



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

11. september 2014*

»Appel — konkurrence — karteller — artikel 81, stk. 1, EF — betalingskortsystem i Frankrig — vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder — marked for udstedelse — gebyrforanstaltninger, der finder anvendelse på »nytilkomne« — tilslutningsgebyr og såkaldte mekanismer til »regulering af tilslutningsfunktionen« og til »vækning af sovende medlemmer« — begrebet »konkurrencebegrænsende formål« — undersøgelse af den skadelige virkning for konkurrencen«

I sag C-67/13 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 8. februar 2013,

Groupement des cartes bancaires (CB), Paris (Frankrig), ved advokats F. Pradelles, O. Fauré og C. Ornellas-Chancerelles samt ved advokat J. Ruiz Calzado,

appellant,

de øvrige parter i appelsagen:

Europa-Kommissionen ved O. Beynet, V. Bottka og B. Mongin, som befuldmægtigede,

sagsøgt i første instans,

BNP Paribas, Paris, ved advokats O. de Juvigny, D. Berg og P. Heusse,

BPCE, tidligere Caisse Nationale des Caisses d'Épargne et de Prévoyance (CNCEP), Paris, ved advokats A. Choffel, S. Hautbourg, L. Laidi og R. Eid,

Société Générale SA, Paris, ved advokats P. Guibert og P. Patat,

intervenienter i første instans,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Ilešič, og dommerne C.G. Fernlund, A. Ó Caoimh (refererende dommer), C. Toader og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: N. Wahl

* Processprog: fransk.

justitssekretær: fuldmægtig V. Tourrès,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. januar 2014,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 27. marts 2014,

afsagt følgende

Dom

- 1 I appelskriftet har Groupement des cartes bancaires (CB) (herefter »Groupement«) nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom CB mod Kommissionen (T-491/07, EU:T:2012:633, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kommissionen i et søgsmål anlagt af Groupement med påstand om annullation af Europa-Kommissionens beslutning K (2007) 5060 endelig af 17. oktober 2007 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] (COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires »CB«) (herefter »den omtvistede beslutning«).

Tvistens baggrund og den omtvistede beslutning

- 2 Tvistens baggrund og den omtvistede beslutnings vigtigste elementer, således som de fremgår af den appellerede doms præmis 1-48, kan sammenfattes som følger:
- 3 Appellanten er en økonomisk interessegruppe etableret i selskabsform i henhold til fransk ret i 1984 af de største franske banker med henblik på at sikre interoperabilitet mellem systemerne for betaling og hævning ved hjælp af bankkort (herefter »CB-kort«) udstedt af dens medlemmer (herefter »CB-systemet«). Denne interoperabilitet muliggør i praksis, at et CB-kort udstedt af et medlem af Groupement kan bruges til betalinger hos alle handlende, der er tilknyttet CB-systemet, via et hvilket som helst andet medlem, og/eller kan bruges til at hæve penge i pengeautomater, der drives af alle de øvrige medlemmer. Groupements medlemmer, der i alt udgjorde 148 den 29. juni 2007, er enten såkaldte »ledende banker« eller pengeinstitutter tilknyttet en ledende bank. I henhold til Groupements stiftelsesoverenskomst er BNP Paribas, BPCE, tidligere Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP), og Société générale SA (herefter »Société Générale«) blandt de 11 ledende banker.
- 4 Den 10. december 2002 anmeldte Groupement i medfør af Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), forskellige nye regler, der påtænkte indført for CB-systemet, bestående bl.a. i tre gebyrforanstaltninger (herefter »de pågældende foranstaltninger«) til Kommissionen:
 - En ordning benævnt »Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur« (mekanisme til regulering af tilslutningsfunktionen, herefter »MERFA«), der ifølge Groupement havde til formål dels at tilskynde medlemmer, der i højere grad er udstedere end erhververe, til at udvikle deres tilslutningsaktivitet, dels at tage økonomisk hensyn til den indsats, der udfoldes af de medlemmer, hvis tilslutningsaktivitet er stor i forhold til deres udstedelsesaktivitet. Den i denne forbindelse anvendte formel bestod i at sammenligne medlemmets andel af de samlede tilslutningsaktiviteter i CB-systemet, som måltes inden for rammerne af »Système d'identification au répertoire des entreprises« (system til identificering i virksomhedsregistret, herefter »SIREN«) og inden for rammene af driften af pengeautomater i forhold til det pågældende medlems andel af CB-systemets samlede udstedelsesaktiviteter, hvilke er udtryk for en banks levering af CB-betalingskort eller en kortindehavers hævning. MERFA skulle finde anvendelse, når forholdet mellem de to kvotienter var mindre end 0,5. De beløb, der blev opkrævet i forbindelse med

MERFA, skulle fordeles mellem de medlemmer af Groupement, der ikke skulle betale noget beløb i denne forbindelse, i forhold til deres bidrag til tilslutningsaktiviteten. Disse medlemmer kunne frit bruge de i denne forbindelse opkrævede beløb.

- En reform af gebyret ved tiltrædelse af Groupement, der ud over et fast beløb på 50 000 EUR, som opkræves ved tiltrædelsen, består af en afgift pr. udstedt CB-kort, som er aktivt i tre år efter tiltrædelsen, og eventuelt et supplerende tiltrædelsesgebyr, der anvendes på de medlemmer, hvis antal CB-kort i løbet af eller ved udløbet af det sjette år efter tiltrædelsen er mere end tre gange højere end antallet af CB-kort ved slutningen af det tredje år efter deres tiltrædelse.
 - En ordning kaldet »vækning af sovende medlemmer« bestående i en afgift pr. udstedt CB-kort, som anvendes på medlemmer, der er inaktive eller kun lidt aktive forud for datoen for nye gebyrforanstaltningers ikrafttræden, hvis andel i udstedelsen af CB-kort i hele CB-systemet i et af årene 2003, 2004 og 2005 havde været mere end tre gange højere end deres andel i den samlede aktivitet i forbindelse med CB-kort i hele CB-systemet i regnskabsårene 2000, 2001 og 2002.
- 5 Den 6. juli 2004 vedtog Kommissionen en første klagepunktsmeddelelse adresseret til Groupement og ni af Groupements ledende banker, der havde været genstand for kontrol, hvormed den kritiserede dem for at have indgået en »hemmelig konkurrencebegrænsende aftale«, der »i det store hele har til formål at begrænse konkurrencen mellem de banker, der er parter i aftalen, og således samlet bremse konkurrencen fra nytilkomne (navnlig supermarkeder, onlinebanker og udenlandske banker) på markedet for udstedelse af bankkort«. Kommissionen mente, at »anmeldelsen [af 10. december 2002 var] sket for at skjule det egentlige indhold af den konkurrencebegrænsende aftale«. Den påtænkte at fratage anmeldelsen enhver virkning og pålægge modtagerne af klagepunktsmeddelelsen en bøde. Groupement svarede på denne klagepunktsmeddelelse den 8. november 2004, og der blev gennemført en høring den 16. og 17. december 2004.
- 6 Den 17. juli 2006 vedtog Kommissionen en ny klagepunktsmeddelelse, udelukkende adresseret til Groupement. Heri anførte den, at den første klagepunktsmeddelelse skulle anses for at være blevet trukket tilbage. Den nye klagepunktsmeddelelse vedrørte en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder af indførelse af en række gebyrforanstaltninger, som havde et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning. Groupement svarede på denne nye klagepunktsmeddelelse den 19. oktober 2006, og der blev gennemført en høring den 13. november 2006.
- 7 Den 20. juli 2007 fremlagde Groupement et forslag til tilsagn i henhold til artikel 9 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1), som generaldirektøren for Kommissionens generaldirektorat for konkurrence betragtede som for sent indgivet og utilfredsstillende.
- 8 Kommissionen vedtog derfor den omtvistede beslutning, hvori den fandt, at Groupement havde overtrådt artikel 81 EF. Denne beslutning indeholdt bl.a. følgende betragtninger:
- Det pågældende marked er markedet for udstedelse af betalingskort i Frankrig.
 - De pågældende foranstaltninger udgør en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.
 - Foranstaltningerne har et konkurrencebegrænsende formål. Dette formål fremgår af selve foranstaltningernes formler og er i strid med de mål med foranstaltningerne, der er angivet i anmeldelsen af 10. december 2002. Dels er disse foranstaltninger ikke egnede til at tilskynde til tilslutning, og de resulterer enten i, at de medlemmer, der underlægges foranstaltningerne, pålægges ekstraomkostninger, eller i, at udstedelsesaktiviteten blandt de medlemmer, der ellers ville have været underlagt dem, begrænses. Dels modvirkes den tilskyndelsesfunktion til tilslutning, der tilskrives MERFA, af den funktion, der tilskrives interbankgebyrer, og af et yderligere

