningen ska underkännas.

278 Tribunalen konstaterar att MasterCard-bolagens argument har uttryckts på ett särdeles kortfattat sätt i deras ansökan. I punkt 122 i ansökan har bolaget sålunda invänt rent allmänt mot att kommissionen inte har tillhandahållit ”sökandena samtliga de klargöranden som var nödvändiga för att de skulle kunna förstå på vilket sätt kommissionen avsåg att använda de handlingar som den nämnde i [skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna]”. I punkt 123 har det nämnts att MasterCard-bolagen ”hade stora svårigheter att lämna ett meningsfullt svar”. Slutligen har det i punkt 124 hävdats att MasterCard-bolagen ”i [skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna] har hittat minst tjugo exempel på hur kommissionen har underlåtit att ange på vilket sätt den bevisning som kommissionen nämner kommer att användas”. Inget exempel har emellertid tagits upp i själva ansökan. Ansökan innehåller inte heller några uppgifter som gör det möjligt att bedöma de ”svårigheter” som MasterCard-bolagen har hänfört sig till.

279 De hänvisningar som har gjorts till bilaga A.8.2 till ansökan (”Skriftväxling mellan [MasterCard-bolagens] ombud och kommissionen”) och bilaga A.20 till ansökan (”Skriftväxling mellan den 17 april … och den 12 juli 2007 mellan [MasterCard-bolagens] ombud och kommissionen angående skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna och frågan om dess olämplighet”) uppväger inte bristerna i ansökan på denna punkt.

280 Tribunalen konstaterar att MasterCard-bolagen endast har gjort en allmän hänvisning till bilaga A.20. Av de skäl som anges ovan i punkterna 68–70, kan nämnda bilaga således inte beaktas.

281 När det gäller bilaga A.8.2 kan det anses att MasterCard-bolagen har hänvisat till ett visst avsnitt i bilagan som utgörs av en skrivelse från MasterCard-bolagen av den 13 april 2007, och att dess innehåll således kan beaktas. Skrivelsen innehåller dock endast en uppräkning av de passager i skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna som MasterCard-bolagen anser ”vara oklara” och för vilka de kräver ett klargörande från kommissionen. Det är således inte möjligt att på grundval av endast denna uppräkning – och då det saknas mer exakta argument från MasterCard-bolagen på denna punkt – dra slutsatsen att den påstådda bristen på klarhet har kunnat ge upphov till ett åsidosättande av MasterCard-bolagens rätt till försvar.

282 Mot bakgrund av det ovan anförda finner tribunalen att den förevarande invändningen enligt artikel 44.1 c i rättegångsreglerna inte kan tas upp till prövning, eftersom den inte innehåller de grunduppgifter som behövs för att tribunalen ska ges möjlighet att utföra sin prövning, och kommissionen ges möjlighet att förbereda sitt försvar.

Den tredje invändningen: Nya uppgifter i det angripna beslutet

283 MasterCard-bolagen har gjort gällande att det angripna beslutet innehåller för det första nya argument, för det andra en ny motivering och för det tredje ytterligare, eller mer precisa, förklaringar till bevisningen, som bolagen inte har haft möjlighet att bestrida. De har hänvisat till bilaga A.21 (”Kommissionens åsidosättande av [MasterCard-bolagens] rätt till försvar – argument, motivering och bevis avseende börsintroduktionen”). Även på denna punkt föreligger det enligt bolagen ett åsidosättande av deras rätt till försvar.

284 Denna invändning kan enligt MasterCard-bolagen tas upp till prövning eftersom bilaga A.21 endast innehåller en sammanställning av skillnaderna mellan meddelandet om invändningar nr 2 och det angripna beslutet.

285 Kommissionen anser att invändningen inte kan tas upp till prövning, och i vart fall saknar grund.

286 För det första, när det gäller kritiken mot att det angripna beslutet innehåller nya uppgifter, räcker det med att konstatera att dessa uppgifter inte rör de delar av beslutet som ligger till grund för slutsatsen att det var riktigt av kommissionen att efter börsintroduktionen vidhålla sin kvalificering av MasterCards beslut som ett beslut av en företagssammanslutning.

