



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. MENGozZI
van 30 januari 2014¹

Zaak C-382/12 P

**MasterCard e.a.
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededinging — Artikel 81 EG — Betalingssysteem met debetkaarten, kredietkaarten met uitgestelde betaling en kredietkaarten — Multilaterale fall-back-afwikkelingsvergoedingen — Besluiten van een ondernemersvereniging — Restricties die tot gevolg hebben de mededinging te beperken — Begrip ‚nevenrestrictie‘ — Objectieve noodzakelijkheid — Overeenkomsten betreffende door MasterCard op grensoverschrijdende betaalkaarttransacties toegepaste multilaterale fall-back-afwikkelingsvergoedingen binnen de EER — Voorwaarden voor vrijstelling op grond van artikel 81, lid 3, EG — Procedure voor het Gerecht — Voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de bijlagen bij het verzoekschrift”

I – Inleiding

1. De onderhavige zaak betreft een hogere voorziening van de holding MasterCard Incorporated en haar twee dochterondernemingen, hierna respectievelijk: „MasterCard Inc.”, „MasterCard International Inc.” en „MasterCard Europe”, en, tezamen: „rekwiranten in de principale hogere voorziening”, alsmede twee incidentele hogere voorzieningen van The Royal Bank of Scotland plc (hierna: „RBS”), Lloyds TSB Bank plc (hierna: „LTSB”) en Bank of Scotland plc (hierna: „BOS”) tegen het arrest van 24 mei 2012, MasterCard e.a./Commissie² (hierna: „bestreden arrest”), waarin het Gerecht het beroep van verzoeksters tot nietigverklaring van beschikking C(2007) 6474 definitief van 19 december 2007 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Zaken COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38.580 – Commercial Cards) (hierna: „litigieuze beschikking”) verwerpt.

2. De zaak draait om de door de rekwiranten in de principale hogere voorziening vertegenwoordigde betalingsorganisatie (hierna: „betalingsorganisatie MasterCard” of „MasterCard”). Tot 25 mei 2006 was deze organisatie in het bezit van en werd zij beheerd door de aangesloten bankinstellingen. Op die datum, toen de administratieve procedure die heeft geleid tot de litigieuze beschikking gaande was, verkreeg MasterCard Inc. een notering aan de beurs van New York (Verenigde Staten) (hierna: „beursgang”), waardoor haar structuur en bestuur zijn gewijzigd.

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

² — T-111/08.

3. MasterCard beheert een zogenoemd „open” betaalkaartsysteem (ook wel: „vierpartijenregeling”). In tegenstelling tot een gesloten systeem (of „driepartijenregeling”), zoals dat van American Express, waarin de eigenaar van het systeem zelf overeenkomsten sluit met kaarthouders en handelaren, kent een open systeem, waarbij verschillende financiële instellingen zich onder een gemeenschappelijk kaartmerk kunnen aansluiten, drie interactieniveaus: ten eerste tussen de eigenaar van het systeem en de aangesloten banken, ten tweede tussen de uitgevende banken (of emittenten)³ en de acquiringbanken (of acquirers)⁴ en ten derde tussen deze banken en hun respectieve klanten, te weten de kaarthouders en de handelaren.⁵ In een dergelijk systeem is de eigenaar ervan niet alleen houder van het logo van de betaalkaarten en zorgt hij voor de promotie daarvan, maar coördineert hij in het algemeen ook het handelen van de aangesloten banken en kan hij optreden als netwerkexploitant door te zorgen voor de computerinfrastructuur voor het doorgeven van de elektronische berichten waarmee de transacties worden afgesloten. Hij factureert aan de banken de vergoedingen en bijdragen voor het gebruik van het systeem, en, wanneer hij optreedt als netwerkexploitant, de kosten van de behandeling van betalingen per kaart.⁶

4. Deze zaak betreft meer in het bijzonder de besluiten van MasterCard tot vaststelling van de multilaterale fall-back-afwikkelingsvergoedingen die binnen de Europese Economische Ruimte (EER) of de eurozone standaard van toepassing zijn, namelijk wanneer er bilateraal tussen de uitgevende bank en de acquiringbank, dan wel collectief op nationaal niveau, geen afwikkelingsvergoedingen zijn vastgelegd (hierna: „de MFA’s”).⁷ Deze vergoedingen worden door de acquiringbanken betaald aan de uitgevende banken voor iedere transactie tussen lidstaten van de EER of de eurozone met betaalkaarten van Mastercard of Maestro⁸ (hierna samen: „MasterCard-kaarten”). In beginsel zijn de MFA’s volledig inbegrepen in de door de acquiringbanken aan de handelaren berekende kosten [„merchant service charge” of vergoeding voor aan de handelaar verleende diensten (hierna: „MSC’s”)]⁹ en worden op deze wijze op de handelaren afgewenteld als gemeenschappelijke productiekosten.¹⁰ Volgens de stelling van rekwiranten in de principale hogere voorziening in de administratieve procedure, die door de Commissie is aanvaard als basis van haar beoordeling, vormen de MFA’s een mechanisme om de vraag van enerzijds de kaarthouder en anderzijds de handelaar in evenwicht te brengen teneinde kosten van de levering van diensten te verdelen tussen emittenten en acquirers van het systeem.¹¹

5. Tot 25 mei 2006 werden de MFA’s vastgesteld door de regionale raad van bestuur voor Europa van MasterCard (hierna: „Europese raad van bestuur”), waarin de vertegenwoordigers van banken in de gehele EER zitting hadden. Na die datum bleef alleen de wereldwijde raad van bestuur van MasterCard, in zijn nieuwe samenstelling, bevoegd tot het vaststellen van besluiten inzake de MFA’s.

6. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de besluiten tot vaststelling van de MFA’s, die zij heeft aangemerkt als besluiten van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, de mededinging tussen acquiringbanken beperken in strijd met dit artikel en met artikel 53 EER-Overeenkomst, omdat zij in feite neerkomen op het vastleggen van een

3 — De kredietinstellingen die de kaart ter beschikking van de kaarthouder stellen en hem toestaan deze te gebruiken.

4 — De kredietinstellingen die een contractuele relatie hebben met een handelaar met het oog op het accepteren van de kaart bij een verkooppunt. De uitgevende banken dragen de gegevens betreffende kaarthouder en kaart (authenticatie, autorisatie) over aan de acquiringbanken en zorgen voor de overmaking van gelden via de computerinfrastructuur van het netwerk, terwijl de acquiringbanken de transacties naar het computercentrum van de emittenten zenden, de gegevens voor autorisatie doorsturen en deelnemen aan de clearing en de verwerking van de transactie met de terminals van de verkooppunten van de handelaren.

5 — Zie punten 234-238 en 242.

6 — Zie punten 239-241 van de litigieuze beschikking.

7 — Zie punten 118 e.v. van de litigieuze beschikking.

8 — Meer in het bijzonder gaat het om consumentenkredietkaarten en consumentenkredietkaarten met uitgestelde betaling, voorzien van het MasterCardlogo, en debetkaarten met het MasterCard- en Maestrologo (zie artikel 1 van de litigieuze beschikking).

9 — Onder deze kosten vallen de levering van betaalterminals en andere technische en financiële diensten. De kosten bestaan uit een percentage van de transactiewaarde of een forfaitaire provisie (zie punten 246 en 247 van de litigieuze beschikking).

10 — Zie punt 248 van de litigieuze beschikking.

11 — Zie punten 146-155 van de litigieuze beschikking, in het bijzonder punt 153.

minimumtarief voor de MSC's.¹² Dientengevolge heeft de Commissie de betalingsorganisatie MasterCard en de rekwiranten in de principale hogere voorziening, op straffe van een dagelijkse dwangsom¹³, gelast binnen zes maanden, te weten vóór 21 juni 2008, een einde te maken aan de inbreuk door de MFA's af te schaffen¹⁴, de netwerkregels te wijzigen, alle besluiten betreffende MSC's in te trekken¹⁵ en alle genomen maatregelen mee te delen aan de financiële instellingen binnen het netwerk van MasterCard.¹⁶

7. Voor het Gerecht hebben rekwiranten in de principale hogere voorziening nietigverklaring gevorderd van, primair, de litigieuze beschikking in haar geheel, subsidiair van de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van deze beschikking, waarin de Commissie de bovengenoemde corrigerende maatregelen en de dagelijkse dwangsom heeft vastgesteld. Zes financiële instellingen, waaronder de drie verzoeksters in de incidentele hogere voorzieningen, hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van deze vorderingen, terwijl het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en twee organisaties, één die detailhandelaren in het Verenigd Koninkrijk vertegenwoordigt en één die detailhandel, groothandel en internationale handel in de Europese Unie vertegenwoordigt, te weten respectievelijk British Retail Consortium (hierna: „BRC”) en Eurocommerce, hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van de vorderingen van de Commissie tot verwerping van het beroep. Het Gerecht heeft alle ter ondersteuning van de primaire en subsidiaire vorderingen aangevoerde middelen onderzocht en enkele bijlagen bij het verzoekschrift niet-ontvankelijk verklaard, en vervolgens het beroep verworpen en rekwiranten in de kosten verwezen.

8. Op 12 juli 2008 heeft MasterCard de grensoverschrijdende MFA's tijdelijk stopgezet, terwijl tegelijk de besprekingen met de Commissie werden voortgezet. Deze besprekingen hebben uiteindelijk geleid tot toezeggingen van MasterCard, onder meer om een nieuwe berekeningsmethode voor de MFA's vast te stellen, waarmee de hoogte ervan substantieel verlaagd zou worden in verhouding tot de hoogte die in strijd werd geacht met de mededingingsregels van het Verdrag.¹⁷

9. Bij op 4 augustus 2012 ter griffie van het Hof neergelegde akte hebben MasterCard International Inc. en MasterCard Europe in deze procedure de principale hogere voorziening ingesteld. Aan hun zijde hebben naast RBS, LTSB en BOS, die zelf ook incidenteel hogere voorziening hebben ingesteld, geïntervenieerd MBNA Europe Bank Ltd. (hierna: „MBNA”) en HSBC Bank PLC (hierna: „HSBC”). BRC, Eurocommerce en het Verenigd Koninkrijk hebben geïntervenieerd ter ondersteuning van de vorderingen van de Commissie tot verwerping van de principale hogere voorziening.

12 — Zie artikel 1 van de litigieuze beschikking. Ik wijs erop dat de Commissie zich reeds heeft beziggehouden met bancaire afwikkelingsvergoedingen in het kader van betaalkaartsystemen, in het bijzonder in de beschikking van 24 juli 2002 (COMP/D1/29.373, Visa, PB L 318, blz. 17), waarin de intraregionale afwikkelingsvergoedingen van Visa voor een periode van vijf jaar zijn vrijgesteld onder bepaalde voorwaarden, waarvan de belangrijkste is dat deze vergoedingen worden gekoppeld aan de hoogte van bepaalde kosten en daarop worden gefixeerd als maximum. Een tweede beschikking betreffende Visa is door de Commissie vastgesteld op 8 januari 2010 (COMP/D-1/39.398, Visa MIF), en hierin zijn de toezeggingen van Visa, waaronder een bovengrens voor de interregionale afwikkelingsvergoedingen, verbindend verklaard. In januari 2012 heeft de Commissie het Groenboek – Naar een geïntegreerde Europese markt voor kaart-, internet- en mobiele betalingen, COM(2011) 941, gepubliceerd en een openbare raadpleging georganiseerd die eveneens betrekking had op bepaalde aspecten inzake bancaire afwikkelingsvergoedingen in het kader van betaalkaartsystemen.

13 — Zie artikel 7 van de litigieuze beschikking.

14 — En de fall-back-afwikkelingsvergoedingen van de SEPA (Single Euro Payments Area)-eurozone.

15 — Alsmede de fall-back-afwikkelingsvergoedingen van de SEPA/eurozone. Zie de artikelen 2 en 3 van de litigieuze beschikking.

16 — Zie artikel 5 van de litigieuze beschikking. Dit artikel verplicht MasterCard ook de informatie in bijlage 5 bij deze beschikking gedurende bepaalde tijd op zijn website toegankelijk te maken.

17 — Zie het perscommuniqué van de Commissie van 1 april 2009 (IP/09/515). De door rekwiranten aangegane verplichtingen zijn genoemd in punt 60 van het bestreden arrest.

II – Hogere voorzieningen

A – Ontvankelijkheid

10. De Commissie twijfelt aan de ontvankelijkheid van de incidentele hogere voorzieningen, omdat zij niet in overeenstemming zouden zijn met de vormvereisten van artikel 176, lid 2, van het op 1 november 2012 in werking getreden Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie. Deze bepaling, die wijzigd het oude Reglement heeft gewijzigd, schrijft voor dat de incidentele hogere voorziening bij afzonderlijke, van de memorie van antwoord onderscheiden akte wordt ingesteld.

11. In casu zijn de incidentele hogere voorzieningen van RBS en van LTSB en BOS op 31 oktober 2012 per e-mail toegestuurd en zijn de originele akten door de griffie van het Hof ontvangen op respectievelijk 2 en 5 november 2012. Artikel 57, lid 7, van het Reglement voor de procesvoering nu bepaalt: „de dag en het uur waarop een afschrift van het ondertekende origineel van een processtuk [...] per telefax of door middel van enig ander technisch communicatiemiddel waarover het Hof beschikt, ter griffie binnenkomt, [worden] voor de naleving van de procestermijnen in aanmerking genomen, mits het ondertekende origineel van het stuk, vergezeld van de bijlagen en afschriften bedoeld in lid 2, uiterlijk tien dagen later ter griffie wordt neergelegd”. Aangezien de incidentele hogere voorzieningen ter griffie van het Hof zijn ingediend vóór 1 november 2012, is de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid feitelijk en juridisch ongegrond en moet derhalve worden verworpen.

12. De Commissie voert eveneens een serie specifieke ontvankelijkheids grieven aan tegen het merendeel van de middelen en argumenten die zijn aangevoerd tot staving van zowel de principale hogere voorziening als de incidentele hogere voorzieningen. Deze grieven zullen in het kader van het onderzoek van deze verschillende middelen en argumenten afzonderlijk worden onderzocht.

B – Ten gronde

13. MasterCard Inc., MasterCard International Inc. en MasterCard Europe voeren tot staving van hun hogere voorziening drie middelen aan. De eerste twee zijn ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting en/of een ontoereikende motivering in de gedeelten van het bestreden arrest waarin het Gerecht respectievelijk de objectieve noodzakelijkheid van de gestelde mededingingsbeperking en het ondernemersverenigingskarakter van MasterCard heeft onderzocht. Met het derde middel betogen zij dat het Gerecht verschillende bijlagen bij het verzoekschrift in eerste aanleg ten onrechte als niet-ontvankelijk terzijde heeft geschoven.

14. Tot staving van haar incidentele hogere voorziening voert RBS één middel aan, dat ontleend is aan een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht bij de beoordeling van het bestaan van een beperking van de mededinging. De gemeenschappelijke incidentele hogere voorziening van LTSB en van BOS (hierna tezamen: „LBG”) berust op twee middelen. Het eerste is, net als het eerste aangevoerde middel van de incidentele hogere voorziening van RBS, ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht bij de beoordeling van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging. Met hun tweede middel klagen LBG over een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht bij zijn analyse van artikel 81, lid 3, EG. Zowel RBS als LBG ondersteunen het eerste en het tweede middel van de principale hogere voorziening.

15. Met uitzondering van het derde middel van de principale hogere voorziening kunnen de verschillende middelen en argumenten tot staving van zowel de principale hogere voorziening als de incidentele hogere voorzieningen worden gerangschikt rond de volgende vier thema's: de kwalificatie van MasterCard als ondernemersvereniging, het bestaan van beperkende gevolgen voor de mededinging, de noodzakelijkheid van de restrictie en de toepassing van artikel 81, lid 3, EG.

16. Alvorens in te gaan op elk van deze thema's, wil ik het derde middel van de principale hogere voorziening bespreken, dat in wezen erop gericht is aan te tonen dat het Gerecht zijn beoordeling heeft gebaseerd op een onvolledig bewijskader doordat het bepaalde bijlagen bij het verzoekschrift op onrechtmatige wijze terzijde heeft geschoven.

1. Het derde middel van de principale hogere voorziening, inhoudende dat het Gerecht verschillende bijlagen bij het verzoekschrift in eerste aanleg ten onrechte als niet-ontvankelijk terzijde heeft geschoven

17. Rekwiranten in de principale hogere voorziening betogen dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bepaalde door hen overgelegde bijlagen niet-ontvankelijk te verklaren. Ten eerste betwisten ze het bestaan van een rechtsgrondslag voor de in het bestreden arrest gevolgde opvatting. De bepalingen waar het Gerecht in dit arrest naar verwijst, vereisen eenvoudigweg dat de verzoeker in het verzoekschrift het voorwerp van het geschil vermeldt en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen geeft. Daarentegen is er geen rechtsgrondslag die een verzoeker verhindert zijn middelen te staven door argumenten in de bijlagen op te nemen, mits deze in het verzoekschrift helder zijn samengevat. De te restrictieve benadering van het Gerecht maakt dus inbreuk op zowel het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming, dat wordt gewaarborgd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) en artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”), als het evenredigheidsbeginsel. Ten tweede betwisten de rekwiranten in de principale hogere voorziening de wijze waarop het Gerecht bepaalde bijlagen in concreto heeft behandeld.

18. Ten aanzien van, in de eerste plaats, de grief betreffende de rechtsgrondslag voor de behandeling van de bijlagen heeft het Gerecht zich in de punten 68 en 69 van het bestreden arrest gebaseerd op artikel 21 van het Statuut van het Hof en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Volgens deze bepalingen moet elk verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summierere uiteenzetting van de aangevoerde middelen bevatten.

19. Het Hof heeft reeds aangegeven dat deze bepalingen aldus dienen te worden uitgelegd dat het voor de ontvankelijkheid van een beroep noodzakelijk is dat de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, op zijn minst summier, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf blijken, en dat de tekst van het verzoekschrift weliswaar op specifieke punten mag worden onderbouwd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages in bijgevoegde stukken, maar dat een algemene verwijzing naar andere stukken, ook al zijn die als bijlage bij het verzoekschrift gevoegd, het ontbreken van de wezenlijke bestanddelen van het juridische betoog, die volgens de bepalingen genoemd in het voorgaande punt in het verzoekschrift moeten worden vermeld, niet kan goedmaken. In diezelfde context heeft het Hof gepreciseerd dat soortgelijke eisen gelden voor een argument dat wordt aangevoerd ter ondersteuning van een middel.¹⁸ Deze uitlegging is gebaseerd op het feit dat bijlagen slechts als bewijs- en hulpmiddel dienen, wat impliceert dat, voor zover zij juridische omstandigheden bevatten die de grondslag vormen voor bepaalde middelen in het verzoekschrift, deze omstandigheden moeten voorkomen in de tekst zelf van het verzoekschrift of hierin althans voldoende moeten worden aangegeven. In het licht van deze functie van de bijlagen is het niet de taak van het Gerecht om in de bijlagen de middelen te zoeken en te ontdekken die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen.¹⁹

18 — Arrest van 13 juni 2013, Versalis/Commissie (C-511/11 P, punt 115).

19 — Arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 97 en 99).

20. Een dergelijke uitlegging van artikel 21 van het Statuut van het Hof en van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is op geen enkele wijze strijdig met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) over de uitlegging van artikel 6, lid 1, EVRM, waar overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest naar moet worden verwezen, volgt immers dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is. De uitoefening van dat recht is onderworpen aan beperkingen, met name wat de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep²⁰ en derhalve, a fortiori, van een middel, een argument of een bijlage bij de memories van partijen betreft. Die beperkingen zijn volgens dat Hof evenwel enkel toelaatbaar indien zij een legitiem doel nastreven en evenredig zijn aan dat doel en de aan de particulier geboden toegang tot de rechter niet zodanig beperken dat dit recht in zijn kern wordt aangetast.²¹ Bovendien moeten de betrokkenen weliswaar ervan uitgaan dat die beperkingen worden toegepast, maar de toepassing ervan mag de justitiabelen niet beletten een ter beschikking staand rechtsmiddel aan te wenden.²²

21. Rekwiranten in de principale hogere voorziening erkennen zelf dat het in artikel 21 van het Statuut van het Hof en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht nagestreefde doel, te weten het garanderen van rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling, rechtmatig is. Bovendien lijkt een benadering die vereist dat de verzoekers in het verzoekschrift op zijn minst summier de feitelijke en juridische omstandigheden uiteenzetten waarop de aangevoerde middelen en argumenten berusten, niet onevenredig met deze doelen en evenmin te kunnen leiden tot een aantasting van de kern van het recht op toegang tot de rechter.

22. Uit het voorgaande volgt dat het Gerecht, door in het bestreden arrest, met name in de punten 68 en 69 daarvan, zijn wijze van behandeling van de bijlagen bij de stukken van de partijen te onderbouwen met de in punt 20 hierboven genoemde bepalingen zoals deze door het Hof zijn uitgelegd, op geen enkele wijze blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

23. In de tweede plaats dient de concrete toepassing te worden onderzocht die het Gerecht aan deze bepalingen heeft gegeven in het geval van de bijlagen waarvan de behandeling door de rekwiranten in de principale hogere voorziening wordt betwist. Hun argumenten betreffen in het bijzonder de beoordeling in de punten 183 tot en met 190 van het bestreden arrest, en met name de behandeling van de bijlagen A.13, A.14 en A.15, alsmede de beoordeling in de punten 275 tot en met 282 van het bestreden arrest, en met name de behandeling van bijlage A.20. Rekwiranten in de principale hogere voorziening betogen dat zij de middelen in het verzoekschrift hebben samengevat en dat zowel het Gerecht als de Commissie de door hen aangevoerde argumenten hebben begrepen. Bovendien zouden de bijlagen enkel feitelijke gegevens bevatten. Nu de bijlagen uitsluitend feiten bevatten, zouden deze niet uiteengezet hoeven worden in de tekst van het verzoekschrift. Het Gerecht had derhalve moeten concluderen dat het verzoekschrift wat betreft de aangevoerde middelen en argumenten voldoende nauwkeurig was en dat de genoemde bijlagen dientengevolge ontvankelijk waren.

24. Laat ik beginnen met de behandeling van de bijlagen A.13, A.14 en A.15. Bij lezing van het door de rekwiranten in de principale hogere voorziening ingediende verzoekschrift blijkt dat het Gerecht zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat zij hun grief – betreffende het onderzoek van het economische bewijs dat in de loop van de administratieve procedure is overgelegd – zo beknopt uiteengezet hebben dat het niet mogelijk was in de tekst van het verzoekschrift argumenten te vinden

20 — Zie arrest van 28 februari 2013, *Heroverweging Arango Jaramillo e.a./EIB* (C-334/12 RX-II, punt 43) en beschikking van 16 oktober 2010, *Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie* (C-73/10 P, Jurispr. blz. I-11535, punt 53), met verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM.