medlemskabsgebyr og et gebyr for »sovende medlemmer, der vågner op«. Dette konkurrencebegrænsende formål svarer til de reelle formål med disse foranstaltninger, sådan som de kommer til udtryk i de ledende bankers fremstilling, nemlig ønsket om at hindre konkurrence fra nytilkomne og om at straffe dem, ønsket om at opretholde de ledende bankers indtægter og ønsket om at begrænse prisreduktionen på bankkort.

- De pågældende foranstaltninger har ligeledes en konkurrencebegrænsende virkning. I løbet af anvendelsesperioden for disse foranstaltninger (den 1.1.2003 til den 8.6.2004) førte disse foranstaltninger navnlig til en reduktion af nytilkomnes planer for udstedelse af CB-kort og til forhindring af et prisfald på CB-kort, både for de nytilkomne og for de ledende banker
 - Betingelserne for anvendelse af artikel 81, stk. 3, EF er ikke opfyldt. Begrundelsen for de pågældende foranstaltninger, særlig vedrørende MERFA som en mekanisme til afbalancering af tilslutningsfunktionen og udstedelsesfunktionen, kunne navnlig ikke accepteres, da forholdet mellem udstedelsesaktiviteten og tilslutningsaktiviteten, der anvendes som reference, er fastsat af de ledende banker og ikke er en optimal balance for CB-systemet.
- 9 Kommissionen fastslog derfor som følger i en omtvistede beslutnings konklusion:

»Artikel 1

De gebyrforanstaltninger, som [Groupements bestyrelse] har vedtaget med beslutningerne af 8. og 29. november 2002, dvs. [MERFA], tilslutningsgebyret pr. kort og det supplerende gebyr for tilslutning samt [gebyret i forbindelse med sovende medlemmer], som finder anvendelse på de medlemmer af Groupement, der ikke har udviklet en væsentlig CB-aktivitet efter deres tilslutning, er i strid med artikel 81 [EF].

Artikel 2

Groupement bringer straks den i artikel 1 omhandlede overtrædelse til ophør ved at ophæve de anmeldte foranstaltninger i tilknytning til de i den pågældende artikel omhandlede gebyrer, for så vidt som dette ikke allerede er sket.

Groupement afholder sig fremover fra at træffe enhver foranstaltning eller fra enhver adfærd, der har samme eller tilsvarende formål eller virkning.«

Sagen for Retten og den appellerede dom

- 10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. december 2007 anlagde appellanten sag med påstand om annullation af den omtvistede beslutning. BNP Paribas, BPCE og Société Générale intervenerede til støtte for appellanten.
- 11 Til støtte for appellen fremsatte appellanten seks anbringender. Det første anbringende vedrørte tilsidesættelse af artikel 81 EF som følge af en fejlagtig metode til analyse af de pågældende foranstaltninger og de valgte markeder, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og manglende begrundelse. Det andet anbringende vedrørte overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF som følge af retlige og faktiske fejl og fejlbedømmelse i forbindelse med vurderingen af de pågældende foranstaltningers formål. Med det tredje anbringende anførte appellanten, at Kommissionen havde begået retlige og faktiske fejl samt foretaget en fejlbedømmelse i forbindelse med vurderingen af de pågældende foranstaltningers virkninger. Det fjerde anbringende, der blev fremsat subsidiært, vedrørte overtrædelse af artikel 81, stk. 3, EF som følge af retlige og faktiske fejl samt en fejlbedømmelse i forbindelse med undersøgelsen af, om denne bestemmelse finder anvendelse på de pågældende foranstaltninger. Med det femte anbringende anførte appellanten, at Kommissionen havde tilsidesat

princippet om god forvaltningsskik. Endelig vedrørte det sjette anbringende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og af retssikkerhedsprincippet på grund af de påbud, som er indeholdt i den omtvistede beslutnings artikel 2.

- 12 Retten forkastede alle disse anbringender og frifandt Kommissionen i det hele.

Parternes påstande og sagen for Domstolen

- 13 I appelskriftet har appellanten nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Sagen hjemvises til Retten, medmindre Domstolen finder, at sagen er tilstrækkeligt oplyst til, at den omtvistede beslutning kan annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger ved Domstolen og Retten.

- 14 Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

- 15 BNP Paribas, BPCE og Société Générale har nedlagt påstande, der er identiske med de af appellanten nedlagte.

Appellen

- 16 Til støtte for appellen har appellanten fremsat tre anbringender. Det første anbringende vedrører retlige fejl begået ved anvendelsen af begrebet »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF. Det andet anbringende vedrører retlige fejl begået ved anvendelsen af begrebet »konkurrencebegrænsende virkning« som omhandlet i samme bestemmelse. Det tredje anbringende vedrører Rettens tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og af retssikkerhedsprincippet, idet den ikke har ophævet det påbud, der er indeholdt i den omtvistede beslutnings artikel 2, stk. 2.

- 17 Indledningsvis har appellanten, som støttes heri af BNP Paribas og BPCE, anført, at Retten undlod at nævne elementer ved redegørelsen for de faktiske omstændigheder, som fremgår af den appellerede doms præmis 1-48, hvilket er udtryk for, at Retten aldrig fraveg Kommissionens holdning, og at den ikke foretog den tilbundsgående prøvelse af både de retlige og de faktiske omstændigheder, som Domstolen kræver. Dels undlod Retten at angive, at den omstændighed, at Kommissionen radikalt havde ændret holdning under bevisførelsen mellem den første og den anden klagepunktsmeddelelse, kunne forklares med de grundlæggende analysemæssige fejl, som høringskonsulenten havde konstateret den 16. og den 17. december 2004, og som hverken Kommissionen eller Retten senere rettede. Dels nævnte den appellerede dom slet ikke de drøftelser, som havde fundet sted under retsmødet den 16. maj 2012, vedrørende begrebet »konkurrencebegrænsende formål« navnlig i forhold til fortolkningen af dom Beef Industry Development Society of Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, herefter »BIDS-dommen«).