287 När det gäller slutsatsen att bankerna har fortsatt att kollektivt utöva ett inflytande över grundläggande aspekter av betalningsorganisationen MasterCards verksamhet, såväl på nationell nivå som på Europanivå, påstås det inte i bilaga A.21 till ansökan att bankernas rätt att anta speciella nationella regler som är tillämpliga på en bestämd marknad (punkt 246 ovan) eller den europeiska styrelsens behållande av befogenheten att fatta beslut i ”grundläggande frågor” (punkt 247 ovan) utgör nya uppgifter.

288 När det gäller slutsatsen att det föreligger en intressegemenskap mellan betalningsorganisationen MasterCard och bankerna när det gäller fastställandet av höga multilaterala mellanbanksavgifter, innehåller bilaga A.21 (punkterna 253 och 254 ovan) inte något bestridande av de argument som visar att bankerna har ett intresse av höga multilaterala mellanbanksavgifter. Det framgår inte heller av nämnda bilaga att argumentet i skäl 386 i det angripna beslutet att betalningsorganisationen MasterCard också hade ett intresse av höga multilaterala mellanbanksavgifter (punkt 255 ovan), skulle förekomma för första gången i det angripna beslutet. Slutligen har det inte invänts mot konstaterandet i skäl 389 i det angripna beslutet att betalningsorganisationen MasterCard tar hänsyn till bankernas konkreta intressen vid fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna (punkt 256 ovan).

289 För det andra gäller samma sak den kritik som riktats mot förekomsten av en ”ny motivering” i det angripna beslutet. Den enda kritiken som eventuellt skulle kunna vara befogad är den som rör formuleringen av skäl 360 i det angripna beslutet som handlar om ett horisontellt samarbete mellan bankerna inom betalningsorganisationen MasterCard. Tribunalen konstaterar dock att den skillnad som MasterCard-bolagen har framhållit rör en särdeles begränsad del av kommissionens motivering, och inte innebörden av den slutsats som motiveringen ledde fram till.

290 För det tredje har kritik riktats mot att det angripna beslutet innehöll ytterligare eller mer precisa förklaringar till bevisningen. Härvid ska det framhållas att endast två av påståendena i bilaga A.21 till ansökan rör relevanta delar av kommissionens resonemang, och att kommissionens bedömning i dessa avseenden stöds av annan bevisning som MasterCard-bolagen inte har bestritt. Det rör sig om konstaterandet i skäl 59 i det angripna beslutet att betalningsorganisationen MasterCards styrelse uppmuntrade horisontellt beslutsfattande mellan bankerna. Samma sak gäller slutsatsen i skäl 354 i det angripna beslutet, nämligen att de europeiska bankerna har fortsatt att ansvara för verksamheten i Europa med undantag för de frågor som betraktas som känsliga mot bakgrund av antitrustreglerna.

291 Invändningen ska således underkännas.

Den fjärde invändningen: Otillräcklig information till vissa nationella konkurrensmyndigheter

292 MasterCard-bolagen har konstaterat att kommissionen har medgett att de nationella konkurrensmyndigheterna inte har underrättats om yttrande nr 2 på samma sätt. Vissa av dem erhöll det inte förrän en arbetsdag före det muntliga hörandet. MasterCard-bolagen har gjort gällande att om de hade informerats om att vissa konkurrensmyndigheter hade underrättats sent skulle de ha begärt ett uppskjutande av det muntliga hörandet. Det betyder enligt dem att det föreligger ett åsidosättande av principen om god förvaltningssed, principen om skydd för berättigade förväntningar och deras rätt till försvar, eftersom det angripna beslutet inte kunde antas på grundval av en fullständig förståelse av deras försvar.

293 Kommissionen har yrkat att invändningen ska underkännas.

294 Enligt artikel 14 i förordning nr 1/2003 ska kommissionen samråda med en rådgivande kommitté bestående av företrädare för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter innan den fattar ett sådant beslut som det som är i fråga i det aktuella fallet.