21 — Zie in die zin onder meer punt 83 van mijn conclusie in de zaak *Gestoras Pro Amnistía e.a./Raad* (arrest van 27 februari 2007, C-354/04 P, Jurispr. blz. I-1579) met andere verwijzingen naar de rechtspraak van het EHRM. Zie ook beschikking *Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie*, reeds aangehaald, punt 53, en punt 73 van de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 september 2013, *PPG en SNF/ECHA* (C-625/11 P).

22 — Zie arrest *Heroverweging Arango Jaramillo e.a./EIB*, punt 43, en punt 73 van de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak *PPG en SNF/ECHA*, beide reeds aangehaald.

die deze konden ondersteunen. De argumenten tot staving van de grief staan in hun geheel in de genoemde bijlagen, en moeten daarin worden gezocht. Dit volgt overigens duidelijk uit de punten 185 en 186 van het bestreden arrest. Hetzelfde geldt voor de behandeling van de in punt 280 van het bestreden arrest genoemde bijlage A.20. Wat deze bijlage betreft moet immers worden vastgesteld dat rekwiranten in de principale hogere voorziening zich in hun verzoekschrift bij het Gerecht hebben beperkt tot een algemene verwijzing naar deze bijlage in een voetnoot, zonder enige specificatie. Daarom ben ik van oordeel dat het Gerecht bij de behandeling van de genoemde bijlagen geen enkele fout heeft gemaakt.

25. Wat het argument betreft dat, wanneer de bijlagen uitsluitend feitelijke gegevens bevatten, deze gegevens niet zouden hoeven te worden genoemd in de tekst van het verzoekschrift, memoreer ik dat volgens de in punt 19 hierboven aangehaalde rechtspraak de wezenlijke *feitelijke* en *juridische* omstandigheden waarop het beroep, een middel of ook een argument is gebaseerd, niet alleen summier in het verzoekschrift uiteengezet moeten worden, maar coherent en begrijpelijk uit de tekst van het verzoekschrift zelf moeten blijken, wat, zoals blijkt uit punten 24 hierboven, in casu niet het geval is.

26. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat het middel dat ontleend is aan onjuiste rechtsopvattingen betreffende de ontvankelijkheid van bepaalde bijlagen moet worden afgewezen.

2. Ondernemersverenigingskarakter van MasterCard (tweede middel van de principale hogere voorziening)

a) Bestreden arrest

27. Het Gerecht is in de punten 241 tot en met 260 van het bestreden arrest ingegaan op het punt van de kwalificatie van MasterCard en van de besluiten inzake de MFA's in het licht van artikel 81, lid 1, EG. Het heeft om te beginnen de strekking van deze vraag afgebakend als inhoudend of „ondanks de wijzigingen die als gevolg van de beursgang zijn aangebracht, de betalingsorganisatie MasterCard nog steeds een geïnstitutionaliseerde vorm van afstemming van het gedrag van de banken [was]” (punt 244) en de MFA's de uitwerking van deze coördinatie waren.²³ Vervolgens heeft het Gerecht enerzijds in de punten 245 tot en met 247 vastgesteld dat „de banken na de beursgang collectief een beslissingbevoegdheid zijn blijven uitoefenen ten aanzien van essentiële aspecten van de werking van de betalingsorganisatie MasterCard, zowel op nationaal als op Europees niveau” en dat het behoud van die beslissingsbevoegdheid „de uit de beursgang te trekken consequenties eerder grotendeels relatieve[de]”. Anderzijds heeft het in de punten 250 tot en met 258 geoordeeld dat de Commissie vanwege het bestaan van gemeenschappelijke belangen tussen MasterCard en de banken bij de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau terecht kon menen dat „de MFA's de belangen van de banken weerspiegelden, zelfs indien zij MasterCard na de beursgang niet langer controleerden”. Het Gerecht heeft derhalve, gelet op dezelfde aspecten van continuïteit als waarop de Commissie zich had gebaseerd, de conclusie getrokken dat de Commissie terecht heeft vastgehouden aan de kwalificatie van MasterCard als ondernemersvereniging en aan die van de besluiten van de organen van MasterCard inzake de MFA's als besluiten van een ondernemersvereniging.

23 — De Commissie heeft op basis van een reeks factoren – onder meer de regels voor het functioneren van de organisatie, de betrekkingen tussen haar leidinggevende organen en de aangesloten banken, het systeem van aansluiting op het netwerk, alsmede de aard van de besluiten inzake de MFA's en het bindende karakter daarvan voor de aangesloten banken – in de litigieuze beschikking vastgesteld dat MasterCard tot 25 mei 2006, de datum van de beursgang, een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG was (punten 344-349) en dat de besluiten van MasterCard inzake de MFA's tot aan die datum „besluiten van een ondernemersvereniging” in de zin van deze bepaling waren (punt 371).

b) Hogere voorziening

28. Rekwiranten in de principale hogere voorziening, ondersteund door RBS, LBG, HSBC en MBNA, betogen dat de conclusie van het Gerecht dat MasterCard een ondernemersvereniging is wanneer zij de MFA's vaststelt, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en/of ontoereikend is gemotiveerd. Zij stellen enerzijds dat de eerste in het bestreden arrest hiervoor aangegeven reden, te weten dat voor de banken na de beursgang beslissingbevoegdheden binnen de betalingsorganisatie MasterCard zijn overgebleven, niet relevant is omdat deze bevoegdheid wordt uitgeoefend ten aanzien van andere punten dan de vaststelling van de MFA's en het Gerecht in punt 245 van het bestreden arrest zelf heeft erkend dat de besluiten over deze vergoedingen „[werden] vastgesteld door de organen van de betalingsorganisatie MasterCard en dat de banken niet aan dit besluitvormingsproces deeln[a]men”. Anderzijds betogen zij dat de tweede reden waarop het Gerecht zich baseert, te weten de gestelde gemeenschappelijke belangen tussen de betalingsorganisatie MasterCard en de banken bij de vaststelling van de MFA's, niet relevant is in het licht van de rechtspraak en evenmin volstaat om het bestaan van een ondernemersvereniging aan te tonen, omdat dit met name niet valt af te leiden uit het enkele feit dat een onderneming bij haar beslissingen rekening kan houden met de belangen van haar klanten. Bovendien komt de redenering van het Gerecht erop neer dat de vaststelling van de MFA's op een hoog niveau ook in het belang van de acquiringbanken is, ook al brengt dit een verhoging van hun kosten met zich en daarmee een potentiële verlaging van hun winst.

c) Analyse

29. Het punt van de kwalificatie van MasterCard en haar besluiten vanuit het oogpunt van artikel 81, lid 1, EG na de beursgang van MasterCard Inc. bevindt zich sinds de administratieve procedure in een dialectische relatie van breuk en continuïteit. Terwijl de rekwiranten in de principale hogere voorziening – die de kwalificatie van MasterCard als ondernemersvereniging voor de periode voorafgaand aan 25 mei 2006 niet hebben betwist – het belang van de veranderingen in zowel de structuur als het beheer van de organisatie na deze datum hebben benadrukt, hebben zowel de Commissie als het Gerecht vastgesteld dat haar wijze van functioneren zowel voor als na de beursgang wezenlijk identiek is en geconcludeerd dat de beursgang noch het eerder bestaande evenwicht tussen de wederzijdse belangen van de verschillende deelnemers aan het stelsel noch de economische werkelijkheid van de MFA's heeft veranderd.

30. Ook al spelen bij de hier besproken grieven in deze context verschillende kritieken op de waardering van de feiten door het Gerecht mee, werpen, zij niettemin, anders dan de Commissie stelt, een rechtsvraag op die de uitlegging en de toepassing in casu van het begrip ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG betreft.

i) Vermeende miskennis van de rechtspraak van het Hof over het begrip ondernemersvereniging

31. Rekwiranten in de principale hogere voorziening maken het Gerecht allereerst het verwijt dat het is afgeweken van de rechtspraak van het Hof over dit begrip. Zij menen dat volgens deze rechtspraak een entiteit uitsluitend als ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG kan worden gekwalificeerd wanneer zij is samengesteld uit een meerderheid van vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen en het haar, gelet op de toepasselijke nationale wetgeving, vrij staat besluiten te nemen die uitsluitend in het belang zijn van deze ondernemingen.

32. Ik wil meteen opmerken dat een dergelijke uitlegging mij uiterst restrictief lijkt. Ook al is deze uitlegging inderdaad gebaseerd op twee uit de rechtspraak van het Hof af te leiden criteria verband houdend met de samenstelling en het wettelijk kader van de activiteiten van de betrokken entiteit, draagt zij niettemin een strikte toepassing van deze criteria uit, die moeilijk te verenigen is met zowel het doel van artikel 81 EG iedere vorm van samenwerking tussen ondernemingen te omvatten die strijdig is met de doelstellingen van dit artikel, als de ruime opvatting van het begrip ondernemersvereniging in de rechtspraak.

33. Zoals het Gerecht terecht heeft gememoreerd in het bestreden arrest²⁴, volgt uit de rechtspraak, algemeen gezegd, dat de begrippen „overeenkomst”, „onderling afgestemde feitelijke gedraging” en „besluit van een ondernemersvereniging” in artikel 81, lid 1, EG iedere vorm van collusie tussen ondernemingen beogen te omvatten die, ongeacht de vorm waarin deze zich manifesteert, gericht is op het veroorzaken van de in deze bepaling verboden gevolgen.²⁵ Derhalve kunnen ondernemingen niet ontsnappen aan het verbod van deze bepaling enkel en alleen omdat zij hun marktgedrag coördineren via een collectieve structuur of een gemeenschappelijk orgaan of omdat zij een dergelijke coördinatie overlaten aan een onafhankelijk orgaan.²⁶ In het bijzonder het begrip ondernemersvereniging is ruim uitgelegd als ieder lichaam, zelfs wanneer het geen rechtspersoonlijkheid bezit of geen winstoogmerk heeft²⁷, en los van zowel de juridische kwalificatie die in het nationale recht aan het lichaam wordt gegeven²⁸ als het feit dat zijn leden natuurlijke personen of rechtspersonen zijn, of ook zelf ondernemersverenigingen.²⁹ Een ruime uitlegging is ook gehanteerd ten aanzien van het begrip besluit van een ondernemersvereniging. Uit de rechtspraak volgt namelijk dat dit begrip iedere handeling omvat, zelfs indien zij niet bindend is³⁰, die ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, een getrouwe weergave is van de wil van de vereniging om het gedrag van haar leden te coördineren.³¹

34. In tegenstelling tot wat rekwiranten in de principale hogere voorziening stellen, kan uit de door hen aangehaalde rechtspraak, en in het bijzonder het arrest Wouters³², niet worden afgeleid dat de twee genoemde criteria toepassing zouden vinden ongeacht om welk lichaam het gaat. De zaak die heeft geleid tot dit arrest betrof, net als de andere zaken waarnaar de rekwiranten in de principale hogere voorziening verwijzen³³, geen particuliere lichamen van zuiver commerciële aard, zoals MasterCard, maar openbare lichamen voor beroep en bedrijf, die vaak krachtens de wet regulerende bevoegdheden toegekend gekregen hebben en naast de gemeenschappelijke belangen van hun leden

24 — Zie punten 241 en 242.

25 — Zie arresten Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 131); 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punten 31 en 32), en 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, Jurispr. blz. I-4529, punt 23); zie ook arrest Gerecht van 16 juni 2011, FMC Foret/Commissie (T-191/06, Jurispr. blz. II-2959, punt 102).

26 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger in de reeds aangehaalde zaak Wouters, punt 62. Uit de rechtspraak volgt eveneens dat het de Commissie in het geval van een dergelijk gesloten systeem niet kan worden verboden een mededingingsregeling afwisselend te kwalificeren als „overeenkomst”, „onderling afgestemde feitelijke gedraging” en „besluit van een ondernemersvereniging” (zie bijvoorbeeld arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94-T-307/94, T-313/94-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 697, en laatstelijk arrest van 5 december 2013, Solvay Solexis/Commissie, C-449/11 P, punten 61 en 62).

27 — Zie arrest Hof van 29 oktober 1980, van Landewyck e.a./Commissie (209/78-215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 88).

28 — Zie arresten Hof van 30 januari 1985, Clair (123/83, Jurispr. blz. 391, punt 17); 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punt 40), en 12 september 2000, Pavlov e.a. (C-180/98-C-184/98, Jurispr. blz. I-6451, punt 85).

29 — Zie arresten Gerecht van 26 januari 2005, Piau/Commissie (T-193/02, Jurispr. blz. II-209, punt 69) en 13 december 2006, FNCBV e.a./Commissie (T-217/03 en T-245/03, Jurispr. blz. II-4987, punt 49), bekrachtigd in arrest van het Hof van 18 december 2008, Coop de France bétail et viande e.a./Commissie (C-101/07 P en C-110/07 P, Jurispr. blz. I-10193).

30 — Zie arrest Gerecht van 15 september 2005, DaimlerChrysler/Commissie (T-325/01, Jurispr. blz. II-3319, punt 210).

31 — Zie in die zin arrest Hof van 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie (45/85, Jurispr. blz. 405, punt 32).

32 — Aangehaald in voetnoot 26.

33 — In het bijzonder arresten Hof van 17 november 1993, Reiff (C-185/91, Jurispr. blz. I-5801); 9 juni 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Jurispr. blz. I-2517); 18 juni 1998, Commissie/Italië (C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punten 36-38); 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883), en 17 oktober 1995, DIP e.a. (C-140/94-C-142/94, Jurispr. blz. I-3257).

ook doelen van algemeen belang nastreven.³⁴ In al deze zaken ging het vooral om de beoordeling van de vraag of deze lichamen, gelet op de publiekrechtelijke regeling die op hen van toepassing was, zelfstandig op de markt opereerden, zodat hun gedragingen en de besluiten die zij vaststelden of aan de vaststelling waarvan zij deelnamen, konden worden beschouwd als mededingingsregelingen in de zin van artikel 81, lid 1, EG. In het kader van deze beoordeling heeft het Hof soms, zoals in de zaak *Wouters*, en meer recent, in de zaak *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*³⁵, de activiteiten waarbij de betrokken entiteit handelde als lichaam met publiekrechtelijke bevoegdheden en/of doelen van algemeen belang nastreefde, onderscheiden van de activiteiten waarin zij zich gedroeg als een vereniging die uitsluitend handelde in het belang van haar leden.

35. De twee criteria waarop rekwiranten in de principale hogere voorziening zich beroepen zijn, door het Hof opgesteld en toegepast binnen deze context van door elkaar heen lopende publieke en private bevoegdheden en belangen. Binnen diezelfde context heeft het Hof de functionele benadering gevolgd, waarop zij zich eveneens beroepen, die inhoudt dat een entiteit een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG kan zijn wanneer zij bepaalde taken wel en andere niet vervult, zodat de correcte kwalificatie in het licht van de mededingingsregels uitsluitend afhangt van de aard van de functies die zij uitoefent met de vaststelling van de handeling die inbreuk zou maken op deze regels.

36. Er wordt niet betwist dat MasterCard een privaatrechtelijk lichaam is dat een commercieel doel nastreeft. Op haar is geen publiekrechtelijke regeling van toepassing, en zij is evenmin belast met een publieke taak. Door haar organen vastgestelde besluiten betreffen uitsluitend private belangen. In dergelijke omstandigheden hoefde, gelet op de overwegingen in de punten 34 en 35 hierboven, niet te worden teruggegrepen op de genoemde criteria, die zijn opgesteld om situaties te kunnen beoordelen die wezenlijk verschillen van de onderhavige, en kon het Gerecht, zonder het begrip ondernemersvereniging zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof te miskennen, andere beoordelingsfactoren in overweging nemen.

ii) Vermeend gebrek aan relevantie van de factoren waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd

37. Rekwiranten in de principale hogere voorziening voeren vervolgens aan dat de factoren waarop het Gerecht zich heeft gebaseerd, te weten, enerzijds, het feit dat de banken binnen de betalingsorganisatie MasterCard nog steeds een beslissingbevoegdheid hadden en, anderzijds, de vermeende gemeenschappelijke belangen tussen deze organisatie en de banken bij de vaststelling van de MFA's, niet relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of men te maken heeft met een ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG en in ieder geval niet volstaan voor de karakterisering van een dergelijke vereniging.

38. Met betrekking tot de eerstgenoemde factor betogen zij dat het feit dat de banken na de beursgang beslissingbevoegdheden hebben behouden, niet relevant is omdat deze bevoegdheden niet de vaststelling van de MFA's betreffen. Door zijn conclusie dat MasterCard bij de vaststelling van de MFA's handelde als ondernemersvereniging hierop te baseren, zou het Gerecht de in het arrest *Wouters* gevolgde functionele benadering hebben miskend.

34 — In de zaak *Wouters* ging het om de Nederlandse orde van advocaten, in de zaak *Commissie/Italië* om de Nationale raad van douane-expediteurs, in de zaken *Reiff* en *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft* om commissies belast met de vaststelling van de tarieven voor het goederenvervoer over de weg over lange afstand en van de binnenscheepvaarttarieven in Duitsland, in de zaak *Centro Servizi Spediporto* om een comité dat krachtens de Italiaanse wet belast is met het bijhouden van het nationaal register van vervoerders van goederen over de weg en betrokken is bij de vaststelling van de tarieven voor het goederenvervoer, en in de zaak *DIP*, tot slot, om gemeentelijke commissies die betrokken zijn bij de procedure voor het afgeven van vergunningen voor het openen van detailhandelszaken in Italië.

35 — Arrest Hof van 28 februari 2013 (C-1/12).

39. Daargelaten de gegrondheid van de beoordeling van het Gerecht van het belang van deze beslissingsbevoegdheden, stel ik dienaangaande om te beginnen vast dat deze beoordeling afwijkt van die van de rekwiranten in de principale hogere voorziening, die deze bevoegdheden willen voorstellen als in wezen verwaarloosbaar. In punt 247 van het bestreden arrest heeft het Gerecht immers onderstreept dat de Europese raad van bestuur een bevoegdheid had behouden om te beslissen ten aanzien van „wezenlijke vraagstukken”, waaronder verschillende aspecten van het functioneren van de organisatie op regionaal niveau.

40. Dit vooropgesteld, verwijs ik naar de overwegingen in de punten 34 en 35 hierboven en naar de vaststellingen in punt 36 hierboven, waaruit volgt dat het Gerecht in de omstandigheden van het onderhavige geval niet gehouden was deze functionele benadering te volgen en derhalve als beoordelingsfactor rekening kon houden met de beslissingsbevoegdheden die de banken na de beursgang behielden, zonder te hoeven nagaan, zoals de rekwiranten in de principale hogere voorziening stellen, of dergelijke bevoegdheden gevolgen zouden kunnen hebben voor de vaststelling van de MFA's.

41. Inzake de tweede hierboven genoemde factor, te weten het bestaan van gemeenschappelijke belangen tussen MasterCard en de banken bij de vaststelling van de MFA's, stellen de rekwiranten in de principale hogere voorziening in essentie dat het uit een simpele overeenstemming van belangen tussen twee of meer marktdeelnemers afleiden van het bestaan van een ondernemersvereniging ertoe zou leiden dat artikel 81 EG zou worden toegepast zonder enig bewijs van collusie, die wilsovereenstemming veronderstelt.

42. Mijns inziens dient dit argument te worden verworpen. In casu heeft het Gerecht immers het bestaan van een geïnstitutionaliseerd kader vastgesteld, waarvan de banken deel uitmaken en waarbinnen zij met elkaar en met MasterCard samenwerken met het oog op de realisatie van een gemeenschappelijk project dat hun commerciële zelfstandigheid inperkt en hun wederzijdse gedragslijn bepaalt. Het gaat derhalve om een situatie die zeer verschilt van een simpel parallelisme van gedragingen waarop rekwiranten in de principale hogere voorziening hebben gewezen, waarin het belang van de betrokken ondernemingen om niet te concurreren door elke onderneming zelfstandig wordt nagestreefd door afstemming van haar gedrag op dat van de concurrenten. De onderhavige zaak verschilt ook van de door LBG aangevoerde zaak Bayer³⁶. Het Gerecht heeft in die zaak weliswaar geconcludeerd dat de Commissie bij gebrek aan bewijs van de onderling overeenstemmende wil van Bayer en haar groothandelaren om de parallelhandel te verminderen, ten onrechte was uitgegaan van het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 81 EG, maar deze conclusie was gebaseerd op de vaststelling dat de wil van de beide partijen onjuist was uitgelegd en dat noch de intentie van Bayer om een exportverbod op te leggen, noch een instemming met dit verbod, zij het ook stilzwijgend, van de kant van de groothandelaren was aangetoond.³⁷

43. Uit de analyse in de punten 32 tot en met 35 hierboven volgt dat een lichaam valt onder het begrip ondernemersvereniging in de zin van deze bepaling wanneer het het kader vormt waarbinnen of het instrument waarmee de ondernemingen hun marktgedrag coördineren, voor zover deze coördinatie of de resultaten hiervan niet door de overheid worden opgelegd. Daarnaast volgt uit deze analyse dat gegeven de functie die de begrippen „ondernemersvereniging” en „besluit van een ondernemersvereniging” vervullen in de systematiek van artikel 81, lid 1, EG, bij de beoordeling van

36 — Arrest van 6 januari 2004 (C-2/01 P en C-3/01 P, Jurispr. blz. I-23).

37 — Bij de bekrachtiging van het arrest in eerste aanleg heeft het Hof overigens het volgende gepreciseerd: „Een overeenkomst [...] kan slechts door stilzwijgende aanvaarding tot stand komen indien de wilsuitdrukking van een van de contractpartijen die is gericht op het verstoren van de mededinging, een – expliciete of impliciete – uitnodiging vormt aan de andere partij om dit doel gezamenlijk te verwezenlijken, zeker wanneer een dergelijke overeenkomst zoals in casu op het eerste gezicht niet in het belang is van de andere partij, namelijk de groothandelaren”, zie punt 102.

de vraag of zij in een concreet geval van toepassing zijn, rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval, waaruit moet blijken van de wil van de betrokken ondernemingen om hun marktgedrag te coördineren via een collectieve structuur of een gemeenschappelijk orgaan.

44. De relevantie van de twee in punt 37 hierboven genoemde factoren kan echter niet worden betwist in de omstandigheden van het onderhavige geval, waarin het punt van de kwalificatie van MasterCard als ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG in wezen meebrengt dat de invloed van de beursgang op haar wijze van functioneren, haar betrekkingen met de aangesloten banken en, meer algemeen, haar interne balans wordt beoordeeld. Dienaangaande merk ik op dat de door de rekwiranten in de principale hogere voorziening in eerste aanleg aangevoerde argumenten tegen een dergelijke kwalificatie vooral inhielden dat na 25 mei 2006 de banken geen enkele vorm van coördinatie kon worden verweten wat de MFA's betreft, omdat de MFA's vanaf dat moment door MasterCard werden vastgesteld en op de aangesloten banken werden toegepast in het kader van een verhouding leverancier-klant.