Parternes argumenter

- 18 Med det første anbringende har appellanten, støttet af BNP Paribas, BPCE og Société Générale, gjort gældende, at Retten i forbindelse med bedømmelsen af indholdet af, formålet med og konteksten for de pågældende foranstaltninger begik flere retlige fejl ved anvendelsen af begrebet

»konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, hvilket foranledigede den til per se at forbyde ethvert beløb, der faktureres en erhvervsdrivende af en anden erhvervsdrivende. Dette anbringende er opdelt i tre led.

Første led af det første anbringende om retlige fejl ved bedømmelsen af indholdet af de pågældende foranstaltninger

- 19 Appellanten, som støttes heri af BNP Paribas, BPCE og Société Générale, har for det første gjort gældende, at Retten begik retlige fejl i forbindelse med analysen af »selve formålet« med de pågældende foranstaltninger.
- 20 Retten foretog ikke en analyse af de pågældende foranstaltningers skadelighed med henvisning til deres indhold, men hæftede sig alene ved nogle af Groupements medlemmers subjektive hensigter. Retten begik således en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 126 og 132 fandt, at det fremgår af selve formlerne for de pågældende foranstaltninger, at de havde et konkurrencebegrænsende formål bestående i at hindre konkurrencen fra nytilkomne på det pågældende marked. De nævnte foranstaltninger var på ingen måde skadelige for konkurrencen. Dels var formålet med disse foranstaltninger i modsætning til de i BIDS-dommen omhandlede foranstaltninger ikke at tvinge medlemmerne til at forlade Groupement eller at hindre nye medlemmer i at indtræde heri, men at øge antallet af erhvervsdrivende tilknyttet systemet. Dels var disse foranstaltninger begrænset til at tilbyde medlemmerne af CB-systemet forskellige alternativer til blot et bidrag til systemet, idet de fik lov til at vælge deres bidrag ud fra deres egen individuelle strategi.
- 21 Desuden foretog Retten en urigtig gengivelse af beviser, da den i appellerede doms præmis 127, 170 og 178-183 konkluderede, at en række hindringer i praksis gjorde det meget vanskeligt at udvikle en nytilkommens tilslutningsaktivitet, idet den hovedsageligt baserede sig på Kommissionens udtalelser og uden nogen gyldig forklaring så bort fra de elementer, der beviste det modsatte.
- 22 Appellanten har for det andet anført, at Retten begik retlige fejl, idet den tog hensyn til tilblivelseshistorien forud for vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger, som den fremgik af de dokumenter, der blev indsamlet i forbindelse med en kontrol gennemført i Groupements og visse af dens medlemmers lokaler.
- 23 Ved at i den appellerede doms præmis 186 og 256 at tage hensyn til individuelle »private« udtalelser fra visse ledende banker forud for vedtagelsen af de pågældende foranstaltninger for at analysere formålet med disse foranstaltninger foretog Retten først og fremmest en fejlagtig undersøgelse af spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om et konkurrencebegrænsende formål, idet disse udtalelser ikke er udtryk for selve Groupements hensigter, men kun for nogle af dens medlemmers hensigter. For at en beslutning kan betragtes som en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, skal den imidlertid være et loyalt udtryk for ophavsmandens hensigt. I den foreliggende sag er omstændighederne i forbindelse med udarbejdelse og vedtagelse af beslutningen ikke relevante, da kun den endelig afgørelse, dvs. de anmeldte foranstaltninger, er et fuldgyldigt udtryk for Groupements hensigter. Desuden tog Retten ikke hensyn til foranstaltningernes tilblivelseshistorie for at underbygge analysen af disses formål, men i stedet for at gennemføre en indgående analyse af foranstaltningernes indhold.
- 24 Endvidere foretog Retten en urigtig gengivelse af beviserne ved at foretage en utidig udvælgelse blandt de indledende udtalelser, de beslaglagte dokumenter og erklæringerne fra de nytilkomne. En række elementer, hvoraf fremgår navnlig nødvendigheden af at bekæmpe parasitisk adfærd og ønsket om at overholde konkurrenceretten, dokumenterer, at der hersker en reel tvivl med hensyn til konkurrencebegrænsningen, som Retten burde have taget hensyn til. Denne fordrejning er endnu mere åbenlys, fordi Retten baserede sig på de samme elementer, som Kommissionen havde anvendt, uden at fravige konklusionerne i den første klagepunktsmeddelelse.

- 25 BNP Paribas, BPCE og Société Générale har desuden anført, at Retten i den appellerede doms præmis 124 og 146 med urette fastslog, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« ikke skal fortolkes indskrænkende. Dette begreb kan således kun anvendes på aftaler, hvis iboende mål er af en så grov karakter eller så skadelig, at deres negative indvirkning på konkurrencen utvivlsomt synes mulig, og uden at det således er nødvendigt at vurdere de potentielle virkninger heraf.
- 26 Kommissionen er hvad for det første angår analysen af de pågældende foranstaltningers formål af den opfattelse, at Retten i den foreliggende sag bekræftede forekomsten af en konkurrencebegrænsning uden at basere sig på erklæringerne fra Groupements medlemmer, men efter at have undersøgt selve affattelsen af MERFA, hvorefter alle banker, hvis tilslutningsaktivitet er væsentligt lavere end deres udstedelsesaktivitet, automatisk underkastes denne opkrævning. Det reelle formål med MERFA er således at diktere en adfærd – at begrænse udstedelse af kort eller at vælge at bære en meromkostning, som ikke bæres af de andre ledende banker – hvilket begrænser nyttilkomnes mulighed for frit at konkurrere med de ledende banker. Appellanten har ikke godtgjort, at foranstaltninger, der tilsigter at udelukke visse nyttilkomne på markedet for udstedelse, ikke har et »konkurrencebegrænsende formål«. Hvad angår påstanden om, at foranstaltningerne blot har en tilskyndende virkning, har Kommissionen anført, at Retten analyserede og bekræftede Kommissionens konklusion om, at der forelå betydelige hindringer for udviklingen af tilslutningsaktiviteten. Retten konkluderede, at der kun var to muligheder tilbage for nyttilkomne, nemlig at betale eller at begrænse deres udstedelsesaktivitet. Under disse omstændigheder fremhævede Retten med rette ligheden mellem de foranstaltninger, der lå til grund for BIDS-dommen, og de pågældende foranstaltninger, for så vidt som de udgør en hindring for den naturlige udvikling i markedsandelene for producenterne, idet de sidstnævnte ved et afskrækkende bidrag tilskyndes til ikke at overskride en vis produktionsvolumen.
- 27 Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at appellanten ikke har godtgjort, at Retten foretog en åbenbart urigtig gengivelse af sagsakterne. For i den appellerede doms præmis 127 at nå frem til den konklusion, at udviklingen i tilslutningsaktiviteten var meget vanskelig, analyserede Retten i nævnte doms præmis 160-194 samtlige appellants argumenter. Disse præmisser er ubestridte og er ikke blevet tilbagevist.
- 28 Hvad dernæst angår foranstaltningernes tilblivelseshistorie er det Kommissionens opfattelse, at appellanten søger at opnå en fornyet prøvelse af betragtninger vedrørende de faktiske omstændigheder, som fremgår af den appellerede doms præmis 256 og 257, og som ikke længere kan anfægtes på appelstadiet. Under alle omstændigheder ændres konstateringen af, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, ikke af den omstændighed, at der ikke er ført bevis for hensigten om at begrænse konkurrencen hvad angår alle aftalens parter. Desuden fremgår det utvetydigt af den appellerede dom, at Retten som et supplerende element og til bekræftelse tog hensyn til udtalelserne fra og de subjektive hensigter hos visse medlemmer af Groupement. Endelig har appellanten ikke identificeret noget forhold, som angiveligt skulle være blevet gengivet ukorrekt, og appellanten har heller ikke forklaret, hvorfor der skulle foreligge en begrundet tvivl. Klagepunktet om en urigtig gengivelse må derfor afvises.