295 Eftersom det framgår av artikel 14.3 i kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EUT L 123, s. 18) att ”kommissionen skall kalla medlemsstaternas konkurrensmyndigheter att delta vid hörandet” är det visserligen önskvärt att konkurrensmyndigheterna, åtminstone de som önskar delta i hörandet, får kännedom om parternas skriftliga yttranden i rimlig tid före hörandet.

296 Den omständigheten att vissa nationella konkurrensmyndigheter inte har fått yttrande nr 2 tillsänt sig förrän en arbetsdag före det muntliga hörandet utgör dock inte en sådan brist som kan leda till ogiltigförklaring av det angripna beslutet.

297 Det framgår nämligen av artikel 14 i förordning nr 1/2003 att huvuduppgiften för den rådgivande kommittén är att avge ett skriftligt yttrande om det preliminära utkastet till beslut. Att MasterCard-bolagens yttrande nr 2 skickats för sent har ingen inverkan på frågan om huruvida samråd med den rådgivande kommittén har ägt rum med giltig verkan, eftersom konkurrensmyndigheterna hade möjlighet att ta del av detta yttrande innan de konsulterades såsom medlemmar av kommittén.

298 Dessutom, vilket kommissionen med rätta har understrukit, har den omständigheten att MasterCard-bolagens yttrande nr 2 skickats för sent inte hindrat dem från att göra gällande sin ståndpunkt under det muntliga hörandet.

299 Tribunalen underkänner således invändningen, och därmed den första delgrunden i dess helhet.

b) Den andra delgrunden: Bedömning grundad på felaktiga faktiska omständigheter

300 MasterCard-bolagen har gjort gällande att vissa av de misstag som kommissionen har begått när det gäller de faktiska omständigheterna är så betydande att de gör att det angripna beslutet är ogiltigt. Bolagen har härvid framställt tre invändningar. För det första har de anfört att jämförelsen av MasterCard-systemet med de fem nationella system som valts ut av kommissionen är behäftad med uppenbara fel. Den andra invändningen riktar sig mot kommissionens selektiva analys av de förklaringar som samlats in från näringsidkare under det administrativa förfarandet, och enligt den tredje invändningen var marknadsstudien avseende näringsidkarna behäftad med grundläggande fel.

301 Tribunalen har redan besvarat den andra och den tredje invändningen i punkterna 145–158 ovan. Vad gäller den första invändningen erinrar tribunalen om att slutsatsen att de multilaterala mellanbanksavgifterna inte är objektivt nödvändiga motiveras av tillräckligt många andra bevis och argument, vid sidan av jämförelsen med de fem nationella systemen. Således ska invändningen underkännas, eftersom den i vilket fall som helst är verkningslös.

302 Således underkänner tribunalen den andra delgrunden och därmed hela den aktuella grunden, vilket betyder att yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet ogillas.

B – *Yrkandet om ogiltigförklaring av artiklarna 3–5 och 7 i det angripna beslutet*

303 MasterCard-bolagen har i andra hand yrkat att tribunalen ska ogiltigförklara artiklarna 3–5 och 7 i det angripna beslutet.

304 I artikel 3 i det angripna beslutet ålade kommissionen MasterCard-bolagen att formellt avskaffa de aktuella multilaterala mellanbanksavgifterna inom sex månader, ändra sammanslutningens nätverksregler och upphäva alla beslut om de multilaterala mellanbanksavgifterna. I artikel 4 åläggs MasterCard-bolagen att inom sex månader underrätta alla finansinstitut som är medlemmar av MasterCard-systemet, liksom alla clearing- och avvecklingsinstitut som berörs av transaktioner inom EES, om ändringarna av sammanslutningens nätverksregler. I artikel 5 åläggs MasterCard-bolagen att publicera en sammanfattning av det angripna beslutet på internet. Slutligen anges i artikel 7 i det angripna beslutet att om MasterCard-bolagen underlåter att rätta sig efter något av föreläggandena i artiklarna 2–5 kommer ett dagligt vite att tas ut på 3,5 procent av deras sammanlagda globala omsättning per dag.