45. Wat de vraag betreft of deze factoren in casu volstonden voor bevestiging van de door de Commissie gehanteerde kwalificatie van MasterCard als ondernemersvereniging, ben ik op grond van alle voorgaande overwegingen van oordeel dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat een lichaam zelfs kan worden gekwalificeerd als ondernemersvereniging wanneer, zoals bij MasterCard, de besluiten van dit lichaam niet door een meerderheid van de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen worden genomen en evenmin uitsluitend in het belang van deze ondernemingen zijn, wanneer uit een beoordeling van alle omstandigheden van het geval blijkt dat deze ondernemingen van plan zijn, of ten minste ermee instemmen, hun marktgedrag te coördineren door middel van deze besluiten en hun gezamenlijke belangen samenvallen met die waarbij bij de vaststelling van deze besluiten rekening is gehouden. Een dergelijke kwalificatie kan ook zeker niet op voorhand worden uitgesloten in een context als de onderhavige, waarin de betrokken ondernemingen gedurende meerdere jaren samen de markt probeerden te regelen binnen dezelfde organisatie, zij het ook op verschillende manieren.

46. Op basis van zijn beoordeling van de feiten en de omstandigheden van het geval heeft het Gerecht geconcludeerd dat de besluiten van de wereldwijde raad van bestuur van MasterCard Inc. waarin de MFA's werden vastgesteld, nog altijd de gezamenlijke belangen van de bij het systeem aangesloten banken weerspiegelden en dat deze banken bewust hun beleid ten aanzien van grensoverschrijdende afwikkelingsvergoedingen bleven coördineren door middel van de genoemde besluiten, ondanks dat zij niet meer deelnamen aan de besluitvormingsprocedure voor de vaststelling daarvan. Dit oordeel is, behoudens onjuiste opvatting van de feiten en/of bewijzen³⁸, als zodanig onttrokken aan het toezicht van het Hof.

47. Dienaangaande moet het verwijt van de rekwiranten in de principale hogere voorziening, ondersteund door HSBC, dat het Gerecht de bewering van de Commissie heeft bevestigd dat de acquiringbanken eveneens belang hadden bij de vaststelling van hoge MFA's, worden afgewezen. In de eerste plaats strekt deze kritiek ertoe de beoordeling van het Gerecht van de feiten en de bewijzen in twijfel te trekken zonder een onjuiste opvatting van het ene of het andere te stellen en iets aan te

38 — Zowel LBG als HSBC stellen in hun memorie van antwoord een onjuiste opvatting van de feiten. Zij verwijten het Gerecht geen rekening te hebben gehouden met het getuigenbewijs dat zij bij het Gerecht hadden overgelegd en waaruit volgde dat de banken na de beursgang geen enkele zeggenschap meer hadden en geen enkele invloed konden uitoefenen op de vaststelling van de MFA's, en dat zij niet vooraf ter zake werden geraadpleegd en ook niet tevoren werden geïnformeerd, maar pas nadat ze waren vastgesteld. Dienaangaande volstaat het op te merken dat het Gerecht zich in zijn beoordeling van de feiten niet heeft gebaseerd op enige betrokkenheid van de banken in het proces van vaststelling van de MFA's. Integendeel, in punt 245 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het feit dat „de beslissingen ten aanzien van de MFA's sinds de [beursgang] worden vastgesteld door de organen van de betalingsorganisatie MasterCard en dat de banken niet aan dit besluitvormingsproces deelnemen” als „vaststaand” gekwalificeerd. Daarom zijn deze grieven, voor zover zij niet niet-ontvankelijk moeten worden verklaard omdat ze nieuw zijn ten opzichte van de principale hogere voorziening en niet zijn ingebracht in de incidentele hogere voorziening, ondeugdelijk.

voeren dat verder gaat dan simpele beweringen.³⁹ In de tweede plaats heeft het Gerecht zich op dit punt, in tegenstelling tot wat de rekwiranten in de principale hogere voorziening beweren, niet beperkt tot de vaststelling dat de acquiringbanken de mogelijkheid hadden de MFA's af te wentelen op hun klanten, maar gepreciseerd dat een systeem van vaststelling van multilaterale fall-back-afwikkelingsvergoedingen zoals dat inzake de MFA's de acquiringbanken de zekerheid gaf dat een verhoging van deze vergoedingen geen gevolgen zou hebben voor hun concurrentiepositie.⁴⁰ Tot slot kunnen rekwiranten in de principale hogere voorziening de verwijzing door het Gerecht naar de regel in het MasterCard-systeem die de banken die transacties wilden acquireren, ertoe verplichtte om ook kaarten uit te geven, niet als irrelevant afdoen op de enkele grond dat deze regel tot 31 december 2004 van toepassing was en op de datum van de beursgang niet meer van kracht was. Uit punt 254 van het bestreden arrest volgt immers dat het Gerecht de uitleg van de Commissie heeft aanvaard, dat door de hierboven genoemde regel het systeem was veranderd in die zin dat vrijwel alle banken die als acquirer actief waren, ook kaarten uitgaven en uit dien hoofde de MFA's ontvingen, en dat dit zelfs na de afschaffing van deze regel zo was gebleven. Uit hetzelfde punt van het bestreden arrest volgt overigens dat verzoeksters geen gegevens aanvoerden die de gegrondheid van die uitleg van de Commissie konden weerleggen.

48. Concluderend heeft het onderzoek van de hier besproken grieven niets opgeleverd waaruit blijkt dat het Gerecht, door bekrachtiging van de door de Commissie gegeven kwalificatie van MasterCard als ondernemersvereniging, het begrip ondernemersvereniging in de zin van artikel 81, lid 1, EG zoals dit door de Unierechter is uitgelegd, heeft miskend.

3. Bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen (enige middel van de incidentele hogere voorziening van RBS en eerste middel van de incidentele hogere voorziening van LBG)

a) Litigieuze beschikking en bestreden arrest

49. Omwille van de duidelijkheid zal ik de verschillende passages van de analyse in de litigieuze beschikking betreffende de gevolgen van de MFA's voor de mededinging kort te herhalen. In deze beschikking heeft de Commissie geconcludeerd dat de MFA's, voor zover zij invloed hadden op de hoogte van de afwikkelingsvergoedingen die door de uitgevende banken geheven werden van de acquiringbanken⁴¹, die deze kostenpost afwentelden op de handelaren, via de prijzen op de acquiringmarkt mededingingsbeperkende gevolgen hadden ten nadele van de handelaren en hun klanten.⁴² Om tot deze conclusie te komen, heeft zij in de eerste plaats, op basis van twee kwantitatieve analyses, vastgesteld dat de MFA's een minimum vormden voor de kosten die de acquiringbanken aan de handelaren ongeacht hun omvang berekenden.⁴³ In de tweede plaats heeft zij uit een door haarzelf uitgevoerde studie onder de handelaren uit 2004 (hierna: „marktstudie van 2004”) afgeleid dat de MFA's een verlaging van de MSC's tot beneden een bepaald niveau belemmerden. In de derde plaats heeft de Commissie, na afwijzing van de argumenten van MasterCard tegen de stelling dat de MFA's op de acquiringmarkt een mededingingsbeperkend effect hadden⁴⁴, de gevolgen van de MFA's voor de uitgiftemarkt onderzocht en geconcludeerd dat de op deze markt actieve banken ernaar streefden

39 — Rekwiranten in de principale hogere voorziening beperken zich tot de bewering dat het betoog van het Gerecht „kennelijk onjuist” is en tot de stelling dat de uitgevende banken er belang bij hebben de hoogte van de MFA's te verlagen om hun kosten te verminderen en hun winst op MSC's te vergroten.

40 — Zie punten 253 en 134 van het bestreden arrest.

41 — Deze invloed was er zowel bij grensoverschrijdende transacties, waar de MFA's van toepassing waren bij gebreke van specifiekere afwikkelingsvergoedingen, als bij nationale transacties, waar zij hetzij van toepassing waren bij gebreke van afwikkelingsvergoedingen die binnenslands golden, hetzij als referentie dienden bij de vaststelling daarvan (punten 412-424 van de litigieuze beschikking).

42 — De Commissie heeft de mogelijkheid dat de MFA's, die de vaststelling van prijzen middels mededinging beperkten, een mededingingsbeperkende strekking zouden kunnen hebben gehad niet uitgesloten, maar toch besloten hierover geen standpunt in te nemen, omdat zij van mening was dat de mededingingsbeperkende gevolgen ervan duidelijk waren (punten 401-407).

43 — De Commissie heeft op basis van gegevens over het jaar 2002 geoordeeld dat de MFA's gemiddeld tot 73 % van deze kosten konden bedragen.

44 — Zie punten 439-460.

kaarten die de hoogste inkomsten uit afwikkelingsvergoedingen genereerden te bevoordelen en dat dit beleid ertoe zou kunnen leiden dat de kosten van de kaartacceptatie op de acquiringmarkt nog meer zouden stijgen.⁴⁵ In de vierde plaats heeft zij opgemerkt dat de mededinging tussen systemen (tussen de verschillende netwerken voor betaalkaarttransacties, voornamelijk Visa en MasterCard) niet alleen MasterCard niet belemmerde afwikkelingsvergoedingen hoog te houden, maar ook een opwaartse druk uitoefende op deze vergoedingen en de verstoring van de mededinging op de acquiringmarkt versterkte.⁴⁶ In de vijfde plaats heeft zij vastgesteld dat de MFA's noch van de zijde van de acquiringbanken, noch van de zijde van de handelaren, onder enige druk stonden.⁴⁷ Wat dit laatste betreft heeft de Commissie onder andere rekening gehouden met de regel van het MasterCard-netwerk, die handelaren (en acquiringbanken) verplichtte alle kaarten te accepteren, te weten alle door MasterCard op de uitgiftemarkt aangeboden producten, ongeacht de uitgevende bank (Honour All Cards Rule; hierna: „HACR”). Tot slot heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de leden van MasterCard collectief marktmacht uitoefenden ten aanzien van de handelaren en hun klanten en dat de MFA's hen de mogelijkheid gaven dit uit te buiten.

50. Het Gerecht heeft de kwestie van de gevolgen van de MFA's op de mededinging onderzocht in de punten 123 tot en met 193 van het bestreden arrest. In de eerste plaats heeft het de grieven dat de mededinging zonder de MFA's niet zou zijn onderzocht, behandeld en afgewezen. In deze context heeft het Gerecht enerzijds de kritiek verworpen, dat de Commissie in haar contrafeitelijke analyse rekening heeft gehouden met een regel die „ex post”-tarifiering⁴⁸ verbiedt, als regel die de MFA's vervangt wanneer die ontbreken, (punt 132 van het bestreden arrest), en anderzijds de kritiek betreffende de verwijzing door de Commissie, in het kader van deze analyse, naar het feit dat er bilaterale onderhandelingen plaatsvonden tussen de uitgevende en de acquiringbanken die uiteindelijk leidden tot het verdwijnen van de afwikkelingsvergoedingen (punt 133). Vervolgens heeft het Gerecht de argumenten verworpen waarmee de Commissie werd verweten dat zij niet had aangetoond dat de afschaffing van de MFA's tot meer concurrentie tussen de acquirers zou leiden (punten 135 en 136), en in het bijzonder het argument dat de MFA's geassimileerd zouden zijn met een, mededingingsneutrale, gemeenschappelijke kostenpost (punt 143). In de tweede plaats heeft het Gerecht, in de punten 168 tot en met 182 van het bestreden arrest, een aantal grieven behandeld en afgewezen die het onderzoek de productmarkt betroffen, en de marktanalyse uit de litigieuze beschikking bekrachtigd. Waar het gaat om, in het bijzonder, het bestaan van een autonome acquiringmarkt heeft het Gerecht onderstreept dat er ondanks een bepaalde complementariteit tussen „uitgifte” en „acquisitie” een onderscheid viel te maken tussen de diensten ten behoeve van de kaarthouders en die ten behoeve van de handelaren, en dat de kaarthouders en handelaren afzonderlijk concurrentiedruk op respectievelijk de uitgevende banken en de acquiringbanken uitoefenden (punten 176 en 177). In diezelfde context heeft het Gerecht zich op het standpunt gesteld dat de kritiek dat geen rekening was gehouden met de dualiteit van de markt, de economische voordelen van de MFA's benadrukte en derhalve niet relevant was in het kader van een middel inzake schending van artikel 81, lid 1, EG. Tot slot heeft het Gerecht zowel de grief van de rekwiranten in de principale hogere voorziening betreffende het onderzoek van het economische bewijs dat in de loop van de administratieve procedure was overgelegd (zie punten 139 e.v. hieronder), als een grief inzake ontoereikende motivering gezien de afwijking van de Commissie van haar aanpak in de Visa-beschikking van 24 juli 2002⁴⁹, afgewezen.

45 — Zie punten 461-466.

46 — Zie punten 467-496.

47 — Zie punten 497-521.

48 — Te weten een regel die emittenten en acquirers verbiedt de hoogte van de MFA's te bepalen nadat een van de kaarthouders van de emittent een aankoop heeft gedaan bij een van de handelaren van de acquirers en voor de transactie tot betaling is overgegaan.

49 — Beschikking 2002/914.

b) Enige middel van de incidentele hogere voorziening van RBS

i) Grief inzake een onjuiste rechtsopvatting in de contrafeitelijke analyse van het Gerecht

51. Met haar enige middel verwijt RBS, hierbij ondersteund door de rekwiranten in de principale hogere voorziening, het Gerecht allereerst, niet te hebben geverifieerd of er een kans zou zijn geweest dat de door de Commissie in het kader van haar contrafeitelijke analyse opgezette hypothese, die gebaseerd was op de toepassing van een regel die uitgevende banken „ex post”-tarifiering verbiedt, waarschijnlijk werkelijkheid zou zijn geworden bij het ontbreken van de MFA's. Door uitsluitend te stellen dat een dergelijke regel economisch haalbaar was, zou het Gerecht de analyse van de gevolgen van de MFA's op de mededinging en de analyse van de objectieve noodzaak van de beperking die zij met zich zouden brengen met elkaar hebben verward.

52. Volgens vaste rechtspraak moet, om te kunnen beoordelen of een overeenkomst (of een besluit van een ondernemersvereniging) als verboden moet worden beschouwd wegens de gevolgen voor de markt, de mededinging worden onderzocht tegen de feitelijke achtergrond waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst (of het besluit) zou afspelen⁵⁰. De door het Hof aangegeven analysemethode houdt derhalve een vergelijking in tussen de door de vermeende restrictie ontstane mededingingsstructuur en de mededingingsstructuur die er zou zijn geweest wanneer die restrictie niet zou hebben bestaan.

53. Aangezien het tweede deel van deze vergelijking het resultaat is van een beoordeling die is gebaseerd op hypothesen, kan niet het bewijs worden verlangd dat het in het kader van deze beoordeling gehanteerde scenario zich onvermijdelijk zou voordoen wanneer de gestelde restrictie er niet zou zijn.⁵¹ Dit scenario moet echter wel voldoende realistisch en aannemelijk, en dus niet alleen theoretisch mogelijk voorkomen in het licht van een analyse van alle relevante factoren, zoals in het bijzonder de kenmerken van de betrokken producten of diensten, de positie van de partijen bij de overeenkomst op de betrokken markt⁵², de structuur van die markt en de economische, juridische en technische context van de werking daarvan⁵³, de bestaande zowel als de potentiële mededingingsvoorwaarden⁵⁴, het bestaan van drempels voor toetreding⁵⁵, de verzadigingsgraad van de markt en de getrouwheid van de consument aan bestaande merken⁵⁶ en het bestaan of de uitoefening van rechten van intellectuele eigendom.

54. In casu heeft de Commissie in de punten 458 tot en met 460 van de litigieuze beschikking het mededingingsproces op de acquiringmarkt zonder de MFA's onderzocht en geconcludeerd dat, zonder de MFA's en met een verbod op „ex post”-tarifiering, de door de acquirers aan de handelaren gefactureerde prijzen uitsluitend rekening zouden houden met de marginale kosten van de acquirer en zijn handelsmarge. Volgens de Commissie oefende onzekerheid van de acquiringbanken over de hoogte van de afwikkelingsvergoedingen die hun concurrenten op bilaterale basis zouden overeenkomen met de uitgevende banken, druk uit op de acquirers, waardoor op de lange termijn verwacht kon worden dat dit proces uitliep op het ontstaan van interbancaire vorderingen en schulden tegen de nominale waarde van de betaling, dat wil zeggen zonder aftrek van enige afwikkelingsvergoeding. In punt 133

50 — Arresten Hof van 30 juni 1966, LTM (56/65, Jurispr. blz. 337, 359 en 360); 11 december 1980, L'Oréal (31/80, Jurispr. blz. 3775, punt 19); 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 10); 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 76), en New Holland Ford/Commissie (C-8/95 P, Jurispr. blz. I-3175, punt 90); 21 januari 1999, Bagnasco e.a. (C-215/96 en C-216/96, Jurispr. blz. I-135, punt 33); arrest Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Duitsland)/Commissie (T-328/03, Jurispr. blz. II-1231, punt 68).

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

52 — Zie onder meer arrest LTM (reeds aangehaald, blz. 250).

53 — Zie ook arrest O2 (Germany)/Commissie (reeds aangehaald, punt 72), waarin het Gerecht het belang heeft onderstreept van het onderzoek van de mededinging zonder een overeenkomst, wanneer het gaat om markten waarop liberalisering aan de gang is of om opkomende markten.

54 — Arrest Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie (T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 137).

55 — Zie ook arrest O2 (Germany)/Commissie (reeds aangehaald, punt 72).

56 — Arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935

van het bestreden arrest heeft het Gerecht deze analyse bekrachtigd. In tegenstelling tot wat RBS en de rekwiranten in de principale hogere voorziening onder meer ter terechtzitting hebben betoogd, ontbreekt de contrafeitelijke analyse derhalve niet in de litigieuze beschikking en is er in het arrest van het Gerecht geen sprake van een onjuiste rechtsopvatting doordat de Commissie niet is bestraft wegens een dergelijke gestelde ommissie.

55. RBS betwist het gestelde in punt 132 van het bestreden arrest, dat „[het] volstaat dat de hypothese van een MasterCard-systeem dat zonder de MFA's functioneert – op de enkele basis van een regel die ‚ex post’-tarieven verbiedt – economisch haalbaar blijkt te zijn, om te rechtvaardigen dat daar rekening mee wordt gehouden in het kader van haar analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging”.

56. Om de betekenis en de strekking van dit punt te kunnen begrijpen, dient te worden opgemerkt dat het Gerecht in het bestreden arrest de grieven ontleend aan beoordelingsfouten in de analyse van de gevolgen van de MFA's op de mededinging heeft behandeld na de grief ontleend aan een onjuist onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's. Het Gerecht gaf er namelijk de voorkeur aan, gezien de kritiek op de beoordeling van de Commissie ex artikel 81, lid 1, EG, eerst de economische haalbaarheid van een MasterCard-systeem zonder de MFA's te bezien alvorens, zoals vereist door de in punt 52 hierboven genoemde rechtspraak, te beoordelen hoe de mededinging op de acquiringmarkt in het kader van een dergelijk systeem zou verlopen.

57. Deze werkwijze heeft het Gerecht ertoe gebracht, in het kader van het onderzoek van de gevolgen van de MFA's op de mededinging de conclusies aan het eind van zijn beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's mee te nemen. Aangezien het Gerecht aan het eind van dit onderzoek heeft geconcludeerd dat de Commissie kon menen dat een fall-back-mechanisme met positieve MFA's niet objectief noodzakelijk was voor de haalbaarheid van het MasterCard-systeem en dat dit systeem had kunnen werken op basis van een minder beperkend alternatief, namelijk een verbod voor „ex post”-tarifiering, heeft het zich in punt 132 op het standpunt gesteld dat het de Commissie vrij stond om een door een dergelijke regel gekenmerkt scenario als beginpunt van haar analyse van de mededinging zonder MFA's te nemen. In tegenstelling tot wat RBS ter terechtzitting heeft betoogd, is een dergelijk contrafeitelijk scenario niet door het Gerecht ontwikkeld om een leemte in de litigieuze beschikking aan te vullen, maar maakte dit daar al deel van uit.⁵⁷

58. Het Gerecht heeft dus de criteria voor de analyse van de gevolgen van een mededingingsbeperking en voor het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie niet met elkaar verward en evenmin de in de in punt 52 hierboven genoemde rechtspraak vastgestelde beginselen miskend door het „feitelijk kader” waarbinnen de mededinging zonder de veronderstelde beperking moet worden beoordeeld te vervangen door een „economisch haalbaar” kader. In het hierboven genoemde punt 132 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich er in wezen toe beperkt, op grond van de resultaten van zijn beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's de voorwaarden in herinnering te roepen waaronder het MasterCard-systeem had kunnen blijven werken *zonder de gestelde beperking*.

59. Wat de stelling betreft die rekwiranten in de principale hogere voorziening in hun memorie van antwoord op de incidentele hogere voorziening van RBS herhalen, dat het invoeren van een verbodsregel voor „ex post”-tarifiering niet realistisch is, dat een dergelijke regel niet het resultaat is van de marktkrachten en dat deze regel nooit door MasterCard zou zijn vastgesteld, behalve wanneer zij hiertoe door een regulerend optreden zou zijn verplicht, verwijs ik naar de overwegingen in de punten 101 tot en met 106 hieronder in de context van het onderzoek van de objectieve noodzaak van de MFA's. In dit stadium wil ik enkel opmerken dat rekwiranten in de principale hogere

57 — Zie in het bijzonder de punten 408 en 410 van de litigieuze beschikking, waarin de Commissie bevestigt dat de door de acquiringbanken vastgestelde prijzen lager zouden zijn wanneer de multilaterale standaardregel niet bestond en het systeem had voorzien in een verbod van „ex post”-tarifiering, alsmede het eerder genoemde punt 460.

voorziening in eerste aanleg uitvoerig hebben betoogd dat enerzijds een fall-back-mechanisme voor de afwikkeling van transacties een wezenlijk vereiste is voor iedere door HACR gekenmerkte vierpartijenregeling, en dat anderzijds een marktproces tussen uitgevende banken en acquiringbanken ontbreekt. Daarom vraag ik mij af of een dergelijk fall-back-mechanisme niet *noodzakelijkerwijze* het resultaat is van een niet bij de marktkrachten passend ingrijpen, of het nu gaat om een besluit dat is genomen binnen een betaalsysteem⁵⁸ of om een ingrijpen van de mededingingsautoriteit.⁵⁹

60. Het gaat hier dus om een situatie die nogal verschilt van die welke heeft geleid tot het eveneens door de rekwiranten in de principale hogere voorziening in hun memorie van antwoord op de incidentele hogere voorziening van RBS genoemde arrest O2.⁶⁰ In dat arrest heeft het Gerecht de Commissie bekritiseerd omdat zij de mededingingsstructuur die er zou zijn geweest zonder de litigieuze overeenkomst niet juist had gereconstrueerd, in het bijzonder omdat zij de aanwezigheid van O2 op de markt voor 3G mobiele telefonie als vaststaand had beschouwd, terwijl dit niet alleen niet werd gestaafd, maar zelfs werd tegengesproken door de analyse die zij krachtens artikel 81, lid 3 EG had gemaakt. Daarentegen wordt de Commissie in dit geval in wezen verweten dat zij de mededingingssituatie op de acquiringmarkt zonder de MFA's heeft onderzocht zonder rekening te houden met het fall-back-mechanisme waartoe MasterCard waarschijnlijk zou hebben *besloten* ter vervanging van de MFA's.