–Andet led af det første anbringende om retlige fejl ved bedømmelsen af formålene med de pågældende foranstaltninger

- 29 Det er appellants opfattelse, at det var med urette, at Retten, alt imens den anerkendte, at bekæmpelsen af parasitisk adfærd i CB-systemet udgør et legitimt mål, nægtede at vurdere dette mål i lyset af artikel 81, stk. 1, EF. Retten fastslog således, at disse foranstaltninger til bekæmpelse af parasitisk adfærd er konkurrencebegrænsende af natur. Retten burde imidlertid have anerkendt, at et konkurrencebegrænsende formål er udelukket, når Groupements foranstaltninger resulterer i fremme af tilslutningsaktiviteten og i en optimering af forholdet mellem tilslutning og udstedelse. Sådanne foranstaltninger er i henhold til proportionalitetsprincippet hensigtsmæssige, da de består i systemiske

foranstaltninger, der træffes i CB-systemets overordnede interesse, og afbalancerede, da de giver de enkelte medlemmer af Groupement mulighed for at vælge den løsning, der er bedst tilpasset deres individuelle situation.

- 30 Société Générale har desuden anført, at Retten ikke kan påstå, at de pågældende foranstaltningers formål udelukkende fremgår af den analyse, der er foretaget i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, og samtidig fastslå, at Kommissionen med rette kunne tage hensyn til parternes hensigt ved vurderingen af disse foranstaltningers restriktive karakter. Retten burde endvidere have efterprøvet Kommissionens postulat om, at de pågældende foranstaltninger ikke var egnede til at tilskynde til udstedelsesaktivitet. For at afgøre, om en aftale henhører under artikel 81, stk. 1, EF, er det nødvendigt at se på det mål, som aftalen tilsigter at opnå.
- 31 Kommissionen har anført, at appellant, som ikke har påberåbt sig teorien om accessoriske begrænsninger for Retten, ikke har bevist, at den begrænsning, som pålægges nytillkomnes handlefrihed til fordel for allerede etablerede banker, var nødvendig og påkrævet i forbindelse med varetagelsen af formålet bestående i bekæmpelsen af parasitisk adfærd i CB-systemet. I virkeligheden er de pågældende foranstaltninger utilstrækkelige med henblik på at nå de tilstræbte mål og udtryk for forskelsbehandling til fordel for de ledende banker. Appellantens påstande er blevet afvist af Retten og støttes ikke af noget ræsonnement eller bevis. De er i strid med de af Retten foretagne konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder.

Tredje led af det første anbringende om retlige fejl ved bedømmelsen af konteksten for de pågældende foranstaltninger

- 32 Appellant, som støttes heri af BPCE og Société Générale, har gjort gældende, at Retten begik retlige fejl, idet den dels undlod at foretage en analyse af hele CB-systemet, dels undlod at tage hensyn til Groupements foranstaltningers tvetydige virkninger for konkurrencen, idet den udelukkende fokuserede på aktiviteten omkring udstedelse af kort og ikke tog hensyn til hverken det legitime mål, som bestod i at forsvare CB-systemet mod parasitisk adfærd, eller forekomsten af en intens konkurrence med hensyn til tilslutningsaktivitet.
- 33 Appellant foreholder for det første Retten med urette at have taget hensyn til tvistens retlige kontekst ved at foretage en fejlagtig fortolkning af retspraksis. Navnlig burde Retten have fastslået, at de pågældende foranstaltninger var radikalt anderledes end de former for skadelig praksis, som var blevet behandlet i tidligere beslutningspraksis. Retten forsøgte således forgæves at bringe den foreliggende sag på linje med BIDS-dommen. Endvidere er den appellerede dom behæftet med en selvmodsigende begrundelse, idet Retten i nævnte doms præmis 94 og 99 samtidigt bekræftede, at de former for praksis, som blev undersøgt i Kommissionens beslutning af 9. august 2001, Visa International (COMP/2929.373), og af 24. juli 2002, Visa International – Multilateralt interbankgebyr (COMP/29.373), adskiller sig betydeligt fra de former for praksis, der er omhandlet i den foreliggende sag, og at disse to beslutninger vedrører »lignende eller identiske situationer«. Analysefejlen fremgår også af den omstændighed, at Kommissionen havde accepteret at drøfte eventuelle tilsagn i henhold til artikel 9 i forordning nr. 1/2003, dvs. foranstaltninger, »der imødekommer [dens] betænkeligheder«, og som ikke som sådan karakteriserer en overtrædelse på konkurrenceområdet.
- 34 Appellant er for det andet af den opfattelse, at Retten med urette tog hensyn til den økonomiske kontekst ved at se bort fra betalingssystemernes tosidede funktionsmåde. Retten begrænsede således med urette sin analyse til alene at omfatte udstedelsesmarkedet uden at tage hensyn til tilslutningsmarkedet. Retten, som havde anerkendt CB-systemets tosidede karakter, kunne imidlertid ikke konkludere, at kun en af dette systems dele var relevant for at foretage en korrekt analyse af de pågældende foranstaltningers formål. Hvis der var blevet taget hensyn til disse to dele, ville Retten have konstateret, at de nævnte foranstaltninger reelt tilsigtede at beskytte dette system og ikke at forhindre konkurrencen fra udstederne af CB-kort.