305 Tribunalen konstaterar att rubriken för MasterCard-bolagens yrkande hänför sig till ogiltigförklaring av artiklarna 3–5 och 7 i det angripna beslutet, men att den enda grund som har åberopats till stöd för yrkandet endast innehåller argument som rör artiklarna 3 och 7 i det angripna beslutet.

306 I artikel 7.1 i förordning nr 1/2003 föreskrivs följande:

”Om kommissionen … konstaterar att bestämmelserna i artikel 81 [EG] eller artikel 82 [EG] har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. För detta ändamål får kommissionen ålägga dem alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen och nödvändig för att få denna att upphöra. Strukturella åtgärder får endast åläggas om det antingen inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande för det berörda företaget än den strukturella åtgärden. …”

307 I artikel 24.1 a i förordning nr 1/2003 anges att ”[k]ommissionen får genom beslut vid vite om upp till 5 % av den genomsnittliga dagsomsättningen under föregående räkenskapsår för varje dags dröjsmål, räknat från den dag som anges i beslutet, ålägga företag eller företagssammanslutningar att … upphöra med en överträdelse av artikel 81 [EG] eller artikel 82 [EG] i enlighet med ett beslut enligt artikel 7 i denna förordning”.

308 Genom den första delgrunden har MasterCard-bolagen gjort gällande att det angripna beslutet saknar motivering när det gäller den åtgärd för att få överträdelsen att upphöra som kommissionen har vidtagit genom artikel 3 i det angripna beslutet och det vite som föreskrivs i artikel 7 i samma beslut.

309 Det ska erinras om att den motivering som krävs i artikel 253 EG ska vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och behörig domstol ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det krävs dock inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens

ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

310 När det gäller invändningen mot att föreläggandet i artikel 3 i det angripna beslutet saknar motivering ska det framhållas att den rättsliga grunden för skyldigheten för MasterCard-bolagen att formellt avskaffa de aktuella multilaterala mellanbanksavgifterna inom sex månader, ändra sammanslutningens nätverksregler och upphäva alla beslut om de multilaterala mellanbanksavgifterna anges närmare i skäl 756 i det angripna beslutet. Motiveringen följer av skälen 759 och 761 i samma beslut, där motiveringen uttrycks som en konsekvens av det föreläggande som har utfärdats mot MasterCard-bolagen om att upphöra med att i praktiken fastställa en lägsta nivå för de multilaterala mellanbanksavgifterna.

311 Tribunalen konstaterar att denna motivering, även om den är kortfattad, har gett MasterCard-bolagen kännedom om skälen till kommissionens föreläggande och möjliggjort för tribunalen att utföra sin laglighetsprövning.

312 Det är visserligen riktigt att det angripna beslutet inte innehåller någon förklaring i frågan huruvida skyldigheten i artikel 3 i det angripna beslutet är proportionerlig, medan en sådan förklaring däremot lämnas vad gäller frågan huruvida skyldigheterna i artiklarna 4 och 5 och vitet i artikel 7 i det angripna beslutet är proportionerliga.

313 Eftersom skyldigheten att ändra sammanslutningens nätverksregler och upphäva alla beslut om de multilaterala mellanbanksavgifterna betraktas som en direkt följd av konstaterandet att de multilaterala mellanbanksavgifterna är rättsstridiga, var kommissionen dock inte skyldig att lämna en uttrycklig motivering på denna punkt.