61. In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat de grief ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting in de contrafeitelijke analyse van het Gerecht moet worden afgewezen.

ii) Grief ontleend aan een ontoereikende analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging

62. Vervolgens verwijt RBS de Commissie en het Gerecht dat zij hun analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging niet hebben gebaseerd op specifieke en concrete bewijzen, maar zich hebben beperkt tot algemene overwegingen en eenvoudige hypothesen en daarbij een benadering hebben gevolgd die passend is wanneer een restrictie met een mededingingsbeperkende strekking wordt vermoed en niet, zoals in casu, een restrictie met een mededingingsbeperkend gevolg.

63. Deze grief is niet bijzonder uitgewerkt en komt in wezen op tegen het algemene karakter van de overwegingen van het Gerecht uitgaande van een selectieve lezing van het bestreden arrest. In tegenstelling tot wat RBS suggereert met te verwijzen naar de bewoordingen van de tweede zin van punt 143 van het bestreden arrest⁶¹, heeft het Gerecht de mededingingsbeperkende gevolgen van de MFA's niet enkel afgeleid uit de vaststelling dat zij een bodem voor de MSC's vastleggen. Integendeel, het heeft ten eerste, in punt 140 van het bestreden arrest, de inhoud van artikel 81, lid 1, sub a, EG gememoreerd en daarbij onderstreept dat deze bepaling tot doel „heeft, de ondernemingen te verbieden de normale ontwikkeling van de prijzen op de markt te verstoren”. Ten tweede heeft het Gerecht, bij de afwijzing van de grief dat de MFA's als een gemeenschappelijke kostenpost aan de inputzijde werken, toegelicht dat „de MFA's de druk [verminderen] die handelaren op de acquiringbanken kunnen uitoefenen tijdens hun onderhandelingen over de MSC's, door de mogelijkheden van een prijsdaling tot beneden een bepaalde drempel te beperken” (punt 143, derde zin). Ten derde heeft het Gerecht de verschillende grieven en argumenten van de rekwiranten in de principale hogere voorziening en van de interveniënten tegen de analyse van de beperkende gevolgen van de MFA's in de litigieuze beschikking behandeld en afgewezen. In deze context heeft het Gerecht de beoordeling van de Commissie onderzocht en bekrachtigd met betrekking tot van in het bijzonder

58 — Op grond van onder andere overwegingen betreffende mededinging tussen systemen.

59 — Natuurlijk laat dit de analyse van de Commissie, volgens welke zonder MFA's de mededinging tussen acquiringbanken op termijn zou leiden tot afschaffing van alle afwikkelingsvergoedingen, onverlet.

60 — Aangehaald in voetnoot 50.

61 — Deze zin luidt als volgt: „Indien wordt erkend dat de MFA's een minimum voor de MSC's vastleggen en daar waar de Commissie terecht mocht vaststellen dat een MasterCard-systeem dat zonder MFA's functioneert economisch haalbaar zou zijn, volgt hieruit noodzakelijkerwijs dat zij mededingingsbeperkende gevolgen hebben.”

de vragen of zij rechtens voldoende had aangetoond dat de MFA's een minimum voor de MSC's vastleggen (punten 159 tot en met 165) en dat de druk die de handelaren op de hoogte van de MFA's konden uitoefenen (punten 157 en 158) te gering was, of zij de productmarkt juist had afgebakend (punten 169 tot en met 173) en de acquiringmarkt als autonome en relevante had beschouwd (punten 175 tot en met 178), en of zij bij haar analyse terecht geen rekening had gehouden met de concurrentiedruk van andere betaalmiddelen op de hoogte van de MFA's (punt 180) en met de dualiteit van de markt (punten 181 en 182). Tot slot heeft het Gerecht zowel de betrouwbaarheid als de bewijskracht onderzocht en bekrachtigd van de documenten waarop de Commissie zich had gebaseerd, te weten enerzijds de verklaringen van een aardoliemaatschappij, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde supermarktketen, een luchtvaartmaatschappij en een meubelwinkel (punten 146 en 147) en anderzijds de marktstudie van 2004 (punten 148 tot en met 158).

64. Gelet op het voorgaande kan mijns inziens het Gerecht niet verweten worden dat, zoals RBS betoogt, zijn analyse van een mededingingsbeperkend gevolg ontoereikend was. In ieder geval, ook al heeft de Commissie in de litigieuze beschikking geen definitief standpunt ingenomen inzake een mogelijke mededingingsbeperkende strekking van de MFA's en was zij derhalve gehouden de gevolgen ervan voor de markt te beoordelen, neemt dit niet weg dat wanneer er, zoals in casu, sprake is van een kartel dat rechtstreeks van invloed is op het mechanisme van de prijsvorming, de mogelijkheid dat deze regeling de normale prijsontwikkeling op de markt vervalst in concreto relatief gemakkelijker aan te tonen kan zijn. Dienaangaande merk ik op dat het Gerecht in het arrest betreffende de Oostenrijkse banken⁶² heeft geoordeeld, en hierin niet is tegengesproken door het Hof in hogere voorziening⁶³, dat het voor de vaststelling of een prijskartel waaraan de erbij betrokken ondernemingen uitvoering hebben gegeven, een concrete weerslag op de markt heeft gehad, „volstaat [...] dat de overeengekomen prijzen als uitgangspunt dienden voor de vaststelling van de individuele transactieprizen, waardoor dus de onderhandelingsmarge van de klanten werd beperkt”⁶⁴. Het is waar dat het kartel waarvan sprake is in de zaak die heeft geleid tot het genoemde arrest een mededingingsbeperkende strekking had en dat de Commissie met de gevolgen ervan voor de markt uitsluitend rekening had gehouden bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk in verband met de bepaling van de boete. Toch kan niet worden gesteld dat voor het bewijs van de gevolgen van een kartel voor de markt in verband met het bepalen van de boete minder strenge eisen zouden gelden dan voor de beoordeling van de vraag of het valt onder artikel 81, lid 1, EG.⁶⁵

iii) Grief ontleend aan tegenstrijdigheid van de motivering van het bestreden arrest

65. RBS merkt tot slot op dat er wat de mogelijkheid van de handelaren betreft om invloed uit te oefenen op het beleid van MasterCard en haar leden inzake de prijs, een tegenstrijdigheid schuilt tussen punt 143 van het bestreden arrest en de vaststellingen in de punten 150, 157 en 158 van datzelfde arrest.

66. Ook deze grief dient mijns inziens te worden afgewezen. De „druk” waarvan sprake is in de punten 150, 157 en 158 van het bestreden arrest, is de druk die de handelaren op de hoogte van de MFA's konden uitoefenen door het gebruik van kaarten van MasterCard te weigeren of ontmoedigen, een druk die naar het oordeel van de Commissie en het Gerecht op grond van de marktstudie van 2004 ontoereikend was vanwege de negatieve overloopeffecten die een dergelijk gedrag van de

62 — Arrest Gerecht van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie (T-259/02-T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169).

63 — Arrest Hof van 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punten 116-119).

64 — Punt 285 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

65 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Erste Group Bank e.a./Commissie, reeds aangehaald.

handelaren zou kunnen hebben gehad op de klantenkring.⁶⁶ In punt 143 van het bestreden arrest verwijst het Gerecht daarentegen naar de „druk” die handelaren op de acquiringbanken kunnen uitoefenen tijdens hun onderhandelingen over de MSC’s, een druk die wordt beperkt door de MFA’s – die de drempel vormen waaronder de MSC’s in beginsel niet kunnen dalen – maar zou stijgen op een acquiringmarkt zonder MFA’s. Er bestaat dus duidelijk geen tegenstrijdigheid tussen de door RBS genoemde punten van het bestreden arrest, omdat zij verschillende situaties betreffen.

iv) Conclusie inzake het enige middel van de incidentele hogere voorziening van RBS

67. Gelet op alle bovenstaande overwegingen ben ik van oordeel dat het enige middel van de incidentele hogere voorziening van RBS, en derhalve de incidentele hogere voorziening in haar geheel, als ongegrond dient te worden verworpen.

c) Tweede middel van de incidentele hogere voorziening van LBG

68. In het kader van haar eerste middel voert LBG in wezen drie klachten tegen de bestreden beschikking aan.

69. In de eerste plaats verwijt zij het Gerecht, niet toereikend te hebben gemotiveerd waarom de MFA’s de mededinging op de acquiringmarkt vervalsten, hoewel ze een gemeenschappelijke kostenpost aan de inputzijde vormen. Dienaangaande volstaat de opmerking dat het Gerecht de grief dat de MFA’s werkten als gemeenschappelijke kostenpost aan de inputzijde heeft afgewezen in punt 143 van het bestreden arrest met als toelichting dat, in vergelijking met een acquiringmarkt die zonder hen functioneert, „de MFA’s de druk [verminderen] die handelaren op de acquiringbanken kunnen uitoefenen tijdens hun onderhandelingen over de MSC’s, door de mogelijkheden van een prijsdaling tot beneden een bepaalde drempel te beperken”. Bij deze toelichting verwijst het Gerecht naar de door hem bekrachtigde vaststelling van de Commissie betreffende de haalbaarheid van een MasterCard-systeem dat zonder de MFA’s functioneert. Alles bij elkaar volstaat een dergelijke motivering, die steunt op het bestaan van een omgekeerd evenredige relatie tussen de onderhandelingsmarge van de handelaren wat de MSC’s betreft en de hoogte van de MFA’s en op de vaststelling dat de MFA’s kunstmatig en niet objectief noodzakelijk zijn, mijns inziens om het betoog van het Gerecht te kunnen begrijpen.

70. In de tweede plaats verwijt LBG het Gerecht, in wezen te hebben vastgesteld dat er sprake is van een prijskartel op de uitgiftemarkt, maar de gevolgen ervan te hebben onderzocht voor de stroomafwaartse acquiringmarkt. Dienaangaande beperkt zij zich ertoe te verwijzen naar de argumenten in de punten 48 tot en met 52 van haar memorie in interventie voor het Gerecht, waarop het Gerecht niet is ingegaan.

71. Volgens de Commissie is deze grief niet-ontvankelijk omdat LBG, in haar hoedanigheid van interveniënte, niet gerechtigd is zich te beroepen op deze argumenten, die in feite ten opzichte van de in het verzoekschrift aangevoerde middelen een nieuw middel vormen, ontleend aan een onjuistheid in de omschrijving van de relevante markt. Dienaangaande merk ik op dat LBG in de bovengenoemde punten van haar memorie in interventie in eerste aanleg bedoelde Commissie in wezen verweet, ten eerste dat zij in haar contrafeitelijke analyse had gekozen voor een hypothese – te weten een MasterCard-systeem dat functioneert zonder MFA’s maar met een verbod op „ex post”-tarifiering – die dezelfde weerslag op de mededinging tussen acquiringbanken als de MFA’s heeft (punten 49

66 — Het Gerecht heeft om te beginnen in punt 150 van het bestreden arrest herinnerd aan de conclusies die de Commissie had getrokken uit de marktstudie van 2004 betreffende de onmogelijkheid voor de handelaren om voldoende druk uit te oefenen op de hoogte van de MFA’s „op grond dat een essentieel onderdeel van het aanvaarden door de handelaren van betalingen per kaart werd gevormd door de aantrekkingskracht die zij voor de consumenten vertegenwoordigden en derhalve dat een weigering van dit betaalmiddel of een discriminatie ervan negatieve gevolgen kon hebben voor hun klantenkring”, vervolgens in punt 157 de gegrondheid van deze conclusies vastgesteld en tot slot in punt 158 enkele gevolgen hiervan besproken.

en 50), ten tweede dat zij zich heeft gebaseerd op de marktstudie van 2004, waarvan de bewijswaarde in twijfel wordt getrokken (punt 52), en ten derde dat zij een ongebruikelijke benadering heeft gevolgd door de mededingingsbeperkende gevolgen van de MFA's op de acquiringmarkt, en niet op de uitgiftemarkt, waarop het kartel was uitgevoerd, te onderzoeken (punten 52 tot en met 54). Op de eerste twee grieven, of op grotendeels vergelijkbare grieven in eerste aanleg van rekwiranten in de principale hogere voorziening, heeft het Gerecht geantwoord in respectievelijk de punten 143 en 149 tot en met 156 van het bestreden arrest. De derde grief valt ten dele samen met de eveneens in eerste aanleg door LBG aangevoerde grief dat geen rekening is gehouden met de dualiteit van de markt, en die aan de orde komt in haar derde klacht in het kader van het hier besproken middel, waarop ik in de punten 73 tot en met 75 hierna zal ingaan, en strekt ten dele tot betwisting van de door de Commissie gemaakte keuze van de relevante markt. Het Gerecht heeft op dit laatste aspect geantwoord in de punten 168 tot en met 178 van het bestreden arrest. In beginsel kan LBG dus eventuele onjuiste rechtsopvattingen betreffende de beoordelingen in de bovengenoemde punten van het bestreden arrest aanvoeren.

72. Voor zover de hier besproken klacht beoogt te stellen dat er sprake zou zijn van een verzuim te beslissen, dient deze echter inhoudelijk te worden afgewezen omdat, zoals ik reeds heb aangegeven, het Gerecht in feite op de verschillende door LBG in de bovengenoemde punten van haar memorie in interventie aangevoerde argumenten heeft geantwoord. Voor het overige kan, nu er geen specifieke punten van het bestreden arrest worden betwist die een dergelijk antwoord bevatten, de enkele stelling dat het Gerecht de aan hem voorgelegde argumenten en factoren "niet op passende wijze heeft behandeld", slechts worden uitgelegd als een verzoek aan het Hof om herbeoordeling van deze argumenten en factoren, een verzoek dat als zodanig niet-ontvankelijk is in hogere voorziening.

73. Hetzelfde geldt voor de derde klacht van LBG tegen het bestreden arrest, waarmee het Gerecht wordt verweten geen rekening te hebben gehouden met het belang van de door de „andere betaalsystemen” uitgeoefende druk op de uitgiftemarkt en evenmin met de dualiteit van de markt.

74. LBG stelt in wezen enkel dat het Gerecht deze vragen ten onrechte in zijn analyse van artikel 81, lid 1, EG heeft gepasseerd en de relevantie ervan uitsluitend heeft erkend voor de toepassing van lid 3 van dit artikel, zonder echter uit te leggen waarom een dergelijke handelwijze onjuist zou zijn, en beperkt zich tot het herhalen van de argumenten die zij reeds had aangevoerd in haar eerste en tweede klacht en verwijst naar de inhoud van haar memorie in interventie in eerste aanleg. Dienaangaande merk ik op dat het Gerecht zich in de punten 180 en 181 van het bestreden arrest op het standpunt heeft gesteld dat de kritiek dat er geen rekening is gehouden met de dualiteit van de markt, „irrelevant [was] in het kader van een middel dat is ontleend aan een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG” daar zij „de economische voordelen van de MFA's naar voren [haalde]”. In haar incidentele hogere voorziening heeft LBG niets gesteld om een dergelijke uitleg van haar in eerste aanleg aangevoerde argumenten te weerleggen, of om toe te lichten met welke voordelen het Gerecht rekening had moeten houden in het kader van artikel 81, lid 1, EG en om welke redenen dit in casu, mede in het licht van de rechtspraak van het Hof en het Gerecht hieromtrent, noodzakelijk zou zijn. Ik merk tevens op dat het Gerecht, in tegenstelling tot wat LBG lijkt te stellen, in de punten 179 en 180 van het bestreden arrest het argument dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met „andere betaalmiddelen, noch in het kader van één enkele markt die uit alle bankkaartsystemen bestaat, noch, in elk geval, als een concurrentiedruk die wordt uitgeoefend” heeft behandeld en afgewezen. Ook in dit geval heeft LBG niets aangevoerd waarmee zij de beoordeling van het Gerecht betwist. Bij gebreke van een substantiëler betoog zou het Hof zijn toetsing moeten uitoefenen op de grondslag van de enkele stelling dat de analyse van het Gerecht gebrekkig zou zijn.

75. Aangezien deze kritiek op de betrokken punten een motiveringsgebrek inhoudt, dient deze als ongegrond te dient te worden verworpen, omdat het betoog van het Gerecht uit de relevante overwegingen van het bestreden arrest kan worden begrepen.

76. Op grond van het voorgaande dient het eerste middel van de incidentele hogere voorziening van LBG mijns inziens in zijn geheel te worden afgewezen.

4. Objectieve noodzakelijkheid van de MFA's (eerste middel van de principale hogere voorziening)

a) Bestreden arrest

77. Het Gerecht heeft de vraag van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's behandeld in de punten 77 tot en met 121 van het bestreden arrest. Alvorens zijn onderzoek te beginnen heeft het Gerecht in punt 75 gepreciseerd dat de verwijzing van rekwiranten in de principale hogere voorziening naar de vermeende objectieve noodzakelijkheid van de MFA's aldus moet worden „opgevat dat de Commissie had moeten concluderen dat zij een nevenrestrictie waren ten opzichte van het MasterCard-systeem en dat zij derhalve niet het recht had om hun gevolgen voor de mededinging autonoom te onderzoeken, maar hen tezamen met die van het MasterCard-systeem waarmee zij verbonden waren, had moeten onderzoeken”.

78. Na kort te hebben verwezen naar de beginselen van het arrest M6 e.a./Commissie⁶⁷ inzake nevenrestricties heeft het Gerecht de grief van de rekwiranten in de principale hogere voorziening ontleend aan toepassing van onjuiste juridische criteria (punten 84 tot en met 92 van het bestreden arrest) onderzocht en afgewezen. Vervolgens heeft het Gerecht de vermeende objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als fall-back bij de afwikkeling van de transacties (punten 94 tot en met 99) en als mechanisme voor geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken (punten 110 tot en met 121) afzonderlijk geanalyseerd. In het kader van het eerste onderzoek heeft het Gerecht de beoordeling van de Commissie dat de invoering van een verbodsregel voor „ex post”-tarifiering in het MasterCard-systeem minder beperkend is dan positieve MFA's, bekrachtigd. Aan het slot van zijn analyse heeft het Gerecht geconcludeerd dat de Commissie met recht kon vaststellen dat de MFA's niet objectief noodzakelijk waren voor het functioneren van het MasterCard-systeem.

b) Eerste middel van de principale hogere voorziening

79. Met hun eerste middel verwijten rekwiranten in de principale hogere voorziening, hierbij ondersteund door RBS, MBNA, HSBC en LBG, het Gerecht blijk te hebben gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen en van een motiveringsgebrek betreffende de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's. Dit middel is verdeeld in vier onderdelen, ontleend aan respectievelijk toepassing van een onjuist juridisch criterium, ontbreken van onderzoek van de beperking van de mededinging in zijn context, substitutie van de beoordeling van de Commissie door die van het Gerecht, en uitoefening van onvoldoende toetsing.

i) Eerste onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening: toepassing van een onjuist juridisch criterium

80. Met het eerste onderdeel van hun eerste middel verwijten de rekwiranten in de principale hogere voorziening het Gerecht miskenning van het juridische criterium dat van toepassing is op het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie, zoals dat onder meer is omschreven in het arrest van het Hof in de zaak DLG⁶⁸ en het arrest van het Gerecht in de zaak M6 e.a./Commissie⁶⁹. Hoewel de Unierechter in deze eerdere zaken heeft bepaald dat een beperking objectief noodzakelijk is wanneer bij gebreke daarvan het doel van de primaire transactie niet kan

67 — Arrest Gerecht van 18 september 2001 (T-112/99, Jurispr. blz. II-2459).

68 — Arrest Hof van 15 december 1994 (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641).

69 — Aangehaald in voetnoot 67.

worden bereikt of de partijen hierdoor minder goed in staat zijn het te bereiken, te weten wanneer blijkt dat de transactie „moeilijk of niet kan worden gerealiseerd”⁷⁰, heeft het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest dit criterium aangescherpt door te stellen dat „alleen de restricties die noodzakelijk zijn opdat de primaire transactie onder alle omstandigheden zou kunnen functioneren, kunnen worden geacht onder de theorie van de nevenrestricties te vallen”. Volgens rekwiranten in de principale hogere voorziening en interveniënten zou het juiste criterium „vanuit commercieel oogpunt realistisch” moeten zijn en zou geen strikte noodzaak in logisch opzicht mogen worden geëist. Het zou met dit criterium mogelijk moeten zijn een beperking als objectief noodzakelijk te beschouwen, waarvan het ontbreken „het doeltreffend functioneren” van de primaire transactie of de mogelijkheid dat deze transactie „op doeltreffende wijze” functioneert in feite zou belemmeren.

81. Ik herinner eraan dat volgens het arrest M6 e.a./Commissie, dat uitgebreid wordt aangehaald in de punten 77 tot en met 82 van het bestreden arrest, „het begrip nevenrestrictie elke restrictie [omvat] die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een primaire transactie”.⁷¹ Om de objectieve noodzakelijkheid van een dergelijke restrictie te beoordelen, moet volgens dit arrest „onderzocht [...] worden, of de restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie, en of zij daaraan evenredig is”.⁷² Wat het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van de restrictie betreft preciseert dit arrest dat „[n]iet moet worden onderzocht of de restrictie, gelet op de mededingingssituatie op de betrokken markt, onmisbaar is voor het commerciële succes van de primaire transactie, maar wel of, in het bijzondere kader van de primaire transactie, de restrictie noodzakelijk is voor de verwezenlijking daarvan” en dat „[i]ndien blijkt dat de primaire transactie zonder de restrictie moeilijk of niet kan worden gerealiseerd, de restrictie voor de verwezenlijking ervan objectief noodzakelijk [kan] worden geacht”.⁷³

82. Ook dient te worden opgemerkt dat noch rekwiranten in de principale hogere voorziening, noch interveniënten het op het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie van toepassing zijnde juridische criterium zoals omschreven in het arrest M6 e.a./Commissie op zichzelf betwisten, maar uitsluitend stellen dat het Gerecht dit criterium slechts ten dele heeft toegepast en onder meer niet heeft beoordeeld of afschaffing van de MFA's ervoor zou hebben gezorgd dat het MasterCard-systeem „moeilijk [...] kan worden gerealiseerd”. Derhalve dient enerzijds de precieze strekking van dit criterium te worden bepaald en anderzijds te worden nagegaan of het Gerecht blijk heeft gegeven van de gestelde onjuistheid.