- 35 BPCE og Société Générale har i denne forbindelse endvidere anført, at Retten, da den i den appellerede doms præmis 105 fastslog, at kravene om balance mellem disse aktiviteter ikke skal undersøges i lyset af artikel 81, stk. 1, EF, eftersom det eneste fastlagte marked var markedet for udstedelse af kort, sammenblandede begreberne afgrænsning af det relevante marked og analyse af en aftales retlige og økonomiske kontekst. Det fremgår imidlertid ikke af retspraksis, at afgrænsningen af et relevant marked med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF kunne gøre det muligt fra den analyse, som er nødvendig for at finde et eventuelt konkurrencebegrænsende formål, at udelukke elementer af økonomisk eller retlig art, alene fordi de henhører under et andet marked.
- 36 Det er for det tredje appellants opfattelse, at Retten med urette tog hensyn til den økonomiske kontekst ved at undlade at foretage en prøvelse af komplekse økonomiske vurderinger. Det påhviler imidlertid Unionens retsinstanser at efterprøve, om de påberåbte oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om de taler til støtte for de heraf dragne konklusioner. I den foreliggende sag foretog Retten imidlertid på ingen måde denne objektive minimumsprøvelse af de økonomiske vurderinger i den omtvistede beslutning, men begrænsede sig til i den appellerede doms præmis 320 og 321 at afvise visse økonomiske undersøgelser, som Groupement havde fremlagt, med den begrundelse, at de angiveligt var i strid med andre undersøgelser.
- 37 Kommissionen har for det første anført, at appellant har foretaget en fejlagtig læsning af den appellerede dom, eftersom Retten fastslog en tvetydig virkning for konkurrencen. Retten viste, at foranstaltningerne er blottet for konkurrencefremmende virkninger, og at der ikke forekommer parasitisk adfærd i CB-systemet. Bekæmpelsen af parasitisk adfærd er således uegnet til at begrunde en diskriminerende foranstaltning, der begrænser adgangsbetingelserne på markedet. De i artikel 81, stk. 1, EF omhandlede aftaletyper udgør desuden ikke en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler. De pågældende foranstaltninger minder imidlertid om former for hemmelig praksis, som blev kvalificeret som havende et konkurrencebegrænsende formål i BIDS-dommen af de grunde, der er angivet i den appellerede doms præmis 197 og 198. Til trods for disse foranstaltningers kompleksitet fremgår deres karakter af udelukkelsesaftaler, der tilsigter at afholde enhver ny konkurrent fra at indtræde på markedet, klart. Hvad angår overholdelsen af begrundelsespligten forklarede Retten i den appellerede doms præmis 94-99, hvorfor beslutningen Visa International og beslutningen Visa International – Multilateralt interbankgebyr væsentligt adskiller sig fra de pågældende foranstaltninger. Hvad endelig angår den omstændighed, at tilsagn var påtænkt, må dette anbringende afvises, eftersom dette spørgsmål ikke var blevet forelagt Retten. Under alle omstændigheder råder Kommissionen over et vidt skøn på området, og der er ikke holdepunkter for at antage, at overtrædelsens angivelige manglende grovhed fik Kommissionen til at indlede en tilsagnsprocedure.
- 38 Hvad for det andet angår CB-systemets tosidede karakter har Kommissionen anført, at Retten analyserede og efterprøvede grundene til, at den ikke lagde visse af Groupement fremlagte undersøgelser til grund. Klagepunktet om, at Retten ikke tog stilling til økonomernes opfattelse, er således »uden grundlag« og vedrører under alle omstændigheder de faktiske omstændigheder, som ikke er underlagt Domstolens prøvelse i forbindelse med en appel. I den foreliggende sag vedrører overtrædelsen i øvrigt kun udstedelsesmarkedet. Retten afviste argumentet om, at udstedelsesaktiviteterne og tilslutningsaktiviteterne henhørte under et enhedsmarked for nærbanktjenester.
- 39 Hvad for det tredje angår den prøvelse, som Retten foretog af komplekse økonomiske vurderinger, er det Kommissionens opfattelse, at det fremgår af den appellerede doms præmis 320 og 321, at Retten gennemgik og analyserede de to supplerende undersøgelser, som appellant havde fremlagt med henblik på at vise, at de positive virkninger skabt af tilslutningsaktiviteten var større end virkningerne skabt af udstedelsesaktiviteten. Retten forkastede i øvrigt klagepunktet om Kommissionens urigtige gengivelse af disse to undersøgelser. Appellant har ikke godtgjort, at Rettens analyse er behæftet med en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn.

Domstolens bemærkninger

- 40 Med det første anbringende, hvis tre led skal behandles samlet, har appellanten, støttet af BNP Paribas, BPCE og Société Générale, i det væsentlige gjort gældende, at den appellerede dom er behæftet med retlige fejl, idet Retten i strid med artikel 81, stk. 1, EF fastslog, at de pågældende foranstaltninger havde til »formål« at begrænse konkurrencen som omhandlet i denne bestemmelse, idet den med urette undlod at undersøge disses konkrete virkninger for konkurrencen.

Indledende bemærkninger

- 41 Det skal indledningsvis fremhæves, at det af artikel 256 TEUF og artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol følger, at det alene er Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Når Retten har fastlagt eller vurderet de faktiske omstændigheder, har Domstolen i henhold til artikel 256 TEUF imidlertid kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget (jf. bl.a. dom Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen og Kommissionen mod Alliance One International m.fl., C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis).
- 42 Det bemærkes endvidere, at i henhold til bestemmelserne i EU-traktaten og EUF-traktaten vedrørende kompetencefordelingen mellem Kommissionen og Unionens retsinstanser tilkommer det Kommissionen, under Rettens og Domstolens kontrol, at påse, at de i artikel 81 EF og 82 EF fastlagte principper anvendes (jf. i denne retning bl.a. dom Masterfoods og HB, C-344/98, EU:C:2000:689, præmis 46).
- 43 Det bemærkes endvidere, at princippet om effektiv domstolsprøvelse er et generelt EU-retligt princip, som i dag er udtrykt i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter (jf. i denne retning dom Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).
- 44 Det fremgår således af praksis fra Unionens retsinstanser, at Retten, når der i henhold til artikel 263 TEUF indbringes et søgsmål med påstand om annulation af en afgørelse om anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF, generelt på grundlag af de oplysninger, som sagsøgeren har indgivet til støtte for dennes anbringender, skal foretage en fuldstændig prøvelse af, om betingelserne for at anvende denne bestemmelse er opfyldt eller ej (jf. i denne retning domme Remia m.fl. mod Kommissionen, 42/84, EU:C:1985:327, præmis 34, Chalkor mod Kommissionen, EU:C:2011:815, præmis 54 og 62, og Otis m.fl., C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 59). Retten skal ligeledes efterprøve, om Kommissionen har begrundet sin afgørelse (jf. i denne retning domme Chalkor mod Kommissionen, EU:C:2011:815, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis, og Otis m.fl., EU:C:2012:684, præmis 60).
- 45 I forbindelse med denne kontrol kan Retten ikke støtte sig på den skønsmargen, som Kommissionen har i medfør af den rolle, som den er tillagt, på det konkurrencepolitiske område, ved EU-traktaten og EUF-traktaten, for at afvise at udøve en tilbundsgående kontrol af både retlige og faktiske omstændigheder (jf. i denne retning domme Chalkor mod Kommissionen, EU:C:2011:815, præmis 62, og Otis m.fl., EU:C:2012:684, præmis 61).
- 46 Selv om Kommissionen i medfør af denne rolle har et skøn på det økonomiske område, navnlig i forbindelse med komplekse økonomiske vurderinger, indebærer dette ikke, således som det fremgår af nærværende doms foregående præmis, at Retten skal afholde sig fra at efterprøve den juridiske kvalificering, som Kommissionen har foretaget af oplysninger af økonomisk art. Selv om det ikke tilkommer Retten at lade sit eget økonomiske skøn træde i stedet for Kommissionens, idet sidstnævnte har den institutionelle kompetence hertil (jf. i denne retning bl.a. domme Bertelsmann og

Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 145, og Frucona Košice mod Kommissionen, C-73/11 P, EU:C:2013:32, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis), fremgår det af fast retspraksis, at Unionens retsinstanser navnlig ikke blot skal efterprøve den materielle nøjagtighed af de beviser, der påberåbes, deres troværdighed og sammenhæng, men også kontrollere, om disse oplysninger omfatter alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning for at kunne vurdere en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de konklusioner, der udledes heraf (jf. i denne retning bl.a. domme Chalkor mod Kommissionen, EU:C:2011:815, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis, og Otis m.fl., EU:C:2012:684, præmis 59).