314 Denna slutsats påverkas inte av MasterCard-bolagens argument att kommissionen enligt dem tidigare hade medgett att de multilaterala mellanbanksavgifterna kunde vara förenliga med artikel 81 EG eller hade godtagit principen att de multilaterala mellanbanksavgifterna kunde uppfylla det första villkoret i artikel 81.3 EG. Eftersom en sådan argumentering saknar relevans för fastställandet av en åtgärd för att få överträdelsen att upphöra var kommissionen inte skyldig att lämna någon motivering på denna punkt. Dessutom, såsom det erinras om ovan i punkt 192, beviljades Visas multilaterala mellanbanksavgifter undantag på grundval av ett ändrat mellanbanksavgiftsförslag som begränsar avgiftsbeloppet till de kostnader som de utgivande bankerna har för att tillhandahålla näringsidkarna vissa speciella fördelar, vilket skiljer Visa-avgifterna från de multilaterala mellanbanksavgifter som det förevarande målet handlar om.

315 Således underkänner tribunalen invändningen om att det saknas en motivering av artikel 3 i det angripna beslutet.

316 När det gäller motiveringen av vitet i artikel 7 i det angripna beslutet framhåller tribunalen att den rättsliga grunden för detta uttryckligen återgavs i skäl 773 i det angripna beslutet. Vitet rättfärdigades i skäl 774 i samma beslut där kommissionen gör gällande att ”den allvarliga risken för att [betalningsorganisationen] MasterCard fortsätter att tillämpa [de multilaterala mellanbanksavgifterna] eller försöker vidta åtgärder som i själva verket innebär ett kringgående av åtgärden för att få överträdelsen att upphöra utgör ett tillräckligt skäl för att anse det vara nödvändigt att ålägga [MasterCard-bolagen] vite för att se till att de rättar sig efter åtgärden”.

317 Valet av vitesbeloppet förklarades i skälen 775 och 776 i det angripna beslutet. Kommissionen hänvisade till behovet av att ”fastställa vitesbeloppet på en sådan nivå att det är ekonomiskt klokare för det berörda företaget att rätta sig efter ett sådant beslut … än att skörda vinsterna av en underlåtenhet att fullgöra sina skyldigheter”. Kommissionen nämnde också betalningsorganisationen MasterCards betydande storlek och dess försök att hindra tillämpningen av konkurrensrätten genom

MasterCards börsintroduktion. På denna grundval beslutade kommissionen att fastställa vitet till 70 procent av maxbeloppet på 5 procent av MasterCards genomsnittliga dagsomsättning under föregående räkenskapsår.

318 Eftersom en sådan motivering har räckt för att ge MasterCard-bolagen kännedom om skälen till vitet i artikel 7 i det angripna beslutet och för att ge tribunalen möjlighet att utföra sin laglighetsprövning, ska också invändningen om att det saknas en motivering av artikel 7 i det angripna beslutet underkännas.

319 Denna slutsats påverkas inte av att en av intervenienterna som argument har anfört att artikel 7 ska ogiltigförklaras på grund av avsaknad av motivering, med motiveringen att kommissionen inte har förklarat varför den betraktade MasterCard som ett självständigt företag när den förelade ett vite grundat på dess omsättning, trots att den samtidigt påstod sig vidta sanktioner mot ett beslut av en företagssammanslutning.

320 Det ska understrykas att artikel 24.1 a i förordning nr 1/2003 särskilt handlar om möjligheten att ålägga företagssammanslutningar vite.

321 Eftersom MasterCard International och MasterCard Europe utgör två fullständigt konsoliderade dotterbolag till MasterCard ska kommissionen inte anses ha gjort något annat än att tillämpa artikel 24.1 a i förordning nr 1/2003 på omständigheterna i det föreliggande fallet när den tog fasta på MasterCards omsättning. Således hade kommissionen ingen skyldighet att lämna någon särskild förklaring till detta.

322 Genom den andra delgrunden har MasterCard-bolagen bestritt att åtgärden för att få överträdelsen att upphöra i artikel 3 i det angripna beslutet är proportionerlig.

323 Det ska erinras om att proportionalitetsprincipen, vilken ingår bland de allmänna principerna i unionsrätten, innebär att unionsinstitutionerna i sitt handlande inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med bestämmelserna i fråga. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen (domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen, REG 1998, s. I-2265, punkt 96, och av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes m.fl., REG 2001, s. I-5689, punkt 81).