83. Ren aanzien van het eerste aspect merk ik op dat in het Unierecht de theorie van de nevenrestricties wordt afgeleid uit een reeks eerdere arresten van het Hof, te beginnen met het arrest Metro SB-Großmärkte/Commissie⁷⁴, waarin volgens het Hof beperkingen van de autonomie van partijen bij een overeenkomst die „noodzakelijk” zijn voor het bereiken van een bepaald rechtmatig commercieel doel, geen beperkingen van de mededinging vormen in de zin van artikel 81, lid 1, EG.

70 — Ibidem, punt 109.

71 — Ibidem, punt 104.

72 — Ibidem, punt 106.

73 — Zie in die zin ook arrest Gerecht van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie (T-360/09). De beginselen van het arrest M6 e.a./Commissie zijn eveneens naar analogie toegepast in het arrest van het Gerecht van 12 april 2013, Stim/Commissie (T-451/08).

74 — Arrest Hof van 25 oktober 1977 (26/76, Jurispr. blz. 1875, punten 20 en 27). In dit arrest heeft het Hof zich, na te hebben bevestigd dat onder bepaalde voorwaarden „selectieve verkoopsystemen naast andere factoren een met artikel 8[1], lid 1, [EG], verenigbare concurrentiefactor [vormen]”, op het standpunt gesteld dat „ieder verkoopsysteem dat is gebaseerd op een selectie van de verkooppunten noodzakelijkerwijs – wil het zin hebben – voor de groothandelaren die tot het verkoopnet behoren de verplichting meebrengt alleen aan erkende wederverkopers te leveren” en derhalve dat de beperkingen die bedoeld zijn om de controle op de naleving van deze verplichting mogelijk te maken, „voor zover zij niet verder gaan dan het beoogde doel, op zichzelf geen beperking van de mededinging kunnen vormen, doch aansluiten bij de hoofdverplichting en ertoe bijdragen de nakoming daarvan te verzekeren”.

In deze precedents is de voorwaarde van de noodzaak van de restrictie nogal strikt uitgelegd en toegepast en heeft het Hof in het algemeen de eis gesteld dat de betrokken beperking noodzakelijk was om de beoogde commerciële transactie te verwezenlijken in termen van „totstandkoming”, „doeltreffendheid” en „levensvatbaarheid”.⁷⁵

84. De reden voor deze striktheid is voornamelijk dat dergelijke restricties in beginsel automatisch profiteren van de beoordeling van verenigbaarheid met artikel 81, lid 1, EG, die voor de overeenkomst geldt. Een dergelijke behandeling is het gevolg van de positieve beoordeling door de rechtsorde van de Unie van de juridisch-economische functie die de overeenkomst vervult en de voorrang die deze rechtsorde geeft aan het legitieme doel dat zij nastreeft, waarbij eventuele (bescheiden) restricties van de mededinging die noodzakelijk blijken te zijn om dit doel te bereiken worden getolereerd. Hiermee samenhangend kunnen alleen die restricties de kwalificatie objectief noodzakelijke nevenrestrictie krijgen zonder welke de overeenkomst niet volledig zou voldoen aan de juridisch-economische functie die haar kenmerkt en/of zonder welke de uitvoering ervan niet te verwezenlijken zou zijn of ernstig in het gedrang zou komen. Mijns inziens moet zowel de verwijzing in het arrest DLG naar de „goede werking” van de primaire transactie als die in het arrest M6 e.a./Commissie naar het karakter ervan dat „moeilijk [...] kan worden gerealiseerd” aldus worden uitgelegd.⁷⁶

85. De eis dat moet worden voorkomen dat het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie overlapt met het onderzoek krachtens artikel 81, lid 3, EG is ook aan de orde gekomen in het kader van de beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie.⁷⁷ Zo is beslist dat de restricties die de realisering van de primaire transactie vergemakkelijken, de efficiëntie ervan verbeteren of het commerciële succes ervan verzekeren, en in het algemeen de restricties die gelet op de mededingingssituatie op de markt „onmisbaar” zijn, moeten worden gezien in de context van deze bepaling en niet van die van lid 1 van hetzelfde artikel.⁷⁸

86. Ik zal dus onderzoeken of het Gerecht in zijn beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's in relatie tot het MasterCard-systeem het hierboven omschreven juridische criterium heeft miskend.

87. Dienaangaande merk ik op dat het Gerecht allereerst in de punten 77 tot en met 82 van het bestreden arrest de beginselen uit het arrest M6 e.a./Commissie in herinnering heeft geroepen, met inbegrip van het in punt 109 van dit arrest genoemde kenmerk dat de primaire transactie „moeilijk [...] kan worden gerealiseerd”. Vervolgens heeft het in de punten 88 en 89 aangegeven dat de

75 — Zo heeft het Hof bijvoorbeeld in het arrest van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punten 19 en 20), geoordeeld dat concurrentieverboden die zijn vervat in overeenkomsten tot overdracht van ondernemingen, voor zover zij in beginsel „de totstandkoming en de doeltreffendheid van een dergelijke overdracht garanderen”, „bijdragen tot versterking van de mededinging, door vergroting van het aantal ondernemingen op de betrokken markt”, zij het op voorwaarde dat „noodzakelijk zijn voor de overdracht van de verkochte onderneming en de duur en de werkingssfeer ervan strikt beperkt zijn tot hetgeen ter bereiking van dat doel vereist is”. In casu had het Hof opgemerkt dat de betrokken overeenkomst tot overdracht van een onderneming [niet had kunnen] worden verwezenlijkt zonder de litigieuze bepaling, omdat „de verkoper, die een zeer goede kennis [had] van de bijzonderheden van de overgedragen onderneming, immers de mogelijkheid [zou hebben] behouden om zijn oude klantenkring onmiddellijk na de overdracht weer naar zich toe te trekken en de levensvatbaarheid van de overgedragen onderneming onmogelijk te maken”. Verder heeft het Hof in het arrest in de zaak Pronuptia de Paris (28 januari 1986, 161/84, Jurispr. blz. 353, punten 15 e.v., en punt 1.B van het dictum) geoordeeld dat een aantal aanvullende clausules bij franchise-overeenkomsten buiten het verbod van het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, EG, vallen, omdat zij „onmisbaar zijn voor de werking van het franchisestelsel”. Tot slot heeft het Hof in het arrest DLG, waarop de rekwiranten in de principale hogere voorziening zich baseren, geoordeeld „dat een bepaling in de statuten van een inkoopcoöperatie, krachtens welke het haar leden verboden is, deel te nemen in andere georganiseerde samenwerkingsverbanden die haar rechtstreeks concurrentie aandoen, niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, [EG], wanneer die statutaire bepaling beperkt is tot hetgeen noodzakelijk is om de goede werking van de coöperatie te verzekeren en haar contractuele onderhandelingspositie ten opzichte van de producenten te handhaven”.

76 — Zo zal een beding dat zich ertoe beperkt de uitvoering van een overeenkomst te faciliteren, zonder in de beschreven zin noodzakelijk te zijn, alleen ontsnappen aan het verbod van artikel 81, lid 1, EG wanneer het geen restrictie van de mededinging bevat of kan worden vrijgesteld krachtens artikel 81, lid 3, EG.

77 — Zie arrest M6 e.a./Commissie (reeds aangehaald, punten 109 en 121).

78 — Reeds aangehaald arrest (punten 109 en 121), waarin verwezen wordt naar onder andere punt 24 van het arrest in de zaak Pronuptia de Paris, waarin het Hof heeft verklaard dat de betrokken territoriale exclusiviteitsclausules een beperking van de mededinging vormen in de zin van artikel 81, lid 1, EG en daarbij heeft erkend dat bij gebreke van territoriale bescherming een kandidaat-franchisenemer ervan zou kunnen worden weerhouden het risico te nemen om tot de verkooporganisatie toe te treden.

voordelen die de MFA's voor het MasterCard-systeem hebben en de overwegingen die betrekking hebben op de noodzakelijkheid van de restrictie in het licht van de mededingingssituatie op de betrokken markt geen rol spelen bij het bepalen van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's uit hoofde van de theorie van de nevenrestricties.⁷⁹ In diezelfde context heeft het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest gepreciseerd dat „alleen de restricties die noodzakelijk zijn opdat de primaire transactie onder alle omstandigheden zou kunnen functioneren, kunnen worden geacht onder [deze theorie] te vallen”, en in punt 90 geconcludeerd dat „de omstandigheid dat indien er geen MFA's zouden zijn, dit negatieve gevolgen kan hebben voor de werking van het MasterCard-systeem, op zich niet [impliceert] dat de MFA's als objectief noodzakelijk moeten worden beschouwd, indien uit het onderzoek van het MasterCard-systeem in zijn economische en juridische context volgt dat het zonder deze kan blijven functioneren”. In tegenstelling tot wat rekwiranten in de principale hogere voorziening beweren, ben ik niet van mening dat deze passages, los van hun context, kunnen worden uitgelegd als een poging van het Gerecht om de in de in punt 83 hierboven genoemde rechtspraak bedoelde beoordelingscriteria, die al strikt waren, nog verder aan te scherpen.

88. Een dergelijke uitlegging lijkt noch door lezing van alle overwegingen van het bestreden arrest die deze criteria betreffen, noch door de in casu door het Gerecht gegeven beoordeling te worden bevestigd. Het Gerecht heeft immers aan het eind van zijn analyse geconcludeerd dat de door rekwiranten in de principale hogere voorziening en interveniënten aangevoerde moeilijkheden die het afschaffen van de MFA's met zich zou brengen voor het functioneren van het MasterCard-systeem, niet van dien aard waren dat zij het functioneren van dit systeem in zijn juridische en economische context in concreto zouden belemmeren. Dienaangaande merk ik overigens op dat rekwiranten in de principale hogere voorziening in hun verzoekschrift in eerste aanleg hadden gesteld dat het afschaffen van de MFA's het voortbestaan van het MasterCard-systeem in gevaar zou hebben gebracht – omdat dit systeem niet zou kunnen functioneren op basis van uitsluitend bilaterale overeenkomsten tussen uitgevende banken en acquiringsbanken inzake afwikkelingsvergoedingen en het ontbreken van een standaardregel – en niet alleen maar de verwezenlijking van dit systeem zou hebben bemoeilijkt.

89. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat het eerste onderdeel van het eerste middel als ongegrond moet worden afgewezen.

ii) Tweede onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening: ontbrekend onderzoek van de beperking van de mededinging in zijn context

90. In het kader van het tweede onderdeel van hun eerste middel voeren de rekwiranten in de principale hogere voorziening in wezen vijf grieven aan.

– Grief ontleend aan de vaststelling van een minder beperkend alternatief dat niet het resultaat van de marktkrachten is

91. Zij betwisten in de eerste plaats het oordeel in punt 99 van het bestreden arrest, dat de Commissie „niet gehouden [was] om aan te tonen dat het vrije concurrentiespel de uitgevende banken en de acquirers ertoe zou bewegen om zelf te beslissen om een voor de mededinging minder beperkende regel dan de MFA's vast te stellen”. Zij menen dat de juiste contrafeitelijke hypothese voor de *beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van een restrictie* noodzakelijkerwijze het resultaat moet

⁷⁹ — In diezelfde zin heeft het Gerecht in punt 101 van het bestreden arrest, alvorens een onderzoek in te stellen naar de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als mechanisme voor geldoverdracht ten gunste van de uitgevende banken, gepreciseerd dat „[h]et [...] hierbij niet [gaat] om een vergelijking teneinde te bepalen of het MasterCard-systeem efficiënter functioneert met de MFA's dan op basis van alleen een verbod van „ex post”-[tarifiering]”.

zijn van de marktkrachten en niet van een interventie van een regulerende autoriteit, omdat anders afbreuk zou worden gedaan aan de in punt 53 hierboven genoemde rechtspraak, die eist dat rekening wordt gehouden met het „feitelijk kader” dat zou bestaan zonder de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of de onderling afgestemde feitelijke gedraging.

92. De Commissie betwist de ontvankelijkheid van deze grief. Zij betoogt dat rekwiranten in de principale hogere voorziening ter ondersteuning van hun middel betreffende de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's niet een argument kunnen aanvoeren – namelijk dat een contrafeitelijke hypothese gebaseerd op een verbod van „ex post”-tarifiering onjuist is – dat zij in eerste aanleg hebben aangevoerd ter staving van een ander middel, namelijk het ontbreken van beperkingen van de mededinging. Dit bezwaar dient mijns inziens te worden afgewezen. Immers, aangezien het Gerecht heeft geantwoord op dit argument in het gedeelte van zijn overwegingen gewijd aan de beoordeling van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's en de rekwiranten in de principale hogere voorziening de juridische gegrondheid van dit antwoord in deze zelfde context betwisten, is de hier besproken grief mijns inziens ontvankelijk.

93. Inhoudelijk merk ik op dat uit de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht volgt dat de voorwaarde van de noodzakelijkheid van een restrictie inhoudt dat enerzijds moet worden onderzocht of de genoemde restrictie objectief noodzakelijk is voor de realisering van de primaire transactie en anderzijds of deze restrictie hiermee evenredig is, te weten of de materiële en geografische werkingssfeer daarvan niet verder gaat dan (of strikt is beperkt tot wat) noodzakelijk is voor de verwezenlijking van deze transactie.⁸⁰

94. Een dergelijk evenredigheidsonderzoek houdt in dat wanneer er een minder beperkend alternatief bestaat waarmee de met de betrokken restrictie nagestreefde rechtmatige doelstellingen kunnen worden bereikt, deze restrictie niet kan worden beschouwd als noodzakelijk voor de verwezenlijking van de primaire transactie en derhalve onder artikel 81, lid 1, EG valt. De mogelijkheid van een dergelijk alternatief moet worden beoordeeld in het licht van het geheel van relevante factoren en moet, zoals het Gerecht verklaart in punt 99 van het bestreden arrest, in het bijzonder vanuit economisch oogpunt realistisch zijn.

95. Daarentegen kan mijns inziens, om in het kader van het *onderzoek van de evenredigheid van een nevenrestrictie* een *minder beperkend alternatief scenario* te kunnen aanvaarden, van de Commissie worden verlangd dat zij aantoonst dat zonder deze restrictie de marktkrachten tot een dergelijk scenario zouden leiden.

96. Dienaangaande kunnen rekwiranten in de principale hogere voorziening zich niet baseren op de in punt 53 hierboven genoemde rechtspraak, die niet specifiek het onderzoek van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie betreft. In lijn met deze rechtspraak heeft het Hof wel erkend dat om te kunnen beoordelen of een restrictie objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de primaire transactie waarmee zij verband houdt, moet worden onderzocht hoe de mededingingssituatie zou zijn indien zij niet bestond⁸¹, om te bepalen of deze transactie in een dergelijk geval moeilijk of helemaal niet kan worden gerealiseerd.⁸² Deze eis kan echter niet in die zin worden uitgelegd dat de Commissie, wanneer zij van oordeel is dat er een minder beperkend alternatief bestaat, moet aantonen dat dit alternatief zou voortvloeien uit de mededinging zonder de door de partijen bij de primaire transactie opgelegde beperking, en nog minder dat deze partijen waarschijnlijk voor het alternatief zouden opteren.⁸³

80 — Zie reeds aangehaalde arresten Remia e.a./Commissie (punt 20) en M6 e.a./Commissie (punt 113)

81 — Zie arrest Remia e.a., reeds aangehaald (punten 18 en 19).

82 — Arrest M6 e.a., reeds aangehaald (punt 109).

83 — Voor deze situatie verwijst ik dienaangaande naar de overwegingen in punt 66 hierboven.

97. Daarentegen volgt uit de rechtspraak dat het er in een dergelijke context enerzijds om gaat dat een dergelijk alternatief, in het bijzonder vanuit economisch perspectief⁸⁴, haalbaar is, en anderzijds dat hiermee kan worden beantwoord aan de rechtmatige doelstellingen waarvoor de betrokken restrictie bedoeld was, zonder dat verder wordt gegaan dan wat voor dit doel noodzakelijk is, en dit alles om de primaire transactie mogelijk te maken.⁸⁵

98. Tot slot merk ik op hieromtrent dat de beoordeling van de evenredigheid van een nevenrestrictie, waar deze tot doel heeft het bestaan na te gaan van minder beperkende alternatieven die de tussen de partijen bij de primaire transactie overeengekomen bepalingen en het door hen gezochte evenwicht van de wederzijdse verplichtingen zouden kunnen vervangen, noodzakelijkerwijs een „regulerende” factor in zich bergt, om te spreken met de rekwiranten in de principale hogere voorziening.

– Grief ontleend aan de ongeloofwaardigheid van de invoering in het MasterCard-systeem van een regel die „ex post”-tarifiering verbiedt

99. In de tweede plaats verwijten rekwiranten in de principale hogere voorziening het Gerecht, de Commissie te hebben „toegestaan” dat zij zich baseerde op „ongeloofwaardige” feiten en een „ongeloofwaardig” alternatief scenario.

100. Een dergelijke grief moet mijns inziens als niet-ontvankelijk worden verworpen, aangezien zij in feite erop gericht is van het Hof een nieuwe beoordeling van de feiten te verkrijgen. Voor het overige moet het betoog waarop de grief is gebaseerd, als ondeugdelijk worden verworpen. Wanneer rekwiranten in de principale hogere voorziening immers verklaren dat het vrijwel „ondenkbaar” is dat wanneer de MFA’s eenmaal zijn afgeschaft, de marktkrachten MasterCard ertoe zouden brengen andere middelen ter compensatie van de uitgevende banken voor de voordelen die zij de acquiringbanken en de handelaren verschaffen, door een verbod van „ex post”-tarifiering uit te sluiten, en dat het andersom logischer zou zijn, miskennen zij het feit dat het Gerecht na het onderzoek in de punten 100 tot en met 119 van het bestreden arrest tot de conclusie is gekomen dat geen enkel mechanisme voor de geldoverdracht van de acquiringbanken naar de uitgevende banken noodzakelijk was. Anders dan rekwiranten in de principale hogere voorziening stellen, heeft het Gerecht dus niet impliciet aanvaard dat voor het functioneren van MasterCard positieve MFA’s noodzakelijk waren, maar juist expliciet het tegendeel verklaard. Wat de invoering in het MasterCard-systeem van een verbod van „ex post”-tarifiering betreft, miskent het betoog van rekwiranten in de principale hogere voorziening dat een dergelijke mogelijkheid in de punten 95 en 96 van het bestreden arrest is besproken als minder beperkend alternatief voor de MFA’s teneinde te voorkomen dat de uitgevende banken in staat zouden zijn de aan de HACR gebonden acquiringbanken uit te buiten door unilateraal de hoogte van de afwikkelingsvergoedingen vast te stellen.

84 — Hoewel andere factoren, zoals bijvoorbeeld overwegingen verband houdend met de politieke context waarbinnen de primaire transactie plaatsvindt, ook kunnen worden meegewogen; zie in die zin arrest E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, reeds aangehaald (punt 75).

85 — Zo heeft het Hof bijvoorbeeld in het arrest Remia e.a./Commissie de aanpak van de Commissie bekrachtigd, dat zij voor het concurrentieverbod in de betrokken overeenkomst tot overdracht van een onderneming een duur van vier jaar heeft aangehouden in plaats van de door partijen overeengekomen duur van tien jaar, een aanpak die was gebaseerd op de na bestudering van alle omstandigheden van het geval ontstane „overtuiging” „dat alleen een duur van vier jaar objectief gezien gerechtvaardigd was” om de verkrijger de mogelijkheid te bieden zijn nieuwe merk te introduceren en een klantenkring op te bouwen en te verhinderen dat de overdrager opnieuw de markt zou binnendringen (punt 30). Evenzo heeft het Hof in het arrest Metro, toen het de evenredigheid onderzocht van de clausules waarin de handelingsvrijheid van de partijen bij een overeenkomst inzake selectieve distributie werd beperkt, uitsluitend de vraag behandeld of dergelijke clausules verder gingen dan noodzakelijk was om hun doelstelling te bereiken, door partijen verdergaande verplichtingen op te leggen (onder meer punten 27, 37 en 39). In het arrest M6 e.a./Commissie concludeerde het Gerecht bij de bestudering van het exclusiviteitsbeding van tien jaar in de overeenkomst met het oog op de oprichting van de vennootschap Télévision par satellite dat een dergelijke duur „overdreven [lijkt]”, aangezien de vestiging van deze onderneming op de markt voor het einde van deze periode haar beslag moest krijgen, dat het „zeer waarschijnlijk” was dat haar concurrentienadeel metertijd zou verminderen en „dat dan ook niet uitgesloten [was]”, dat een dergelijke exclusiviteit, die weliswaar aanvankelijk bedoeld was om de concurrentiepositie van deze onderneming op de betaaltelevisiemarkt te versterken, „haar na enkele jaren in staat stel[de] de mededinging op die markt uit te schakelen”. Zie ook arrest DLG, reeds aangehaald (punten 35 en 40) en, hoewel in een andere context, arrest Wouters, reeds aangehaald (punt 109); arresten van 18 juli 2006, Meca-Medina en Majcen/Commissie (C-519/04 P, Jurispr. blz. I-6991, punt 47); 18 juli 2013, Consiglio Nazionale dei Geologi (C-136/12, punt 54), en arrest Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, reeds aangehaald (punt 100).

101. Tot slot merk ik terzijde op dat rekwiranten in de principale hogere voorziening, voor zover zij de MFA's beschouwen als vergoedingsmechanisme voor de diensten van de uitgevende banken aan de acquiringbanken en de handelaren, lijken terug te komen van het standpunt dat zij hadden ingenomen tijdens de administratieve procedure en voor het Gerecht, te weten dat de MFA's vooral een mechanisme zijn om de vraag van de kant van de kaarthouders en van de handelaren met elkaar in evenwicht te brengen en de kosten voor de diensten te verdelen tussen emittenten en acquirers van het systeem.⁸⁶

– Geen inaanmerkingneming door het Gerecht van het argument dat het verbod van „ex post”-tarifiering dezelfde mededingingsbeperkende gevolgen als de MFA's heeft, en tekortschietende motivering hiervan

102. In derde plaats verwijten rekwiranten in de principale hogere voorziening het Gerecht dat het geen rekening heeft gehouden met de argumenten die zij in eerste aanleg hebben aangevoerd betreffende de substantiële gelijkheid, vanuit het oogpunt van de gevolgen voor de mededinging, van enerzijds de MFA's en anderzijds een verbod van „ex post”-tarifiering. In beide gevallen gaat het immers om een standaardregel die door MasterCard op centraal niveau is vastgesteld en die „de tussen emittenten en acquirers toepasselijke prijs” bepaalt.