- 47 Det er i lyset af disse principper, at det skal undersøges, om det var med rette, at Retten i den appellerede fastslog, at de pågældende foranstaltninger har til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

Undersøgelsen af, om der er tale om et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF

- 48 Det bemærkes, at en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis for at være omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF skal have »til formål eller til følge« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.
- 49 Det fremgår herved af Domstolens praksis, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen (jf. bl.a. dom LTM, 56/65, EU:C:1966:38, 359 og 360, BIDS-dommen, præmis 15, og dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).
- 50 Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår (jf. i denne retning bl.a. dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).
- 51 Det står således fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er uforholdsmæssigt at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet (jf. i denne retning bl.a. dom Clair, 123/83, EU:C:1985:33, præmis 22). Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne.
- 52 Hvis en analyse af indholdet af den samordnede praksis mellem virksomheder imidlertid ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet (dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).
- 53 Ifølge Domstolens praksis er det for at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning (jf. i denne retning dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

54 Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (jf. dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., EU:C:2013:160, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

55 I nærværende sag må det fastslås, at Retten, da den i den appellerede dom definerede de relevante juridiske kriterier, som der skulle tages hensyn til for at afgøre, om der i den foreliggende sag var tale om en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, anførte følgende i denne doms præmis 124 og 125:

»124 Ifølge retspraksis udgør de i artikel 81, stk. 1, litra a)-e), EF omhandlede aftaletyper ikke en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler. Der er derfor ikke grund til at anlægge en snæver fortolkning af begrebet overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning [BIDS]-dommen, præmis 22 og 23).

125 For at vurdere, om en aftale eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er konkurrencebegrænsende, skal man navnlig forholde sig til indholdet af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt, at aftalen eller vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder kan have negative virkninger for konkurrencen. Med andre ord skal den samordnede praksis blot konkret – dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng – kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Det er ikke nødvendigt, at konkurrencen faktisk hindres, begrænses eller fordrejes, eller at der foreligger en direkte forbindelse mellem denne samordnede praksis og detailpriserne. Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der dog intet, der forbyder Kommissionen eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning (jf. i denne retning dom T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, [EU:C:2009:343,] præmis 31, 39 og 43, og dom GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., [C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610,] præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).«

56 Det må konstateres, at Retten herved, delvist, så bort fra Domstolens praksis, og dermed begik en retlig fejl hvad angår definitionen af de retlige kriterier, som er relevante for at bedømme et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

57 Retten undlod således for det første, da den i den appellerede doms præmis 125 definerede begrebet »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i denne bestemmelse, at henvise til Domstolens faste praksis, som nævnt i nærværende doms præmis 49-52, og undlod herved at tage hensyn til, at det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en samordning mellem virksomheder indebærer et sådant »konkurrencebegrænsende formål«, bunder i den konstatering, at en sådan samordning i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen.

58 Henset til denne retspraksis var det for det andet med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 124, og herefter samme doms præmis 146, fastslog, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« ikke skal fortolkes »indskrænkende«. Idet det ellers risikeres, at Kommissionen fritages for sin pligt til at bevise den konkrete virkning for markedet af aftaler, med hensyn til hvilke det slet ikke er godtgjort, at de efter deres art kan være skadelige for de normale konkurrencevilkår, kan begrebet »konkurrencebegrænsende formål« kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen, til at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig. Det forhold, at de former for aftaler, der er omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler, er i denne forbindelse uden relevans.

59 Det skal imidlertid undersøges, om disse retlige fejl har kunnet været til skade for Rettens analyse med hensyn til kvalificeringen af de pågældende foranstaltninger i lyset af artikel 81, stk. 1, EF.

- 60 Det skal herved konstateres, at som det fremgår af den appellerede doms præmis 198, 227 og 234, fandt Retten, at de pågældende foranstaltninger har til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, idet de i det væsentlige hindrer konkurrencen fra nytilkomne på markedet for udstedelse af betalingskort i Frankrig.
- 61 Som det fremgår af den appellerede doms præmis 137, 204, 220, 223, 238 og 267, fandt Retten, efter i denne doms præmis 126-133 at have gengivet indholdet af flere betragtninger til den omtvistede beslutning, at dette konkurrencebegrænsende formål fremgik af selve de formler for beregning, der var fastsat for de pågældende foranstaltninger.
- 62 Under disse omstændigheder fastslog Retten i den appellerede doms præmis 76 og 140-144, at den omstændighed, at de pågældende foranstaltninger forfølger et legitimt mål bestående i at bekæmpe parasitisk adfærd i CB-systemet, ikke udelukkede, at de kunne anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, og dette så meget desto mere som dette formål, således som det fremgik af selve de formler, der var fastsat for de nævnte foranstaltninger, var i modstrid med de af Groupement erklærede mål.
- 63 Retten fandt i øvrigt bl.a. i den appellerede doms præmis 104 og 105, at kravene om balance mellem udstedelsesaktiviteten og tilslutningsaktiviteten inden for CB-systemet ikke var blevet undersøgt inden for rammerne af artikel 81, stk. 1, EF, eftersom det eneste fastlagte marked var det efterfølgende marked for udstedelse af betalingskort.
- 64 Endelig fandt Retten navnlig i den appellerede doms præmis 134, 136 og 267, at det kun var »som et supplerende element og til bekræftelse«, at Kommissionen i den omtvistede beslutning havde støttet sig til Groupements hensigt, således som den fremgår af dokumenterne indsamlet under undersøgelserne, som indeholdt udtalelserne fra de ledende banker, på tidspunktet for forberedelsen af de pågældende foranstaltninger.
- 65 Selv om det af den appellerede dom fremgår, at Retten fandt, at de pågældende foranstaltningers begrænsende formål fulgte alene af deres ordlyd, må det fastslås, at Retten derimod på intet tidspunkt i forbindelse med sin kontrol af lovligheden af den omtvistede beslutning begrundede, hvorfor den nævnte ordlyd kunne anses for at være udtryk for en »konkurrencebegrænsning efter sit formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.
- 66 Retten anførte herved ganske vist i den appellerede doms præmis 132, at Kommissionen, »henset til de formler, der var fastsat for de pågældende foranstaltninger og på grund af problemet med at udvikle tilslutningsaktiviteten, havde fundet, at disse foranstaltninger pålagde de medlemmer af Groupement, der var underlagt dem, enten at begrænse deres udstedelsesaktivitet eller at afholde omkostninger (i tilknytning til udstedelsen), som andre medlemmer af Groupement, herunder de ledende banker, ikke skulle betale. Disse formler begrænsede således på markedet for udstedelse muligheden for de medlemmer, der var underlagt dem, for at konkurrere (på priser) med medlemmerne af Groupement, som ikke var underlagt disse«.
- 67 Desuden anførte Retten i den appellerede doms præmis 133, at Kommissionen havde angivet, at den funktion, som Groupement tilskriver MERFA, og som bestod i en tilskyndelse til at udvikle tilslutningen, »blev modvirket af eksistensen af interbankgebyrer, der fremmede udstedelsen [...] og af den omstændighed, at det yderligere medlemskabsgebyr og det såkaldte gebyr for sovende medlemmer, der vågner op, straffede de banker, der ikke havde udstedt et tilstrækkeligt stort antal kort i den seneste tid«.
- 68 Retten udledte heraf i den appellerede doms præmis 197, 198, 227 og 234, at de omtvistede foranstaltninger ligesom de i BIDS-dommen omhandlede foranstaltninger har til formål at hindre konkurrence fra nytilkomne på markedet for udstedelse af betalingskort i Frankrig, idet de pålægger de banker, som er underlagt disse, enten at betale et gebyr eller at begrænse deres udstedelsesaktiviteter.