324 När det gäller frågan om den aktuella åtgärden är proportionerlig, ska det erinras om att det i artikel 7 i förordning nr 1/2003 uttryckligen anges hur stor räckvidd proportionalitetsprincipen har i de situationer som omfattas av artikelns tillämpningsområde. Enligt denna bestämmelse får kommissionen nämligen ålägga berörda företag alla åtgärder som hänför sig till företagets agerande (beteendemässiga åtgärder) eller strukturella åtgärder som är proportionerliga mot överträdelsen och nödvändiga för att få denna att upphöra (domstolens dom av den 29 juni 2010 i mål C-441/07 P, kommissionen mot Alrosa, REU 2010, s. I-5949, punkt 39).

325 I det förevarande fallet är skyldigheten enligt artikel 3 i det angripna beslutet att formellt avskaffa de multilaterala mellanbanksavgifterna, ändra sammanslutningens nätverksregler och upphäva alla beslut om de multilaterala mellanbanksavgifterna en direkt följd av konstaterandet att de multilaterala mellanbanksavgifterna är rättsstridiga. Således är det inte någon oproportionerlig åtgärd, eftersom den endast får överträdelsen att upphöra.

326 Denna slutsats påverkas inte av att MasterCard-bolagen som argument har anfört att eftersom kommissionen medger att de multilaterala mellanbanksavgifterna eventuellt kan uppfylla kraven i artikel 81.3 EG, ska en åtgärd för att få överträdelsen att upphöra – som innebär ett krav på att de

multilaterala mellanbanksavgifterna avskaffas eller fastställs till noll – anses som oproportionerlig, eftersom åtgärden i stället borde ha inneburit ett fastställande av en metod för att beräkna de multilaterala mellanbanksavgifterna på ett sådant sätt att de blir förenliga med artikel 81 EG.

327 Det ska konstateras att en sådan argumentering bottnar i ett felaktigt resonemang. Det var nämligen i samband med att MasterCard-bolagen sökte styrka att villkoren i artikel 81.3 EG var uppfyllda som det ankom på dem att lägga fram en metod för fastställande av multilaterala mellanbanksavgifter som, i förekommande fall, hade kunnat göra dem förenliga med nämnda bestämmelse. Om det inte har styrkts att nämnda villkor är uppfyllda ankommer det på kommissionen att få den överträdelse av artikel 81 EG som institutionen har konstaterat att upphöra.

328 MasterCard-bolagen har också gjort gällande att sexmånadersfristen är oproportionerlig. De har hänvisat till den omständigheten att Visa i Visa II-beslutet ”fick runt fem år på sig för att införa en mycket mindre radikal förändring, och att ingen genomförandeåtgärd påtvingades”.

329 Tribunalen upprepar det som redan angetts ovan i punkterna 192 och 314, nämligen att Visa II-beslutet antogs i ett sammanhang som inte kan jämföras med det sammanhang i vilket det angripna beslutet har antagits. Under alla omständigheter kan den frist som den som gjort sig skyldig till en överträdelse har beviljats för att få överträdelsen att upphöra inte rimligen jämföras med den period för vilken ett undantag har beviljats.

330 MasterCard-bolagen har vidare inte åberopat några omständigheter som gör att det kan anses vara särskilt svårt för dem att inom sexmånadersfristen rätta sig efter åtgärden för att få överträdelsen att upphöra. Dessutom ska det framhållas att artikel 6 i det angripna beslutet innehöll en möjlighet för dem att från kommissionen begära en förlängning av fristen.

331 Således ska den andra delgrunden underkännas, vilket innebär ett underkännande av grunden som helhet.

332 Mot bakgrund av vad som anförts ovan, ska samtliga yrkanden som framställts inom ramen för förevarande talan ogillas.

Rättegångskostnader

333 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att MasterCard-bolagen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

334 Eftersom MasterCard-bolagen har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas. BRC och EuroCommerce har däremot inte framställt några yrkanden beträffande rättegångskostnaderna, och därför ska de bära sina rättegångskostnader.