103. Dienaangaande volstaat de opmerking dat het Gerecht, zoals ik reeds heb gezegd in punt 69 hierboven, bij het onderzoek van een vergelijkbare, door LBG in haar incidentele hogere voorziening aangevoerde grief, op deze argumenten heeft geantwoord in punt 143 van het bestreden arrest, waarin het heeft gepreciseerd dat het verschil tussen de beide situaties gelegen is in het feit dat „in vergelijking met een acquiringmarkt die zonder hen functioneert, de MFA's de druk [verminderen] die handelaren op de acquiringbanken kunnen uitoefenen tijdens hun onderhandelingen over de MSC's, door de mogelijkheden van een prijsdaling tot beneden een bepaalde drempel te beperken”. Uit deze toelichting volgt weliswaar dat het Gerecht zijn aandacht heeft gericht op de aspecten die verband houden met de hoogte van de prijzen, terwijl de door rekwiranten in de principale hogere voorziening naar voren gebrachte argumenten eerder gericht waren op de aspecten die te maken hebben met de structuur van de prijzen. Toch kan dit verschil in benadering op zich niet leiden tot aanvaarding van de hier besproken grief, die neerkomt op een verzuim te beslissen.⁸⁷ Overigens kan de beoordeling in dit punt niet worden getoetst door het Hof, behalve in geval van een onjuiste opvatting van de feiten of bewijzen, wat in casu niet is gesteld.

104. Ook de grief inzake tekortschietende motivering van deze kwestie dient te worden afgewezen, omdat het genoemde punt 143 van het bestreden arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengt.

⁸⁶ — Zie punt 19 van het bestreden arrest en de punten 146-155 van de litigieuze beschikking.

⁸⁷ — In ieder geval is het zo dat, zelfs wanneer wordt verondersteld dat een verbod van „ex post”-tarifiering op de acquiringmarkt gevolgen zou hebben die „kwalitatief” gezien gelijk zijn aan die van de MFA's, in die zin dat het eveneens ten koste gaat van de transparantie van de aan de afwikkelingsvergoedingen verbonden kosten bij gebreke van een bilaterale overeenkomst, deze gevolgen „kwantitatief” gezien niet vergelijkbaar zijn. Dienaangaande herinner ik eraan dat de Commissie in de litigieuze beschikking op grond van gegevens over het jaar 2002 heeft geoordeeld dat de MFA's gemiddeld tot 73 % van de door de acquiringbanken aan de handelaren gefactureerde kosten konden bedragen (zie punten 425 en 426). Verder, zelfs wanneer wordt verondersteld dat dat wat ten grondslag ligt aan het betoog van rekwiranten in de principale hogere voorziening, te weten dat de Commissie gewoon de *hoogte* van de MFA's betwist, juist is, herinner ik er ten eerste aan dat de Commissie haar beoordeling heeft gegeven op grond van de ten tijde van de administratieve procedure van toepassing zijnde MFA's, en ten tweede dat in eerste aanleg geen enkele grief betreffende een eventuele kwantitatieve drempel van de restrictie verbonden aan de hoogte van de MFA's is aangevoerd – en in ieder geval niet in de onderhavige procedure is ingeroepen – en ten derde dat het gedeelte van het bestreden arrest waarin het Gerecht de grieven afwijst betreffende de onevenredigheid van de opgelegde maatregel, te weten volledige afschaffing van de MFA's, in verhouding tot het feit dat de Commissie uitsluitend doelde op de hoogte daarvan, in het kader van de onderhavige procedure geen voorwerp van geschil is.

– Grief ontleend aan het niet in aanmerking nemen van de beperkende gevolgen van een verbod van „ex post”-tarifiering voor het aspect „uitgifte” van het MasterCard-systeem

105. In de vierde plaats betogen rekwiranten in de principale hogere voorziening dat de door de Commissie voorgestelde, op nihil gestelde MFA eveneens leidt tot een restrictie aan de andere kant van de duale markt, doordat de emittenten worden belemmerd de acquirers te laten betalen voor de diensten die zij aan hen leveren. Dienaangaande onderstrepen zij dat de Commissie heeft geweigerd zich te concentreren op dit onvermijdelijke gevolg en zich daarentegen uitsluitend heeft beziggehouden met één kant van de duale markt, te weten de gevolgen voor de handelaren.

106. Deze kritiek is uitsluitend gericht tegen de beoordeling van de Commissie; noch de bedoelde punten van de overwegingen van het bestreden arrest, noch de onjuistheden die deze punten zouden bevatten, worden genoemd. Voor zover deze kritiek moet worden begrepen als een indirect verwijt aan het Gerecht dat het de gevolgen van het verlagen van de MFA's tot nul ten opzichte van de bestaande MFA's onjuist heeft beoordeeld, omdat het geen rekening heeft gehouden met de restricties die een dergelijke verlaging zou hebben voor de andere kant van de duale markt, wil ik in ieder geval opmerken dat het Gerecht op argumenten die bedoeld waren de beoordeling van de Commissie in twijfel te trekken omdat zij haar economische analyse alleen tot de acquiringmarkt had beperkt, heeft geantwoord in de punten 172 tot en met 182 van het bestreden arrest, waarin het zich in wezen heeft aangesloten bij de definiëring van de uitgiftemarkt en de acquiringmarkt als autonome markten. Anderzijds merk ik op dat rekwiranten in de principale hogere voorziening niet toelichten waarom een restrictie in de verhouding tussen de uitgevende banken en de acquiringbanken mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben op de uitgiftemarkt.⁸⁸ Dienaangaande memoreer ik tot slot dat de verklaring dat de MFA's een vergoedingsmechanisme voor de diensten van de uitgevende banken aan de acquiringbanken en de handelaren vormen, door rekwiranten in de principale hogere voorziening is losgelaten tijdens de administratieve procedure.

– Grief ontleend aan een onjuiste uitlegging van de litigieuze beslissing zoals in eerste aanleg door de Commissie uitgelegd

107. In de vijfde plaats, en tot slot, stellen rekwiranten in de principale hogere voorziening dat het Gerecht de door de Commissie bedoelde contrafeitelijke hypothese onjuist heeft gekarakteriseerd, gegeven de toelichtingen van de Commissie in dupliek dat deze hypothese inhield dat de MFA's volledig werden afgeschaft en dat bilaterale onderhandelingen tussen de banken werden bepleit, waarbij het verbod van „ex post”-tarifiering pas subsidiair was toegevoegd.

108. Dienaangaande merk ik op dat het Gerecht in punt 95 van het bestreden arrest de inhoud van punt 554 van de litigieuze beschikking, waarin de Commissie, als mogelijk minder beperkend alternatief voor de MFA's een verbodsregel voor nadien geheven tarieven heeft gezien, integraal heeft herhaald. Na zich in punt 96 van het bestreden arrest op het standpunt te hebben gesteld dat de redenering in dit punt geen kennelijk onjuiste beoordeling bevat, heeft het Gerecht het vervolg van zijn analyse gebaseerd op de hierin geformuleerde hypothese. Zelfs wanneer wordt verondersteld dat, zoals rekwiranten in de principale hogere voorziening stellen, de Commissie in de loop van het geding haar standpunt daadwerkelijk op substantiële wijze heeft gewijzigd, valt op de benadering van het Gerecht, aansluiting te zoeken bij de inhoud van de bestreden handeling, die overigens duidelijk is over het betrokken punt, op zichzelf niets af te dingen.

⁸⁸ — Er bestaat geen mededinging tussen uitgevende banken voor hun diensten aan acquiringbanken (voor iedere transactie is de uitgevende bank altijd de bank die de kaart uitgeeft) en het is derhalve niet mogelijke een dienst voor deze markten aan te duiden.

– Conclusie betreffende het tweede onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening

109. Gelet op het bovenstaande ben ik van oordeel dat het tweede onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening moet worden afgewezen.

iii) Derde onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening: beoordeling van het Gerecht in de plaats gesteld van de beoordeling van de Commissie

110. In het kader van het derde onderdeel van hun eerste middel betogen rekwiranten in de principale hogere voorziening dat het Gerecht in zijn analyse van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's zijn eigen beoordeling in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie door slechts rekening te houden met een beperkt aantal overwegingen waarop de Commissie zich in de litigieuze beschikking heeft gebaseerd.

111. Dienaangaande herinner ik eraan dat volgens de door rekwiranten in de principale hogere voorziening aangevoerde vaste rechtspraak de Unierechter in een beroep tot nietigverklaring zijn eigen motivering niet in de plaats kan stellen van die van de instelling die de handeling heeft verricht⁸⁹, en evenmin in het kader van de toetsing van complexe economische beoordelingen van de Commissie zijn beoordeling op economisch vlak in de plaats stellen van de beoordeling van deze instelling.⁹⁰

112. In de eerste plaats verwijten rekwiranten in de principale hogere voorziening het Gerecht, met betrekking tot de mogelijkheid een regel toe te passen die nadien geheven tarieven verbiedt deze conclusie te hebben aanvaard zonder enige analyse van de reden waarom dit het geval zou zijn. Met deze grief verwijten zij het Gerecht in feite eerder een gebrekkige analyse dan zijn beoordeling in de plaats te hebben gesteld van die van de Commissie. Derhalve valt deze grief samen met het betoog dat is aangevoerd ter ondersteuning van de vierde grief van het hier besproken middel, ontleend aan onvoldoende rechterlijke toetsing. Ik merk in ieder geval op dat de door het Gerecht in de punten 95 tot en met 99 van het bestreden arrest gevolgde redenering strikt is gebaseerd op die van de Commissie. Dientengevolge kan er op dit punt geen sprake zijn van indeplaatsstelling van de beoordeling en/of van de gronden in de litigieuze beschikking.

113. In de tweede plaats verwijten rekwiranten in de principale hogere voorziening het Gerecht, veel meer gewicht dan de Commissie te hebben toegekend aan „de bredere context van de inkomsten en economische voordelen die de banken uit de uitgifte van kaarten ontvangen” en aan het feit dat er in Australië geen weerslag op het MasterCard-systeem is geweest toen de Australische centrale bank een verlaging van de afwikkelingsvergoedingen bepaalde (hierna: „Australisch voorbeeld”).⁹¹

114. Dienaangaande ben ik van oordeel dat het de Unierechter bij wie beroep tot nietigverklaring is ingesteld, niet kan worden verboden dat hij in het kader van zijn rechtmatigheidstoetsing aan bepaalde aspecten van de motivering van de bestreden handeling meer belang toekent dan aan andere, mits de interne logica van de betrokken handeling daardoor niet dusdanig wordt gewijzigd dat in feite substitutie van de gronden ervan of van de erin gegeven beoordeling plaatsvindt. Mijs inziens is dit in

89 — Arrest van 27 januari 2000, DIR International Film e.a. (C-164/98 P, Jurispr. blz. I-447, punt 38). Het Hof preciseert echter dat het Gerecht de motivering van de bestreden handeling weliswaar anders kan uitleggen dan de betrokken instelling, en in bepaalde omstandigheden de formele motivering van die instelling zelfs kan verwerpen, doch niet wanneer de materiële omstandigheden zulks niet rechtvaardigen (punt 42).

90 — Arresten van 22 november 2007, Spanje/Lenzing (C-525/04 P, Jurispr. blz. I-9947, punt 57), en 2 september 2010, Commissie/Scott (C-290/07 P, Jurispr. blz. I-7763, punt 66).

91 — Zie punten 106 e.v. van het bestreden arrest.

casu niet het geval. Het Gerecht concentreert zijn aandacht weliswaar op de analyse van de inkomsten die de banken ontvangen uit de kaartuitgifte en kent een bijzonder belang toe aan het Australisch voorbeeld, doch lijken noch de beoordeling van de Commissie, noch de gronden van de litigieuze beschikking, die ook is gebaseerd op dergelijke aspecten⁹², te zijn miskend of vervangen.

iv) Vierde onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening: onvoldoende toetsing door het Gerecht

115. In het kader van het vierde onderdeel van hun eerste middel verwijten rekwiranten in de principale hogere voorziening, ondersteund door MBNA, HSBC, RBS en LBG, het Gerecht een zeer beperkte rechterlijke toetsing van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's. Enerzijds zou het Gerecht, gegeven de inwerkingtreding van het Handvest en de rechtspraak van het EHRM, gehouden zijn geweest deze beoordelingen volledig te toetsen, en niet alleen beperkt tot kennelijke beoordelingsfouten. Anderzijds zou het Gerecht de door het Hof vereiste mate van rechterlijke toetsing niet hebben gerespecteerd doordat het ten eerste het criterium van de kennelijke beoordelingsfout heeft toegepast op vaststellingen van de Commissie die geen werkelijk „complexe” economische beoordelingen inhielden, en ten tweede dit criterium heeft vervangen door een ander, minder vergaand criterium, dat beperkt was tot het nagaan van de „redelijkheid” ervan.

116. Alvorens over te gaan tot het onderzoek van deze grieven merk ik op dat de rekwiranten in de principale hogere voorziening in het hier besproken onderdeel ook een aantal argumenten herhalen die overeenstemmen met de in het derde onderdeel hierboven aangevoerde argumenten. Het betreft onder meer de bewering dat het Gerecht zich uitsluitend zou hebben gebaseerd op een gedeelte van de overwegingen van de litigieuze beschikking, aan bepaalde overwegingen meer belang zou hebben toegekend dan de Commissie en zijn beoordeling in de plaats zou hebben gesteld van die van de Commissie. Omdat deze argumenten reeds zijn behandeld bij het onderzoeken van dit onderdeel, beperk ik mij ertoe hiervoor te verwijzen naar hetgeen ik in de punten 110 tot en met 114 hierboven heb gezegd, waarbij ik echter wil attenderen op een inhoudelijke tegenstrijdigheid op te merken tussen deze beweringen en de stelling dat het Gerecht buitensporig veel achting voor de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie op economisch gebied heeft getoond.

117. Dit vooropgesteld, merk ik op dat de hier besproken grieven het Hof andermaal de delicate vraag voorleggen naar de omvang van de rechterlijke toetsing bij beschikkingen waarin de Commissie ondernemingen bestraft wegens inbreuk op de mededingingsregels.⁹³

118. Deze toetsing wordt allereerst afgebakend door de aard van het toezicht dat de Unierechter dient uit te oefenen in de rechtsprekende functie die hem in het Verdrag is gegeven. Behoudens op het gebied van boetes, waar hij krachtens artikel 261 VWEU en artikel 31 van verordening 1/2003⁹⁴ volledige rechtsmacht geniet, oefent hij overeenkomstig artikel 263, lid 1, VWEU een rechtmatigheidstoetsing uit, die hem uitsluitend de mogelijkheid biedt het beroep tot nietigverklaring te verwerpen of de bestreden beschikking nietig te verklaren, doch niet om de beschikking te wijzigen of de doelmatigheid te toetsen. Een tweede, duidelijk uit de rechtspraak blijkende grens is van institutionele aard en komt voort uit de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de Unierechter, waarbij het Verdrag aan de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht een toezichthoudende taak heeft opgedragen, die inhoudt dat zij naast de taak inbreuken op de mededingingsregels op te sporen en te bestraffen, ook algemeen beleid ontwikkelt en voert „dat erop is gericht [...] toepassing te geven aan de door het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van

92 — Zie punten 609-614 van de litigieuze beschikking.

93 — In casu legt de litigieuze beschikking geen boetes op, maar dagelijkse dwangsommen bij niet-naleving van de opgelegde corrigerende maatregelen.

94 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

de ondernemingen in overeenstemming met deze beginselen te sturen”.⁹⁵ In dit verband is in de rechtspraak erkend dat het, in het kader van zijn toetsing van de rechtmatigheid van beslissingen van de Commissie inzake de mededinging, niet de taak van de Unierechter is zijn standpunt in de plaats te stellen van dat van deze instelling, en evenmin om de litigieuze beschikking te herzien, omdat daardoor het door het Verdrag ingevoerde interinstitutionele evenwicht zou worden verstoord.⁹⁶ Een derde grens betreft tot slot de aard van de beoordelingen van de Commissie in haar beschikkingen krachtens artikel 81 EG. Met betrekking tot complexe economische of technische beoordelingen is haar een zekere beoordelingsmarge toegekend op grond van de overweging dat dergelijke beoordelingen een hoge mate van technische bekwaamheid en economische deskundigheid kunnen vereisen en ook keuzen van economisch beleid kunnen inhouden die aan de Commissie zijn. De toetsing van deze beoordelingen door de Unierechter is daardoor beperkt. Volgens vaste rechtspraak is deze toetsing „derhalve beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid”.⁹⁷

119. Sinds enkele jaren is de draagwijdte van de rechtspraak inzake marginale toetsing, mede door de voortgaande criminalisering van het mededingingsrecht van de Unie, nogal ingeperkt.⁹⁸ Zo heeft het Hof in de arresten *KME Germany e.a./Commissie* en *Chalkor/Commissie* gepreciseerd dat „de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge heeft, maar dat dit niet wegneemt dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. Met name dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te onderzoeken, maar moet hij ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen onderbouwen.”⁹⁹ Bovendien heeft het Hof hieraan toegevoegd dat „het aan de Unierechter [staat] het hem toevertrouwde wettigheidscontrole uit te oefenen op basis van de gegevens die de verzoeker ter onderbouwing van de aangevoerde middelen voorlegt” en dat de rechter bij dat toezicht niet kan verwijzen naar de beoordelingsmarge van de Commissie, „om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite”.¹⁰⁰ De exacte draagwijdte van deze uitspraak, die op zichzelf de potentie heeft het beginsel van de erkenning van een beoordelingsmarge van de Commissie voor economische kwesties te

95 — Zie bijvoorbeeld arrest Hof van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie* (100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 105), en arrest *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie*, reeds aangehaald (punt 149).

96 — Zie bijvoorbeeld arrest *Gerecht van 10 maart 1992, SIV e.a./Commissie* (T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403, punten 160, 319 en 320).

97 — Deze rechtspraak was eerst beperkt tot het toepassingsgebied van artikel 81, lid 3, EG, maar is vervolgens vanaf het arrest *Remia e.a./Commissie*, reeds aangehaald (punt 34), uitgebreid tot de toepassing van lid 1 van deze bepaling; zie onder meer arrest van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 279). Men kan zich afvragen of de redenen voor een dergelijke terughoudendheid van de rechter, gezien het proces van decentralisatie van de handhaving van het kartelrecht van de Unie en de ervaring die de gerechten van de Unie in de loop van de jaren op dit gebied hebben opgedaan, nu nog steeds gelden.

98 — Dit proces betrof eerst bepaalde sectoren, zoals de controle op concentraties van ondernemingen en staatssteun; zie respectievelijk arrest van 15 februari 2005, *Commissie/Tetra Laval* (C-12/03 P, Jurispr. blz. I-987, punt 39), en 22 november 2007, *Spanje/Lenzing*, reeds aangehaald (punten 56 en 57).

99 — Zie arrest van 8 december 2011, *KME Germany e.a./Commissie* (C-272/09 P, Jurispr. blz. I-12789, punt 94); arrest *KME Germany e.a./Commissie*, reeds aangehaald (punt 121), en arrest *Chalkor/Commissie* (C-386/10 P, Jurispr. blz. I-13085, punt 54).

100 — Reeds aangehaalde arresten *KME Germany e.a./Commissie* (C-389/10, punt 129) en *Chalkor/Commissie* (punt 62). Zie ook arrest Hof van 6 november 2012, *Otis e.a.* (C-199/11, punten 59 en 61).

neutraliseren, is nog niet duidelijk.¹⁰¹ Daarentegen toont zij wel zeer duidelijk aan dat het Hof de intentie heeft de invloed van een dergelijke beoordelingsmarge op de omvang van de rechterlijke toetsing van beslissingen van de Commissie waarin een sanctie wordt opgelegd wegens schending van artikel 81 EG, zo veel mogelijk te beperken.¹⁰²

120. Aangaande de vraag of de omvang van de rechterlijke toetsing door de Unierechters zoals hierboven beschreven verenigbaar is met de eerbiediging van het recht op een effectief beroep in rechte en het recht op een eerlijk proces dient te worden opgemerkt dat het Hof in de arresten *KME Germany e.a./Commissie* en *Chalkor/Commissie* heeft verklaard dat „[h]et in artikel 263 VWEU neergelegde wettigheidstoezicht, aangevuld met de in artikel 31 van verordening nr. 1/2003 neergelegde toetsingsbevoegdheid met volledige rechtsmacht ter zake van de hoogte van de geldboete, [...] niet in strijd [is] met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming dat in artikel 47 van het Handvest is verankerd”.¹⁰³ Bovendien heeft het Hof in zijn recente arrest *Schindler Holding e.a./Commissie* dit conformiteitsoordeel ook in het licht van artikel 6 EVRM bekrachtigd, op grond waarvan de inhoud en de reikwijdte van artikel 47 van het Handvest moeten worden bepaald, aldus artikel 52, lid 3, van het Handvest.¹⁰⁴

121. Artikel 6, lid 1, EVRM, waarvan het strafrechtelijke deel hier van toepassing is¹⁰⁵, sluit niet uit dat door een bestuursorgaan een repressieve sanctie wordt opgelegd, vooropgesteld dat de beslissing van deze overheid in een later stadium kan worden getoetst door een rechterlijke instantie „met volledige rechtsmacht”. Tot de kenmerken van een dergelijke instantie behoort volgens het EHRM onder meer „de bevoegdheid om de bestreden beslissing [...] op alle punten, feitelijk en rechtens, te wijzigen” en de „bevoegdheid [...] om te oordelen over alle feitelijke en rechtsvragen die relevant zijn in het kader van het geding dat bij hem aanhangig is gemaakt”.¹⁰⁶ Ondanks dat deze uitspraak¹⁰⁷ lijkt te vereisen dat de instantie waaraan het krachtens artikel 6, lid 1, EVRM vereiste latere rechterlijke toezicht is

101 — Rekening houdend met zowel de strekking als de context ervan lijkt de draagwijdte van deze uitspraak beperkt tot de keuze en de beoordeling van de factoren voor de vaststelling van de hoogte van de boete en zich niet uit te strekken tot de toetsing van de beoordelingen ten tijde van de vaststelling van de inbreuk. Toch kan men zich afvragen of dezelfde restrictieve benadering niet des te meer gerechtvaardigd zou zijn in het kader van die toetsing, aangezien de Unierechter in zoverre, anders dan bij de vaststelling van de boete, volledige rechtsmacht bezit.