- 69 Selv om Retten angav grundene til, at de pågældende foranstaltninger, henset til indholdet af deres formler, kan begrænse konkurrencen og derfor henhøre under forbuddet fastsat i artikel 81, stk. 1, EF, begrundede den imidlertid på ingen måde og i strid med de krav, der følger af den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 49 og 50, hvorfor denne konkurrencebegrænsning er tilstrækkeligt skadelig til at kunne kvalificeres som en begrænsning »efter sit formål« som omhandlet i denne bestemmelse, idet den appellerede dom ikke indeholder nogen analyse af dette spørgsmål.
- 70 Selv om Retten ganske vist med rette i den appellerede doms præmis 76 og 140-144 fastslog, at den omstændighed, at de pågældende foranstaltninger forfølger et legitimt mål bestående i at bekæmpe parasitisk adfærd, ikke udelukker, at de kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, skal dette begrænsende formål ikke desto mindre godtgøres.
- 71 Det følger heraf, at Retten, da den kvalificerede de pågældende foranstaltninger, ikke blot behæftede den appellerede dom med den begrundelsesmangel, men også foretog en ukorrekt fortolkning og anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF.
- 72 Selv om det fremgår bl.a. af den appellerede doms præmis 204 og 247, at Retten flere gange afviste appellansens påstande om, at det af formlerne fastsat for de pågældende foranstaltninger fulgte, at disse tilsigtede at udvikle tilslutningsaktiviteterne for medlemmerne for at opnå en optimal balance mellem udstedelsesaktiviteterne og tilslutningsaktiviteterne, er det derimod ubestridt, således som det desuden fremgår navnlig af den appellerede doms præmis 198, 199, 245, 247 og 327, at de nævnte formler tilskyndede Groupements medlemmer, til, med henblik på at undgå at betale de med nævnte foranstaltninger indførte gebyrer, ikke at overstige et vist antal udstedelser af CB-kort, hvilket gjorde det muligt for dem at opnå et bestemt forhold mellem udstedelsesaktiviteterne og tilslutningsaktiviteterne for Groupements medlemmer.
- 73 Efter i den appellerede doms præmis 83 at have anført, at Groupement er aktiv på »betalingsystemmarkedet«, anførte Retten i denne doms præmis 102, inden for rammerne af den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som det alene tilkommer Retten at foretage, og som ikke anfægtes under nærværende appel, at i det foreliggende tilfælde i et system med kortbetaling, som efter sin art har en tosidet karakter, som Groupements system, er udstedelses- og tilslutningsaktiviteterne uundværlige for hinanden og for systemet i dets helhed, idet de handlende dels ikke ville acceptere at tilslutte sig kortbetalingssystemet, hvis antallet af kortholdere ikke var tilstrækkeligt stort, forbrugerne dels ikke ønskede ikke at få et kort, hvis dette ikke kunne bruges hos et tilstrækkeligt stort antal handlende.
- 74 Retten, der som følge heraf i den appellerede doms præmis 104 konstaterede, at der fandtes »interaktioner« mellem »udstedelses«- og »tilslutnings«aktiviteterne i et betalingssystem, og at disse aktiviteter havde »indirekte netværksvirkninger«, idet betydningen af de erhvervsdrivendes accept af betalingskort og antallet af kort i omløb påvirkede hinanden, kunne ikke uden at begå en retlig fejl konkludere, at de pågældende foranstaltninger havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.
- 75 Retten, som havde anerkendt, at formlerne anvendt i disse foranstaltninger tilsigtede at skabe et vist forhold mellem udstedelsesaktiviteterne og tilslutningsaktiviteterne for Groupements medlemmer, kunne højst heraf udlede, at de nævnte foranstaltninger havde til formål at pålægge de medlemmer af Groupement, der drager fordel af den indsats, andre medlemmer har gjort i forbindelse med tilslutningsaktiviteten, at betale et økonomisk bidrag. Et sådant formål kan imidlertid ikke efter sin art anses for at være skadelig for de normale konkurrencevilkår, idet Retten desuden selv, bl.a. i den appellerede doms præmis 76 og 77, fandt, at bekæmpelsen af parasitisk adfærd i CB-systemet udgjorde et legitimt formål.

- 76 Det bemærkes herved, som generaladvokaten har anført i punkt 149 i forslaget til afgørelse, at Retten med urette i den appellerede doms præmis 105 fandt, at analysen af kravene om balance mellem udstedelses- og udløsningsaktiviteterne inden for betalingssystemet ikke kunne ske inden for rammerne af artikel 81, stk. 1, EF, når det relevante marked ikke var markedet for betalingssystemer i Frankrig, men det efterfølgende marked for udstedelse af betalingskort i denne medlemsstat.
- 77 Herved sammenbandede Retten spørgsmålet om afgrænsningen af det relevante marked og spørgsmålet om den sammenhæng, som der skal tages hensyn til, for at afgøre, om indholdet af en aftale eller af en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er udtryk for en konkurrencebegrænsning »efter sit formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.
- 78 For at vurdere, om en samordning mellem virksomheder efter sin art er skadelig for de normale konkurrencevilkår, skal der i henhold til den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 53, tages hensyn til ethvert relevant forhold, navnlig henset til arten af de pågældende tjenesteydelser, og hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, vedrørende den retlige eller økonomiske kontekst, som nævnte samordning indgår i, uden at det er af betydning, om et sådant forhold er omfattet af det relevante marked eller ej.
- 79 Dette bør navnlig være tilfældet, når dette forhold netop består i en hensyntagen til forekomsten af interaktioner mellem det relevante marked og et andet konnekst marked (jf. analogt domme *Delimitis*, C-234/89, EU:C:1991:91, præmis 17-23, og *Allianz Hungária Biztosító m.fl.*, EU:C:2013:160, præmis 42) og så meget desto mere, når der, som i det foreliggende tilfælde, findes interaktioner mellem de to led i et tosidet system.
- 80 Det kan ganske vist ikke udelukkes, at de pågældende foranstaltninger, således som Retten konstaterede i den appellerede doms præmis 198, 227 og 234, hindrer konkurrencen fra nyttilkomne, henset til de vanskeligheder forbundet med at øge indløsningsaktiviteten for disse nyttilkomne, som disse foranstaltninger medfører, og endog resulterer i, at de sidstnævnte udelukkes fra systemet, ud fra, som BPCE har gjort gældende under retsmødet, niveauet af de gebyrer, som kræves i henhold til disse foranstaltninger.
- 81 En sådan konstatering henhører, således som generaladvokaten har anført i punkt 131 i forslaget til afgørelse, imidlertid under en undersøgelse af de nævnte foranstaltningers virkninger på konkurrencen og ikke af disse foranstaltningers formål.
- 82 Det må således fastslås, at Retten under dække af en undersøgelse af de »muligheder«, som de pågældende foranstaltninger giver Groupements medlemmer, i den appellerede doms præmis 161-193, efter hvilken den i denne doms præmis 194 konkluderede, at »MERFA i praksis gav de banker, som var omfattet heraf, to muligheder: at betale et gebyr eller at begrænse udstedelsen af CB-kort«, i virkeligheden vurderede de potentielle virkninger af de nævnte foranstaltninger, idet den analyserede bankernes vanskeligheder med at udvikle indløsningsaktiviteten på grundlag af oplysninger om markedet, erklæringer fra visse banker og dokumenter indsamlet under undersøgelser, idet den således selv angav, at de pågældende foranstaltninger »efter deres art« ikke kan anses for at være skadelige for de normale konkurrencevilkår.
- 83 Det var herved med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 197 og 198 fandt, at de pågældende foranstaltninger kunne anses for at svare til de foranstaltninger, som Domstolen undersøgte i *BIDS*-dommen, hvor Domstolen fastslog, at de omhandlede aftaler (herefter »BIDS-aftalerne«), indgået mellem de ti største førende forarbejdningsselskaber af oksekød i Irland, som var medlemmer af BIDS, havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