335 Eftersom kommissionen inte har yrkat att Banco Santander, HSBC, Bank of Scotland, RBS, Lloyds TSB och MBNA ska ersätta de av kommissionens rättegångskostnader som är hänförliga till deras interventioner, ska nämnda intervenienter endast bära sina rättegångskostnader.

336 Enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna ska de medlemsstater som intervenerar bära sina rättegångskostnader. Följaktligen ska Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) MasterCard, Inc., MasterCard International, Inc., och MasterCard Europe ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.

3) Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.

4) British Retail Consortium och EuroCommerce AISBL ska bära sina rättegångskostnader.

5) Banco Santander, SA, Royal Bank of Scotland plc, HSBC Bank plc, Bank of Scotland plc, Lloyds TSB Bank plc och MBNA Europe Bank Ltd ska bära sina rättegångskostnader.

Dittrich Wiszniewska-Białecka Prek
Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 24 maj 2012.

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten 3

I – Sökandena 3

II – Det administrativa förfarandet som föregick det angripna beslutet 3

Det angripna beslutet 4

I – Fyrpartssystem för kortbetalning och mellanbanksavgifter 4

II – Definitionen av den relevanta marknaden 4

III – Tillämpning av artikel 81.1 EG 5

A – Beslut av företagssammanslutningar 5

B – Konkurrensbegränsning 5

C – Bedömning av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga för att MasterCard-systemet ska fungera 6

IV – Tillämpning av artikel 81.3 EG 7

V – Artikeldelen 7

Förfarandet 8

Parternas yrkanden 9

Rättslig bedömning 10

I – MasterCard-bolagens begäran om åtgärder för processledning 10

II – Upptagande till sakprövning av vissa bilagor till inlagor från parterna 10

III – Prövning i sak 11

A – Yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet 11

1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 81.1 EG genom att kommissionen felaktigt drog slutsatsen att fastställandet av de multilaterala mellanbanksavgifterna utgjorde en konkurrensbegränsning 11

a) Delgrunden enligt vilken kommissionen gjorde en felaktig bedömning av om de multilaterala mellanbanksavgifterna var objektivt nödvändiga 12

Invändningen om att felaktiga rättsliga kriterier har tillämpats 13

Invändningen om en oriktig bedömning av huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga 14

– Frågan huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga såsom standardmetod för avveckling av transaktioner 14

– Frågan huruvida de multilaterala mellanbanksavgifterna är objektivt nödvändiga såsom en mekanism för överföring av tillgångar till de utgivande bankerna 15

b) Delgrunden enligt vilken kommissionen gjorde en oriktig bedömning vid analysen av de multilaterala mellanbanksavgifternas effekter på konkurrensen 18

Invändningar mot bedömningen av den konkurrenssituation som skulle föreligga om de multilaterala mellanbanksavgifterna inte fanns 19

Invändningar mot undersökningen av produktmarknaden 25

Invändning mot undersökningen av den ekonomiska bevisning som getts in under det administrativa förfarandet 27

Invändning mot motiveringen av det angripna beslutet 28

2. Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 81.3 EG 28

3. Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 81.1 EG genom att betalningsorganisationen MasterCard felaktigt kvalificerats som företagssammanslutning 34

4. Den fjärde grunden: Det angripna beslutet är behäftat med fel vad gäller handläggningen och bedömningen av de faktiska omständigheterna 37

a) Den första delgrunden: Åsidosättande av MasterCard-bolagens rätt till försvar 38

Den första invändningen: Fel att använda sig av en skrivelse med redogörelse för de faktiska omständigheterna 38

Den andra invändningen: Skrivelsen med redogörelsen för de faktiska omständigheterna brister i klarhet 40

Den tredje invändningen: Nya uppgifter i det angripna beslutet 41

Den fjärde invändningen: Otillräcklig information till vissa nationella konkurrensmyndigheter 42

b) Den andra delgrunden: Bedömning grundad på felaktiga faktiska omständigheter 42

B – Yrkandet om ogiltigförklaring av artiklarna 3–5 och 7 i det angripna beslutet 43

Rättegångskostnader 46