102 — Het EVA-Hof gaat een stap verder in deze richting en heeft in zijn arrest van 18 april 2012, *Posten Norge As/Toezichthoudende Autoriteit van de EVA* (E-15/10, nog niet gepubliceerd) uitdrukkelijk afstand genomen van de tot de kennelijke onjuistheid van complexe economische beoordelingen door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA beperkte toetsing (punt 102). In de overwegingen van het arrest heeft het EVA-Hof, na de rechtspraak van de Unierechter hieromtrent te hebben uitgelegd als een verwijzing naar de grenzen van de rechtmatigheidstoetsing (punt 96), geconcludeerd dat, rekening houdend met de uit artikel 6, lid 1, EVRM voortvloeiende strafrechtelijke verplichtingen, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, wanneer zij boetes oplegt wegens inbreuk op de mededingingsregels, bij complexe economische beoordelingen geen enkele beoordelingsmarge heeft die verder gaat dan wat inherent is aan deze grenzen (punt 100). Derhalve is het volgens het EVA-Hof in het kader van een dergelijke toetsing weliswaar niet aan de rechter zijn eigen (afwijkende) beoordeling van economisch complexe situaties in de plaats te stellen van die van de instelling die de handeling heeft verricht, wanneer er geen enkel juridisch bezwaar kan worden aangevoerd tegen de conclusies van deze instelling, maar dient hij niettemin „de overtuiging te hebben dat deze conclusies door de feiten worden gedragen” (punt 101).

103 — Reeds aangehaalde arresten *Chalkor/Commissie* (punt 67), *KME Germany e.a./Commissie* (C-389/10, punt 133) en *Otis e.a.* (punten 59-63).

104 — Arrest Hof van 18 juli 2013 (C-501/11 P, punten 30-39). Formeel gezien is het onderzoek gebaseerd op artikel 47 van het Handvest en niet op artikel 6 EVRM; zie ook punt 32 van het arrest en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

105 — Het strafrechtelijke karakter van sancties wegens schending van het mededingingsrecht van de Unie vloeit voor de toepassing van het strafrechtelijke deel van artikel 6, lid 1, EVRM voort uit de toepassing van de door het EHRM in het arrest *Engel e.a./Nederland* van 8 juni 1976, nr. 5100/71, genoemde criteria. Het EVA-Hof heeft in die zin uitspraak gedaan in het arrest *Posten Norge/Toezichthoudende Autoriteit van de EVA*, reeds aangehaald, punt 88. Dit karakter lijkt er ook door het Hof aan te zijn toegekend in het arrest *Schindler Holding e.a./Commissie*, reeds aangehaald (onder meer punt 33).

106 — Arrest EHRM van 27 september 2011, *Menarini Diagnostics Srl/Italië*, nr. 43509/08, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

107 — Althans in de Franse versie van de arresten van het EHRM, die verwijzen naar een bevoegdheid tot wijziging en niet alleen tot nietigverklaring, zoals daarentegen het geval is in de Engelse versie.

opgedragen, bevoegdheden bezit die verder gaan dan de bevoegdheden die bij het rechtmatigheidstoezicht kunnen worden uitgeoefend¹⁰⁸, alsmede de bevoegdheid over te gaan tot een werkelijk onderzoek van de zaak¹⁰⁹, is de toepassing die het EHRM er in concrete gevallen aan geeft zeer flexibel.¹¹⁰

122. In het bijzonder bij de toepassing van artikel 6 EVRM telt, en dit is een uiterst belangrijke factor in de methodologische convergentie tussen de rechtspraak van het EHRM en die van de Unie¹¹¹, volgens het EHRM niet zozeer de abstracte uitspraak van de rechter over wat voor soort toezicht („zwak” of „sterk”) hij mag uitoefenen of voornemens is uit te oefenen in een bepaald geval, als wel het feit dat door de uitoefening van dit toezicht de in dit verdrag genoemde rechten daadwerkelijk beschermd zijn. Deze casuïstische benadering is op impliciete¹¹² maar duidelijke wijze in het recente arrest Menarini Diagnostics Srl/Italië¹¹³ bekrachtigd door het EHRM. In een dergelijke context lijkt weliswaar, zoals het Hof impliciet heeft bekrachtigd in het arrest Schindler Holding e.a./Commissie, het toezicht dat door de Unierechter wordt uitgeoefend op besluiten van de Commissie waarin een sanctie wordt opgelegd wegens schending van de mededingingsregels te kunnen voldoen aan de eisen van artikel 6, lid 1, EVRM¹¹⁴, doch hangt dit af van de wijze waarop dit toezicht concreet wordt uitgeoefend.

123. Op grond van de hierboven uiteengezette beginselen dient te worden onderzocht of het toezicht dat het Gerecht in casu heeft uitgeoefend op de vaststellingen van de Commissie betreffende de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's, voldoende is geweest.

124. Dienaangaande moet allereerst het bezwaar van de Commissie worden afgewezen, dat het aan rekwiranten in de principale hogere voorziening stond te bewijzen dat de MFA's voor het functioneren van het MasterCard-systeem objectief noodzakelijk waren om te kunnen ontsnappen aan het verbod van artikel 81, lid 1, EG. Immers, zelfs wanneer deze stelling juist zou zijn, kan het Gerecht niet anders dan een naar volledigheid strevend toezicht uitoefenen op alle beoordelingen van de Commissie, ook wanneer deze erop gericht zijn een verweer van de betrokken ondernemingen te verwerpen.

125. Vervolgens moet worden opgemerkt dat het Gerecht in punt 82 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar de arresten M6 e.a./Commissie en Remia e.a./Commissie, heeft gememoreerd dat de Unierechter een beperkt toezicht uitoefent op complexe economische beoordelingen die zijn verricht ter bepaling van de objectieve noodzakelijkheid van een nevenrestrictie. Zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt, is een dergelijke abstracte benoeming van de criteria voor de omvang van de toetsing die het Gerecht wil uitoefenen, op zich niet vatbaar voor kritiek als blijkt dat het Gerecht in concreto een grondige controle in rechte en in feite heeft uitgeoefend in het licht van de factoren die zijn ingebracht ter ondersteuning van de aangevoerde middelen.¹¹⁵

108 — En dit zowel ten aanzien van de bepaling van de sanctie als van de vaststelling van de inbreuk.

109 — De omvang van deze toetsing en de aard van deze bevoegdheden zijn bijzonder uitvoerig beschreven in de dissenting opinion van rechter Pinto de Albuquerque in het arrest Menarini Diagnostics Srl/Italië. Als men de in dit standpunt voorgestelde aanpak zou moeten aanhouden, zou in twijfel mogen worden getrokken of het toezicht van de Unierechter op sanctiebesluiten wegens schending van het mededingingsrecht, dat voor wat de vaststelling van de inbreuk betreft beperkt is tot een rechtmatigheidstoetsing, in overeenstemming is met artikel 6, lid 1, EVRM.

110 — Zie in die zin punten 32-36 van mijn conclusie in de zaak Elf Aquitaine (arrest Hof van 29 september 2011, Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, Jurispr. 2011, blz. I-8947).

111 — Zie reeds aangehaalde arresten KME Germany e.a./Commissie (C-389/10) en Chalkor/Commissie, respectievelijk punten 136 en 82.

112 — Zie voor een meer expliciete bekrachtiging van deze benadering, die vanuit het oogpunt van rechtszekerheid niet vrij van kritiek is, de concurring opinion van rechter Sajó in de zaak Menarini Diagnostics Srl/Italië.

113 — Aangehaald in voetnoot 106.

114 — Net als het toezicht uitgeoefend door de regionale administratieve rechtbank van Lazio en door de Italiaanse Raad van State bij beslissingen van de Autorità garante della concorrenza e del mercato, waarvan het EHRM in het arrest Menarini heeft bekrachtigd dat deze overeenstemmen met deze bepaling.

115 — Zie reeds aangehaalde arresten KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, punt 63), KME Germany e.a./Commissie (C-389/10, punt 136) en Chalkor/Commissie (punt 82).

126. Rekwiranten in de principale hogere voorziening betogen allereerst dat het Gerecht onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend op de verklaring van de Commissie dat de MFA's, als standaardregel, hadden kunnen worden vervangen door een verbod van exporttarifiering.

127. Het klopt dat het Gerecht zich ten aanzien van deze vraag, in de punten 95 en 96 van het bestreden arrest, heeft beperkt tot het integraal herhalen van punt 554 van de litigieuze beschikking en het bekrachtigen dat de daarin uiteengezette redenering geen kennelijk onjuiste beoordelingen bevatte.¹¹⁶ Toch volgt uit lezing van het verzoekschrift in eerste aanleg dat de door rekwiranten in de principale hogere voorziening aangevoerde grieven vooral het regulerende karakter betroffen van een verondersteld MasterCard-systeem met een verbod op „ex post”-tarieven, het ontbreken van een analyse van de mededingingsverhoudingen en het feit dat de Commissie niet zou hebben bewezen dat een dergelijk verbod minder beperkende gevolgen voor de mededinging zou hebben dan de MFA's. Het Gerecht heeft deze grieven behandeld in de punten 97 tot en met 99 en punt 143 van het bestreden arrest. De grief die zij thans aanvoeren, namelijk dat een standaardregel die verhindert dat uitgevende banken compensatie krijgen voor de diensten die zij aanbieden aan acquiringbanken, irrealistisch zou zijn, maakte echter geen deel uit van deze grieven. Zoals ik in punt 105 hierboven reeds heb vastgesteld, en zoals ook volgt uit punt 19 van het bestreden arrest en de punten 146 tot en met 155 van de litigieuze beschikking, is de aanvankelijk tijdens de administratieve procedure door rekwiranten in de principale hogere voorziening aangevoerde stelling dat de MFA's een prijs vertegenwoordigen die de acquiringbanken aan de uitgevende banken betalen voor de diensten die laatstgenoemden hen aanbieden, losgelaten en vervangen door de kwalificatie ervan als mechanisme om de vraag van de kaarthouders en van de handelaren met elkaar in evenwicht te brengen. Van haar kant beperkt HSBC zich ertoe te verwijzen naar de aan haar memorie in interventie in eerste aanleg gehechte verklaring van een van haar werknemers, dat de invoering van „ex post”-tarieven waarschijnlijk zou hebben geleid tot het loslaten van het mechanisme van bilaterale vaststelling van de afwikkelingsprovisies. Daarmee wordt echter niet uitgelegd op welke wijze een dergelijk resultaat, gesteld dat dit bewezen zou zijn, een dusdanige weerslag op het MasterCard-systeem zou hebben gehad dat een fall-back-mechanisme gebaseerd op „ex post”-tarieven ondenkbaar was, en evenmin waarom het feit dat het Gerecht met dit resultaat geen rekening zou hebben gehouden, zelfs wanneer dit het geval zou zijn, gevolgen zou hebben gehad voor de doeltreffendheid van zijn rechterlijke toetsing.

128. Rekwiranten in de principale hogere voorziening betogen vervolgens dat het Gerecht onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend op de vaststellingen van de Commissie betreffende de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als mechanisme voor de geldoverdracht aan de uitgevende banken.

129. Dienaangaande merk ik op dat er in de analyse hiervan van het Gerecht in de punten 100 tot en met 119 van het bestreden arrest geen sprake is van enige „achting” aangaande een veronderstelde beoordelingsmarge van de Commissie en dat deze analyse integendeel zodanig autonoom is dat zij in de principale hogere voorziening het voorwerp vormt van een grief dat het Gerecht zijn beoordeling in de plaats zou hebben gesteld van die van de Commissie. Immers, in het licht van zijn eigen analyse van de gegevens betreffende de in de litigieuze beschikking genoemde economische voordelen die de banken in het MasterCard-systeem hebben door de uitgifte van hun kaarten – een analyse die op zich is onttrokken aan de toetsing van het Hof behoudens onjuiste opvatting van de feiten, hetgeen niet is aangevoerd – heeft het Gerecht zich in punt 110 van het bestreden arrest op het standpunt gesteld dat redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat een afname van deze voordelen, in geval van afschaffing van de MFA's, niet zou volstaan om de levensvatbaarheid van het MasterCard-systeem in het geding te brengen, en in punt 111 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich, ook op grond

116 — De precisering die in punt 96 op deze bekrachtiging volgt, drukt slechts het beginsel uit dat een nevenrestrictie bij een primaire transactie niet kan worden beschouwd als objectief noodzakelijk wanneer er een minder beperkend alternatief bestaat.

van een autonome beoordeling van de resultaten van de analyse van de gevolgen van het feit dat de bank van Australië de afwikkelingsvergoedingen van MasterCard had verlaagd, op het standpunt gesteld dat deze analyse steun bood aan de conclusie dat de afschaffing van de MFA's niet zou leiden tot de ondergang van het MasterCard-systeem.¹¹⁷

130. In hun betoog laken zowel rekwiranten in de principale hogere voorziening als LBG niet alleen een „rechterlijke terughoudendheid” ten aanzien van de beoordelingen van de Commissie, maar stellen zij tevens dat de analyse van het Gerecht speculatief en oppervlakkig is, dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de factoren die zij hadden aangevoerd, en dat het Gerecht heeft verzuimd deze tekortkoming in de analyse in de litigieuze beschikking vast te stellen. Bovendien menen zij dat het Gerecht de vraag of de vaststelling van positieve standaardafwikkelingsvergoedingen gezien het duale karakter van de markt al dan niet noodzakelijk was, niet heeft behandeld en evenmin rekening heeft gehouden met de beperkende gevolgen die het op nul stellen van de MFA's zou hebben voor de andere kant van de duale markt, namelijk de uitgiftekant.

131. Dienaangaande herinner ik eraan dat uit de punten 101, 181 en 182 van het bestreden arrest volgt dat het Gerecht zich op het standpunt heeft gesteld dat de argumenten betreffende het feit dat geen rekening zou zijn gehouden met het duale karakter van de markt en met de gevolgen die afschaffing van de MFA's voor de „uitgifte”-kant van deze markt zou hebben, irrelevant zijn in het kader van de analyse uit hoofde van het derde lid van artikel 81 EG, zowel vanuit het oogpunt van de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's als voor de analyse van de gevolgen daarvan voor de mededinging. Bovendien heeft het Gerecht in de punten 176 tot en met 178 van het bestreden arrest de kwalificatie bekrachtigd dat de uitgiftemarkt een relevante markt is met een autonoom karakter, wat in de systematiek van zijn redenering rechtvaardigt dat de Commissie haar analyse van de gevolgen van de MFA's voor de mededinging had beperkt tot deze markt. De rekwiranten in de principale hogere voorziening voeren geen argumenten aan om aan te tonen dat de bovengenoemde overwegingen van het bestreden arrest blijf geven van een onjuiste rechtsopvatting, en LBG beperkt zich dienaangaande tot zeer algemene stellingen.

132. Tot slot betogen de rekwiranten in de principale hogere voorziening dat het feit dat het Gerecht ter bevestiging van zijn redenering het Australische voorbeeld heeft genoemd, dat een geval van vermindering en niet van afschaffing van de MFA's betreft, „dat de analyse van het Gerecht leemtes bevat”.

133. Dienaangaande beperk ik mij ertoe op te merken dat het Gerecht de argumenten betreffende het vermeende gebrek aan relevantie van het Australische voorbeeld in de punten 112 tot en met 114 van het bestreden arrest heeft behandeld en afgewezen. Aangezien de hier besproken grief de beoordeling in deze punten in twijfel trekt zonder enig tegenargument aan te voeren, en zeker niet een onjuiste opvatting van feiten of bewijs, dient zij mijns inziens te worden afgewezen.

134. Gelet op het bovenstaande ben ik van oordeel dat het vierde onderdeel van het eerste middel van de principale hogere voorziening, en derhalve het gehele middel, moet worden afgewezen.

117 — In de punten 113-119 van het bestreden arrest heeft het Gerecht overigens de door rekwiranten in de principale hogere voorziening en door de interveniënten aangevoerde argumenten waarmee de relevantie van het Australische voorbeeld in twijfel werd getrokken en die ten eerste ontleend waren aan het feit dat het ingrijpen van de Australische regulerende autoriteit had geleid tot een verlaging van de MFA's en niet tot afschaffing ervan, ten tweede aan het feit dat de marktvoorwaarden in Australië en in de EER niet met elkaar konden worden vergeleken, en ten derde aan de negatieve gevolgen die een dergelijke verlaging had gehad voor de kaarthouders, onderzocht en afgewezen.

5. Toepassing van artikel 81, lid 3, EG (derde middel van de incidentele hogere voorziening)

135. In haar incidentele hogere voorziening verwijt LBG, ondersteund door de rekwiranten in de principale hogere voorziening, het Gerecht verschillende onjuiste rechtsopvattingen bij de toepassing van artikel 81, lid 3, EG. De grieven van LBG en van de rekwiranten in de principale hogere voorziening kunnen worden verdeeld in drie onderdelen.

a) Bewijsstandaard en het beginsel in dubio pro reo

136. In de eerste plaats had het Gerecht, volgens LBG, moeten vaststellen dat de Commissie blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een uitzonderlijk hoge bewijsstandaard op te leggen. De bewijsstandaard voor de beoordeling van de voorwaarden in artikel 81, lid 3, EG had die van een afweging van waarschijnlijkheden moeten zijn. In casu had deze beoordeling moeten worden toegepast op het gehele Mastercard-systeem, dat voor zowel consumenten als handelaren grote voordelen zou hebben opgeleverd. Het zou juridisch niet juist zijn MasterCard te vragen het exacte prijsniveau van de MFA's te rechtvaardigen in plaats van gewoon, op basis van sterke bewijzen, aan te tonen dat de methode die voor de vaststelling ervan wordt gehanteerd te rechtvaardigen is. In diezelfde context stellen de rekwiranten in de principale hogere voorziening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te concluderen, zonder hiervoor overigens een toereikende verklaring voor te geven, dat het beginsel in dubio pro reo niet toepasselijk is wanneer, zoals in casu, de onderneming die een beroep doet op artikel 81, lid 3, EG, bewijs heeft geleverd dat op zijn minst leidt tot twijfel aan de toepassing van deze bepaling en de Commissie deze twijfel niet geheel heeft kunnen wegnemen.

137. Wat ten eerste de grief ontleend aan een uitzonderlijk hoge bewijsstandaard betreft moet worden vastgesteld dat de grief van LBG in haar incidentele hogere voorziening gebaseerd is op een betoog dat nogal beknopt en onduidelijk is. LBG geeft niet aan welke punten van het bestreden arrest onjuist zouden zijn en beperkt zich tot het betoog dat de opgelegde bewijsstandaard uitzonderlijk hoog is, zonder nader aan te geven op welke onderdelen van het arrest zij kritiek heeft. Tot staving van haar betoog beperkt LBG zich tot een algemene verwijzing naar de argumenten in haar memorie in interventie voor het Gerecht. Hierdoor twijfel ik serieus aan de ontvankelijkheid van deze grief, gelet op artikel 168, lid 1, sub d, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

138. In ieder geval ben ik van oordeel dat deze grief eveneens ongegrond is.

139. Allereerst memoreer ik dat het Gerecht zich, met betrekking tot het argument ontleend aan de vermeende noodzaak de waarde van de MFA's te bepalen binnen het kader van het totale MasterCard-systeem, in punt 207 van het bestreden arrest op het standpunt heeft gesteld dat de Commissie daar waar de MFA's geen nevenrestricties zijn, terecht heeft onderzocht of er aanzienlijke objectieve voordelen bestonden die specifiek voortvloeiden uit de MFA's, zonder hierbij rekening te houden met het gehele MasterCard-systeem. Enerzijds moet worden vastgesteld dat LBG in haar incidentele hogere voorziening geen enkel aspect of argument heeft aangevoerd om deze conclusie van het Gerecht in twijfel te trekken. Anderzijds stel ik voor, gelet op de analyse in de punten 79 tot en met 134 hierboven, de grieven van de rekwiranten in de principale hogere voorziening tegen de overwegingen in het bestreden arrest over de objectieve noodzakelijkheid van de MFA's af te wijzen.

140. Ten aanzien van vervolgens het argument dat de bewijsstandaard voor de beoordeling van de voorwaarden in artikel 81, lid 3, EG die van een afweging van waarschijnlijkheden had moeten zijn, wil ik eerst opmerken dat volgens artikel 2 van verordening nr. 1/2003 de onderneming die zich op artikel 81, lid 3, EG beroept, dient te bewijzen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan, zonder echter de *bewijsstandaard* ter zake aan te geven.

141. Volgens vaste rechtspraak moet, zoals het Gerecht in punt 196 van het bestreden arrest terecht in herinnering roept, degene die een beroep doet op deze bepaling, door middel van overtuigende argumenten en bewijsstukken aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor vrijstelling, en in het bijzonder betreffende de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG, dat de verbetering die uit een overeenkomst voortvloeit merkbare objectieve voordelen kent die opwegen tegen de nadelen voor de mededinging die daaruit voortvloeien.¹¹⁸ Opgemerkt zij eveneens dat het Hof in het arrest GlaxoSmithKline Services heeft bekrachtigd dat het in het kader van een analyse in de zin van artikel 81, lid 3, EG volstaat dat de Commissie op basis van de te harer beschikking staande gegevens tot de overtuiging komt dat de *waarschijnlijkheid* dat het merkbaar objectief voordeel een concrete vorm aanneemt, volstaat om aan te nemen dat de overeenkomst een dergelijk voordeel omvat.¹¹⁹ Vastgesteld moet echter worden dat, zoals expliciet volgt uit punt 93 van dit arrest, deze uitspraak betrekking heeft op de toepassing van de vrijstelling van artikel 81, lid 3, EG, dat van kracht was voor de vaststelling van verordening nr. 1/2003 en voorzag in een systeem van *voorafgaande* toestemming door de Commissie.¹²⁰ In een dergelijke context was de analyse die de Commissie moest uitvoeren een *toekomstgerichte* en *voorspellende* analyse van de waarschijnlijke voordelen die de bij haar aangemelde overeenkomst met zich zou brengen.

142. Vastgesteld moet worden dat LBG en de rekwiranten in de principale hogere voorziening niet alleen de punten van het bestreden arrest die onjuistheden zouden bevatten, niet hebben gespecificeerd en slechts in het algemeen hebben gesteld dat de bewijsstandaard die van een afweging van waarschijnlijkheden had moeten zijn, maar evenmin de redenen hebben gespecificeerd waarom een dergelijke bewijsstandaard van toepassing zou moeten zijn in dit geval, waarin er enerzijds voor de Commissie geen aanleiding was een toekomstgerichte analyse uit te voeren, en het anderzijds aan de rekwiranten in de principale hogere voorziening stond *overtuigende* bewijzen aan te dragen voor de merkbare objectieve voordelen van de MFA's die de door de Commissie genoemde nadelen zouden moeten compenseren.

143. Onder deze omstandigheden ben ik van oordeel dat het argument ontleend aan een uitzonderlijk hoge bewijsstandaard, mocht het Hof menen dat het ontvankelijk is, moet worden afgewezen.