- 84 BIDS-aftalerne, som fastsatte en nedsættelse af forarbejdningskapaciteten på 25%, havde således efter deres egen ordlyd til formål at give flere virksomheder mulighed for at iværksætte en fælles politik, som har til formål at tilgodese, at visse af virksomhederne forlader markedet, og som følge heraf reducere den overkapacitet, som påvirker deres rentabilitet ved at forhindre dem i at opnå stordriftsfordele. BIDS-aftalerne havde således til formål at ændre markedsstrukturen mærkbart takket være en mekanisme, som har til formål at fremme konkurrerende virksomheders udtrædelse med henblik på dels at øge koncentrationsgraden på det pågældende marked ved i væsentlig grad at reducere antallet af virksomheder, der tilbyder oksekødsforarbejdningsydelser, dels at eliminere næsten 75% af den overskydende produktionskapacitet (BIDS-dommen, præmis 31-33).
- 85 I den appellerede dom fastslog Retten på ingen måde, og det blev i øvrigt heller ikke gjort gældende for den, at de pågældende foranstaltninger, såsom BIDS-aftalerne, tilsigtede mærkbart at ændre den pågældende markedsstruktur ved hjælp af en mekanisme, som skulle fremme konkurrerende virksomheders udtrædelse, og at disse foranstaltninger derfor var lige så skadelige som BIDS-aftalerne.
- 86 Selv om Retten i den appellerede doms præmis 198 ganske vist anførte, at de pågældende foranstaltninger tilskyndede Groupemens medlemmer til ikke at overstige et vist antal udstedelser af CB-kort, var formålet med en sådan tilskyndelse ifølge Rettens egne konstateringer i denne doms præmis 245, 247 og 327 ikke at reducere eventuel overkapacitet på markedet for udstedelse af betalingskort i Frankrig, men at opnå et bestemt forhold mellem udstedelses- og indløsningsaktiviteterne for Groupements medlemmer med henblik på en videre udvikling af CB-systemet.
- 87 Heraf følger, at Retten ikke uden at begå en retlig fejl kunne kvalificere de pågældende foranstaltninger som »konkurrencebegrænsninger efter deres formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.
- 88 Eftersom hensigterne hos Groupement i henhold til den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 54, ikke i sig selv er tilstrækkelige til at godtgøre forekomsten af et konkurrencebegrænsende formål, og idet Retten desuden selv i den appellerede doms præmis 134, 136 og 267 angav, at analysen blev gennemført som et supplerende element og til bekræftelse, kan de konstateringer, som Retten i den forbindelse foretog navnlig denne doms præmis 251- 266, heller ikke, idet det ikke er nødvendigt at undersøge appellants argumenter i den forbindelse, begrunde en sådan kvalificering.
- 89 De retlige fejl, som Retten begik med hensyn til de relevante retlige kriterier for bedømmelsen af, om der foreligger en »konkurrencebegrænsning efter dens formål«, den appellerede doms begrundelse og kvalificeringen af de pågældende foranstaltninger i lyset af artikel 821, stk. 1, EF, når anskuet samlet, er desuden udtryk for en generel manglende analyse fra Rettens side og viser således en manglende fuldstændig og tilbundsående undersøgelse af appellants og parternes argumenter fremsat til støtte for annullationen af den omtvistede beslutning.
- 90 Ved flere gange, navnlig i den appellerede doms præmis 126-136, at begrænse sig til at gengive indholdet af den omtvistede beslutning, undlod Retten således reelt at kontrollere, selv om den havde pligt hertil, om de oplysninger, som Kommissionen havde lagt til grund i den omtvistede beslutning, satte den i stand til med rette at konkludere, at de pågældende foranstaltninger, efter deres ordlyd, formål og kontekst, var så skadelige for konkurrencen, at de kunne anses for at have til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, og derfor om de nævnte oplysninger udgjorde alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i den forbindelse.
- 91 Under disse omstændigheder synes Retten at have tilsidesat sin forpligtelse til at overholde et vist kontrolniveau, således som det kræves i henhold til den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 42-46.

- 92 På baggrund af alt det ovenstående må det fastslås, at Retten, da den fastslog, at de pågældende foranstaltninger havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, begik retlige fejl og ikke foretog den kontrol, der kræves i henhold til retspraksis.
- 93 Under disse omstændigheder skal det første appelanbringende tiltrædes.
- 94 Den appellerede dom skal derfor ophæves, uden at det er nødvendigt at behandle de andre anbringender, som appellantens har påberåbt sig til støtte for appellen.

Sagens hjemvisning til Retten

- 95 Ifølge artikel 61 i statuten for Domstolen ophæver Domstolen den af Retten truffene afgørelse, hvis Domstolen giver appellantens medhold. Domstolen kan herefter selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.
- 96 Det skal herved konstateres, at de grunde, som begrundede en ophævelse af den appellerede dom, ikke kan indebære en fuldstændig eller delvis annullation af den omtvistede beslutning. De nævnte grunde indebærer således kun en annullation af denne beslutning, i det omfang den fastslår, at de pågældende foranstaltninger har til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.
- 97 I henhold til den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 52, skal det undersøges, om, som Kommissionen fandt i den omtvistede beslutning, de pågældende aftaler har »til følge« at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.
- 98 Dette aspekt af sagen indebærer imidlertid en undersøgelse af komplicerede spørgsmål om de faktiske omstændigheder på grundlag af forhold, som dels ikke er blevet vurderet af Retten i den appellerede dom, idet Retten i denne doms præmis 270 og 271 fandt, at en sådan vurdering var overflødig, eftersom den fandt, at Kommissionen ikke havde begået nogen fejl, da den i den omtvistede beslutning konkluderede, at de pågældende foranstaltninger havde et konkurrencebegrænsende formål, dels ikke er blevet drøftet for Domstolen, hvorfor sagen på dette punkt ikke er moden til påkendelse.
- 99 Følgelig hjemvises sagen til Retten, og afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

- 1) **Den Europæiske Unions Rets dom af 29. november 2012, CB mod Kommissionen (sag T-491/07), ophæves.**
- 2) **Sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret.**
- 3) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Underskrifter