144. Ten aanzien van, ten tweede, de grief van de rekwiranten in de principale hogere voorziening ontleend aan schending van het beginsel in dubio pro reo zij eraan herinnerd dat dit beginsel een uitvloeisel is van het beginsel van het vermoeden van onschuld¹²¹, dat op het moment van de beoordeling van het bewijs van een inbreuk moet worden geëerbiedigd.¹²² Volgens dit beginsel moet het bewijs van een inbreuk op volledige wijze worden geleverd en moeten twijfels en onzekerheden ten aanzien van dit bewijs ten goede komen aan degene wiens gedrag wordt gekritiseerd, en dus verhinderen dat deze persoon bestraft wordt.

145. Het betoog van de rekwiranten in de principale hogere voorziening betreft punt 237 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht zich bij het afsluiten van zijn analyse van de toepassing van artikel 81, lid 3, EG op het standpunt heeft gesteld dat aangezien verzoeksters niet het bewijs hadden geleverd dat de ingeroepen uitzondering van toepassing was, tevens de bewering ontleend aan schending van het beginsel in dubio pro reo moest worden verworpen.

118 — Arrest van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr. blz. I-9291, punt 92, cursivering van mij).

119 — Ibidem, punt 93 (cursivering van mij).

120 — Zie in het bijzonder de artikelen 4, 6 en 9 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

121 — Zie punt 66 van de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak van 3 mei 2007 in de zaak ZF Zefeser (arrest van 18 december 2007, C-62/06, Jurispr. blz. I-11995).

122 — Zie punt 70 van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 8 juni 2006 in de zaak Van Straaten (arrest van 28 september 2006, C-150/05, Jurispr. blz. I-9327).

146. Ik ben van oordeel dat deze beoordeling niet onjuist is. Het beginsel in dubio pro reo kan mijns inziens immers worden toegepast in de analyse die de Commissie volgens artikel 81, lid 1, EG verricht, in het kader waarvan zij het bestaan van een inbreuk op deze bepaling door de betrokken onderneming moet bewijzen. In dat verband vereist dit beginsel dat de door de Commissie aangevoerde bewijzen deze inbreuk op volledige wijze aantonen, zodat er geen enkele twijfel bestaat ten aanzien van de vraag of deze inbreuk gepleegd is.

147. Ik geloof daarentegen niet dat het beginsel in dubio pro reo kan worden ingeroepen om, zoals de rekwiranten in de principale hogere voorziening doen, te proberen de voor de toepassing van de vrijstelling van artikel 81, lid 3, EG vereiste bewijsstandaard te verlagen. Zoals ik heb opgemerkt in punt 141 hierboven, staat het volgens vaste rechtspraak aan de onderneming die een beroep doet op artikel 81, lid 3, EG, door middel van *overtuigende* argumenten en bewijsstukken aan te tonen dat is voldaan aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een vrijstelling. Het volstaat dus niet, zoals de rekwiranten in de principale hogere voorziening van plan lijken te zijn, bewijsstukken aan te leveren die niet verder gaan dan het zaaïen van twijfels wat de toepassing van artikel 81, lid 3, EG betreft.

148. Zoals het Gerecht heeft gememoreerd in punt 197 van het bestreden arrest, kunnen in bepaalde gevallen de argumenten en feiten die de onderneming aanvoert die een beroep wil doen op de vrijstelling, van dien aard zijn dat zij de andere partij, te weten de Commissie, verplichten een verklaring of een rechtvaardiging te geven, zonder welke mag worden geconcludeerd dat aan de bewijsplicht is voldaan.¹²³ Vastgesteld moet echter worden dat de rekwiranten in de principale hogere voorziening niet de conclusie betwisten waartoe het Gerecht in punt 231 van het bestreden arrest is gekomen, dat de Commissie het door hen in de loop van de administratieve procedure ontwikkelde betoog heeft onderzocht en het ongegrond heeft geacht, maar slechts betogen dat het Gerecht in het bestreden arrest heeft toegegeven dat er twijfels bestonden ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 81, lid 3, EG op de MFA's. Dergelijke twijfels zijn echter niet te vinden in het bestreden arrest, en zeker niet in de door de rekwiranten in de principale hogere voorziening bedoelde zin aan het begin van punt 233 van het bestreden arrest. In punt 237 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daarentegen duidelijk, zonder enige twijfel uit te drukken, geconcludeerd dat de Commissie terecht tot de conclusie is gekomen dat verzoeksters niet het bewijs hadden geleverd dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81, lid 3, EG was voldaan.

149. Tot slot ben ik, gelet op de overwegingen in de punten 30 en 31 hierboven, van oordeel dat voor zover de betrokken grief kan worden uitgelegd als een motiveringsklacht ten aanzien van de toepasselijkheid van het beginsel in dubio pro reo, het Gerecht, aangezien het heeft geconcludeerd dat het bewijs voor het bestaan van de voorwaarden voor vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG niet is geleverd, de redenen waarom in casu het beginsel in dubio pro reo niet diende te worden toegepast niet verder behoefde toe te lichten.

b) Vermeende onjuiste aanpak ten aanzien van de markt waarop de voordelen van artikel 81, lid 3, EG ontstaan en ten aanzien van de groepen van betrokken gebruikers

150. In de tweede plaats stelt LBG, ondersteund door de rekwiranten in de principale hogere voorziening, dat het Gerecht een onjuiste aanpak heeft gekozen wat betreft de markt waarop de voordelen van artikel 81, lid 3, EG zich moeten voordoen. LBG betoogt dat het Gerecht weliswaar erkent dat volgens de rechtspraak met deze voordelen rekening kan worden gehouden voor elke markt die profiteert van het bestaan van de overeenkomst, en dat er een verband bestaat tussen de twee kanten van de betrokken markt (te weten de kaarthouders en de handelaren), maar dat het zich uitsluitend heeft gericht op de voordelen voor de handelaren. Hierdoor zou het Gerecht de belangrijke voordelen van het MasterCard-systeem en van de MFA's zelf voor de kaarthouders, alsmede het duale

¹²³ — Zie in die zin arrest GlaxoSmithKline Services, reeds aangehaald, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

karakter van de markt en de optimalisering van het systeem waaraan de MFA's bijdragen, hebben genegeerd. De rekwiranten in de principale hogere voorziening betogen dat het Gerecht niet heeft uitgelegd waarom niet kon worden voldaan aan de eerste twee voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG door zich uitsluitend te baseren op de voordelen die uit de MFA's voortvloeien voor de kaarthouders, mits deze voorwaarden alle vermeende nadelen die voortvloeien uit de beperkende gevolgen van de MFA's voor handelaren kunnen compenseren. De bewoordingen van artikel 81, lid 3, EG bieden geen steun aan de stelling van het Gerecht dat, om de beperking te kunnen beschouwen als verenigbaar met artikel 81 EG, wanneer er twee of meer groepen van betrokken consumenten zijn, alle groepen moeten profiteren van hetzelfde aandeel in de voordelen die voortvloeien uit een beperking van de mededinging.

151. De grieven van LBG en de rekwiranten in de principale hogere voorziening betreffen de analyse in de punten 228 en 229 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht, na te hebben herinnerd aan zijn rechtspraak op grond waarvan de voordelen waarop de eerste voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG betrekking heeft, zich niet alleen op de relevante markt kunnen voordoen, maar ook op andere markten waarop de betrokken overeenkomst positieve effecten kan sorteren, niettemin heeft geoordeeld dat, aangezien de handelaren een van de beide groepen van betrokken gebruikers van de betaalkaarten vormden, voor de toepassing van artikel 81, lid 3, EG het bestaan van merkbare aan de MFA's toe te rekenen objectieve voordelen noodzakelijkerwijs ook voor hen worden aangetoond. Op grond hiervan heeft het Gerecht geconcludeerd dat nu geen dergelijk bewijs was geleverd, het argument dat onvoldoende rekening was gehouden met de voordelen van de MFA's voor de kaarthouders hoe dan ook niet slaagde.

152. Deze grieven betreffen de toepassing van de vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG in een context die gekenmerkt wordt door het bestaan van twee verschillende markten waarvoor de beperkende overeenkomst gevolgen kan hebben. In casu gaat het om de acquiringmarkt en de uitgiftemarkt, die wel verschillend zijn van elkaar, maar waartussen belangrijke interacties en complementariteiten bestaan.¹²⁴ Dienaangaande zij opgemerkt dat hoewel de door de Commissie gehanteerde omschrijving van de relevante markt door het Gerecht is bevestigd, dit aspect van het bestreden arrest geen onderwerp is van de hogere voorziening bij het Hof.

153. LBG en de rekwiranten in de principale hogere voorziening betogen in wezen dat het Gerecht onjuist heeft geoordeeld door de uit de MFA's voortvloeiende voordelen voor kaarthouders, de directe gebruikers van de op de uitgiftemarkt aangeboden diensten, te negeren, terwijl deze voordelen mogelijk een tegenwicht hadden kunnen vormen tegen de beperkende gevolgen van de MFA's voor de handelaren, de directe gebruikers van de op de acquiringmarkt aangeboden diensten.

154. De onderliggende rechtsvraag van deze grief is dus of het voor de toepassing van de vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG in een dergelijke context noodzakelijk is dat het billijke aandeel in de voordelen die voortvloeien uit de overeenkomst, zoals voorzien in artikel 81, lid 3, EG, ten goede komt van de directe gebruikers van de diensten die worden aangeboden op de markt waarop de mededingingsbeperkende gevolgen zich voordoen – in casu in het bijzonder de handelaren – of dat kan worden aangenomen dat de beperkende gevolgen waarvan deze gebruikers nadeel ondervinden, kunnen worden gecompenseerd door de voordelen voor de gebruikers van de diensten die worden aangeboden op een ermee samenhangende markt, te weten in casu de kaarthouders.

155. Vooraf dient te worden gememoreerd dat de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG vereist dat, wil een concurrentiebeperkende overeenkomst kunnen profiteren van de vrijstelling krachtens deze bepaling, een billijk aandeel in de voordelen die voortvloeien uit deze overeenkomst voor de gebruikers bestemd is.

¹²⁴ — Zie punt 176 van het bestreden arrest.

156. Dienaangaande moet eerst worden opgemerkt dat de gebruikers waarnaar in deze bepaling wordt verwezen, moeten worden beschouwd als de directe of indirecte gebruikers van de producten of diensten die onder deze overeenkomst vallen. Ten tweede volgt uit de vaste rechtspraak dat een concurrentiebeperkende overeenkomst alleen in aanmerking komt voor vrijstelling krachtens artikel 81, lid 3, EG wanneer de merkbare objectieve voordelen die voortvloeien uit deze overeenkomst opwegen tegen de nadelen voor de mededinging.¹²⁵ Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat, wil een mededingingbeperkende overeenkomst kunnen profiteren van de vrijstelling, de voordelen die eruit voortvloeien de gebruikers verzekeren van een volledige compensatie van de werkelijke of waarschijnlijke nadelige gevolgen die de beperking van de mededinging die uit deze overeenkomst voortvloeit voor hen kan hebben. Met andere woorden, de voordelen die voortvloeien uit de concurrentiebeperkende overeenkomst moeten opwegen tegen de nadelige gevolgen ervan.

157. Mijns inziens dient deze compensatie echter de gebruikers te betreffen die direct of indirect door de overeenkomst worden getroffen.¹²⁶ Het zijn immers de gebruikers die de schade ondervinden van de beperkende gevolgen van de betrokken overeenkomst, aan wie in beginsel, ter compensatie van deze schade, het billijke aandeel in de voordelen van de overeenkomst bedoeld in artikel 81, lid 3, EG, ten goede moet komen.

158. Indien het namelijk mogelijk zou zijn rekening te houden met de voordelen die uit een overeenkomst voortvloeien voor *één* categorie gebruikers van bepaalde diensten, om tegenwicht te bieden tegen de nadelige gevolgen voor *een andere* categorie gebruikers van andere diensten op een andere markt, zou dat betekenen dat de eerste categorie gebruikers zou worden bevoordeeld ten nadele van de tweede. Dergelijke verdelingsgedachten lijken mij in beginsel geen plaats te hebben op het terrein van het mededingingsrecht.¹²⁷ Dit recht is namelijk bedoeld om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig te beschermen in het belang van de concurrenten en, in laatste instantie, van de consumenten¹²⁸ in het algemeen. Het is daarentegen niet bedoeld om een categorie consumenten te begunstigen ten nadele van een andere.¹²⁹

125 — Zie arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429, blz. 502), en arrest GlaxoSmithKline Services, reeds aangehaald, punt 92. Zie ook punt 141 hierboven.

126 — Het is daarentegen niet noodzakelijk dat elk van deze gebruikers op individuele basis een aandeel in de objectieve voordelen ten goede komt, aangezien rekening moet worden gehouden met de gevolgen voor alle gebruikers op de relevante markt. Zie in die zin arrest van 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punten 70 en 72).

127 — Deze overwegingen zijn niet in tegenspraak met de uitspraak van het Hof in het arrest Asnef-Equifax, volgens welke voor voldoening van de voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede komt, „wel [is] vereist dat de globale invloed op de gebruikers in de betrokken markten gunstig is” (zie punten 70 en 72). Zoals volgt uit de voorgaande noot, deed zich in de zaak Asnef-Equifax namelijk de vraag voor, of elk betrokken lid van de groep consumenten op individuele basis moest profiteren van de uit de concurrentiebeperkende overeenkomst voortvloeiende objectieve voordelen, en niet de vraag naar de uiteindelijke begunstiging van een groep consumenten ten nadele van een andere.

128 — Zie in die zin arrest GlaxoSmithKline Services, reeds aangehaald, punt 63.

129 — Deze overwegingen sluiten mijns inziens niet absoluut uit dat de Commissie in bijzondere gevallen, in het kader van de beleidskeuzen die zij moet maken inzake de mededinging, vrijstelling van een overeenkomst kan aanvaarden op grond van het feit dat uit de overeenkomst substantiële objectieve en duidelijk bewezen voordelen voor een bepaalde groep gebruikers voortvloeien, terwijl de overeenkomst tegelijkertijd beperkte negatieve gevolgen heeft voor een andere groep consumenten doordat het algemene welzijn aanzienlijk wordt verhoogd. De Commissie moge eventueel een dergelijke beleidskeuze inzake de mededinging kunnen maken, die mij in elk geval uitzonderlijk lijkt, maar deze valt zeker niet binnen de bevoegdheden van de partijen bij de overeenkomst in het kader van hun zelf-beoordeling van de vraag of een overeenkomst verenigbaar is met het totale artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU).

159. Dienaangaande wil ik nog opmerken dat deze overwegingen niet noodzakelijkerwijze in tegenspraak zijn met de in punt 228 van het bestreden arrest genoemde vaste rechtspraak van het Gerecht, volgens welke het niet is uitgesloten dat rekening kan worden gehouden met uit een overeenkomst voortvloeiende voordelen die zich voordoen op een andere markt dan die waarvoor de overeenkomst beperkende gevolgen heeft. Met dergelijke voordelen kan immers rekening worden gehouden wanneer bijvoorbeeld de door de overeenkomst benadeelde groep consumenten dezelfde is op de twee verschillende markten.¹³⁰

160. In casu heeft het Gerecht zich op het standpunt gesteld dat het voor de toepasselijkheid van de vrijstelling van artikel 81, lid 3, EG noodzakelijk is dat het bestaan van uit de MFA's voortvloeiende merkbare objectieve voordelen in elk geval voor de handelaren bewezen wordt. Aangezien handelaren de groep gebruikers vormen die rechtstreeks worden benadeeld door de beperkende gevolgen van de MFA's op de markt waarop deze gevolgen zich voordoen, ben ik van oordeel dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

161. Hieruit volgt dat zowel de argumenten van rekwiranten in de principale hogere voorziening als de argumenten van LBG, volgens welke het Gerecht de belangrijke voordelen die voor de kaarthouders voortvloeien uit de MFA's¹³¹ zou hebben genegeerd, niet kunnen worden aanvaard. Bij gebreke van betwisting van de omschrijving van de relevante markt geldt dezelfde conclusie voor het argument dat geen rekening is gehouden met het duale karakter van de markt. Tot slot volgt uit het voorgaande eveneens dat het Gerecht zich, in tegenstelling tot wat rekwiranten in de principale hogere voorziening stellen, in de punten 228 en 229 van het bestreden arrest niet op het standpunt heeft gesteld dat wanneer er twee of meer groepen van betrokken gebruikers zijn, *al* deze groepen moeten profiteren *van hetzelfde aandeel* in de voordelen die voortvloeien uit een beperking van de mededinging teneinde de beperking te kunnen beschouwen als verenigbaar met artikel 81 EG. Het Gerecht heeft zich slechts op het standpunt gesteld dat de uit de MFA's voortvloeiende objectieve voordelen moesten worden bewezen voor de handelaren.

162. Gelet op al het voorgaande ben ik derhalve van oordeel dat de grieven van LBG en van rekwiranten in de principale hogere voorziening betreffende een vermeende onjuiste aanpak ten aanzien van de markt waarop de in artikel 81, lid 3, EG bedoelde voordelen moeten ontstaan en ten aanzien van de groepen gebruikers waarmee rekening moet worden gehouden, in hun geheel dienen te worden afgewezen.

c) Goedkeuring van een te streng criterium voor de toepassing van artikel 81, lid 3, EG

163. In de derde plaats stelt LBG dat het Gerecht ten onrechte een te streng criterium voor de toepassing van artikel 81, lid 3, EG heeft goedgekeurd. LBG doelt in het bijzonder op punt 233 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht te kennen zou geven dat bij de bepaling of de MFA's zijn vastgesteld op een geschikte hoogte uitsluitend rekening hoeft te worden gehouden met de compensatie van de kosten van de uitgevende banken door de handelaren voor de aan hen verleende diensten of diensten waarvan zij duidelijk voordeel hebben, en dat bij de berekening van de compensatie rekening moet worden gehouden met de andere inkomsten van de uitgevende banken. LBG stelt dat de Commissie in recentere gevallen eveneens voor een aanpak lijkt te hebben gekozen die zich uitsluitend richt op de voordelen voor de handelaren, waarbij zij een beperkende methode

130 — Dit was het geval in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerecht van 28 februari 2002, *Compagnie générale maritime e.a./Commissie* (T-86/95, Jurispr. blz. II-1011), genoemd in punt 228 van het bestreden arrest. Immers, in deze zaak werden de twee diensten waarop de beperkingen van de mededinging van toepassing waren, op twee verschillende markten aangeboden, maar afgenomen door dezelfde groep gebruikers, te weten verladers voor intermodaal vervoer tussen Noord-Europa en Zuidoost- en Oost-Azië (zie in het bijzonder punten 112 en 343-345 van dit arrest).

131 — Met de voordelen die direct voortvloeien uit het MasterCard-systeem of de optimalisering daarvan, kon in ieder geval geen rekening worden gehouden, aangezien het Gerecht heeft beslist dat de MFA's geen nevenrestrictie vormen ten opzichte van dit systeem.

gebruikt die bekend is onder de naam „toeristencriterium”.¹³² Deze aanpak is volgens LBG onwerkbaar en ongeschikt, en de Commissie zou zelf niet in staat zijn dit criterium toe te passen bij gebrek aan gegevens. Daarom vraagt LBG zich af hoe MasterCard of, a fortiori, de licentiehoudende banken die niet beschikken over volledige gegevens over de markt, in redelijkheid kunnen worden geacht dit criterium toe te passen. De gekozen methodologie zou ook in de praktijk onmogelijk zijn toe te passen omdat vereist is dat nauwkeurige bewijzen worden aangeleverd om de hoogte van specifieke MFA's te rechtvaardigen. Deze bewijzen zouden echter nauwelijks kunnen worden geleverd. Noch de Commissie, noch het Gerecht zou ook maar enige aanwijzing hebben gegeven over de exacte methodologie die MasterCard dient te volgen om de MFA's op een te rechtvaardigen hoogte vast te stellen. De uit deze aanpak voortvloeiende dubbelzinnigheid zou grote onzekerheid scheppen voor de marktdeelnemers en zou nadelig voor de consument kunnen zijn doordat innovatie op de markt wordt tegengehouden.

164. Mijns inziens berust deze grief op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. In punt 233, het enige punt van het bestreden arrest waar deze grief specifiek op is gericht, heeft het Gerecht immers niet verklaard dat voor de vaststelling of de MFA's zijn vastgesteld op een geschikte hoogte *uitsluitend* rekening moest worden gehouden met de compensatie van de door de uitgevende banken gemaakte kosten voor de verleende diensten. In dit punt van het bestreden arrest heeft het Gerecht geantwoord op het bij hem aangevoerde argument dat er geen gegevens zijn die voldoen aan het door de Commissie verlangde niveau van economisch bewijs. De overwegingen in punt 233 van het bestreden arrest dienen dan ook te worden gelezen in het licht van het voorgaande punt, waarin het Gerecht toelicht dat de moeilijkheid om het door de Commissie verlangde niveau van economisch bewijs te halen het gevolg is van de strekking van het betoog dat verzoeksters in de loop van de administratieve procedure hebben ontwikkeld.

165. Wat de toespeling op de methode van het „toeristencriterium” betreft moet worden vastgesteld dat er noch in het bestreden arrest noch in de litigieuze beschikking enige verwijzing naar deze methode is te vinden, zodat het op deze methode gebaseerde argument niet relevant is. LBG heeft overigens niets gesteld ter verklaring hoe met haar verwijzing naar deze methode een onjuistheid in het bestreden arrest zou kunnen worden vastgesteld.

166. Het argument dat noch de Commissie, noch het Gerecht ook maar enige aanwijzing heeft gegeven over de exacte methodologie die MasterCard dient te volgen om de MFA's vast te stellen, is niet geschikt om een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht aan te wijzen en is dus niet ter zake dienend.

167. Uit het voorgaande volgt dat ook het derde onderdeel van het middel ontleend aan schending van artikel 81, lid 3, EG niet kan worden aanvaard en dat dit middel dus in zijn geheel moet worden afgewezen.

III – Conclusie

168. Gelet op de bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging als volgt te oordelen:

- „1) De principale hogere voorziening en de incidentele hogere voorzieningen worden afgewezen.
- 2) MasterCard Incorporated, MasterCard International Incorporated en MasterCard Europe SPRL worden verwezen in de kosten van de principale hogere voorziening.

¹³² — LBG zet uiteen dat dit criterium bedoeld is om te beoordelen of de MFA's en de MSC's zijn vastgesteld op een hoogte die een handelaar zou willen betalen als hij de kosten van het gebruik van een betaalkaart door een consument zou moeten vergelijken met de kosten van betalingen die niet met een betaalkaart zijn gedaan (in contant geld).

- 3) The Royal Bank of Scotland Plc wordt verwezen in de kosten van haar incidentele hogere voorziening.
- 4) Lloyds TSB Bank Plc en Bank of Scotland Plc worden verwezen in de kosten van hun incidentele hogere voorziening.
- 5) MBNA Europe Bank Ltd., HSBC Bank PLC en het Verenigd Koninkrijk dragen hun eigen kosten.”