

RETTENS DOM (Femte Afdeling)

9. september 2009*

I sag T-301/04,

Clearstream Banking AG, Frankfurt am Main (Tyskland),

Clearstream International SA, Luxembourg (Luxembourg),

ved advokats H. Satzky og B. Maassen,

sagsøgere,

* Processprog: tysk.

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved T. Christoforou, A. Nijenhuis og M. Schneider, derefter ved Nijenhuis og R. Sauer, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

hvor der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2004) 1958 endelig udg. af 2. juni 2004 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] (sag COMP/38.096 — Clearstream (clearing og afvikling))

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M. Prek (refererende dommer) og V.M. Ciucă,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 8. oktober 2008,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

- ¹ Den anden sagsøger, Clearstream International SA (herefter »CI«), der har hjemsted i Luxembourg, er et holdingselskab, der ejer den første sagsøger, Clearstream Banking AG (herefter »CBF«) med hjemsted i Frankfurt am Main (Tyskland), og Clearstream Banking Luxembourg SA (herefter »CBL«). Clearstream-koncernen udfører clearing-, afviklings- og forvaringsydelser for værdipapirer. CBL og Euroclear Bank SA (herefter »EB«), med hjemsted i Bruxelles (Belgien), er de eneste to internationale værdipapircentraler, der i øjeblikket driver virksomhed i Den Europæiske Union. CBF er værdipapircentral i Tyskland og den eneste bank, der har status som depotbank for værdipapirer (Wertpapiersammelbank).
- ² Den 22. marts 2001 iværksatte Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber på eget initiativ en undersøgelse vedrørende clearing- og afviklingsydelser ved i første omgang at sende anmodninger om oplysninger til en række institutioner og derefter supplerende anmodninger, der var koncentreret om et muligt misbrug fra CI og CBF's side.
- ³ Den 28. marts 2003 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til sagsøgerne, som disse besvarede den 30. maj 2003. Høringen fandt sted den 24. juli 2003. EB fremlagde under høringen sin opfattelse vedrørende definitionen af markedet som berørt tredjepart i sagen og som svar på en anmodning om oplysninger fra Kommissionen.

- 4 Sagsøgerne fik adgang til Kommissionens sagsakter den 14. april 2003 og den 3. november 2003. Kommissionen oplyste ved skrivelse af 17. november 2003 sagsøgerne om den måde, hvorpå Kommissionen agtede at anvende visse oplysninger, der var tilgået Kommissionens akter efter, at sagsøgerne havde haft adgang til disse akter den 14. april 2003, samt de oplysninger om omkostninger, som sagsøgerne fremlagde efter høringen i juli måned, og opfordrede sagsøgerne til at fremkomme med deres bemærkninger. Sagsøgerne fremsendte ved skrivelse af 1. december 2003 deres bemærkninger.

Den anfægtede beslutning

- 5 Den 2. juni 2004 vedtog Kommissionen beslutning K(2004) 1958 endelig udg. om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] (herefter »den anfægtede beslutning«). Kommissionen foreholder i denne beslutning sagsøgerne, at de har overtrådt artikel 82 EF dels ved at nægte at udføre primære clearing- og afviklingsydelser for EB og ved at diskriminere EB, dels ved at anvende diskriminerende priser over for EB.
- 6 Den anfægtede beslutning indeholder generelle oplysninger om clearing og afvikling af værdipapirtransaktioner, hvoraf de vigtigste er gengivet nedenfor.
- 7 Afviklingen af transaktioner om køb og salg af værdipapirer kræver en permanent kontrol med ejerskabet til de omhandlede værdipapirer for at sikre en klar retstilstand ved overdragelse af ejendomsretten efter en transaktion om køb eller salg og for at sikre, at det finansielle instrument fortsat fungerer korrekt. Derfor skal en værdipapirhandel følges op af en række supplerende transaktioner.
- 8 Clearing er transaktionen, der gennemføres på stadiet mellem handelen og afviklingen. Den sikrer, at sælgeren og køberen er enige om den aftalte transaktion, og at sælgeren er

berettiget til at sælge de omhandlede værdipapirer. Afviklingen (settlement) er den endelige udveksling af værdipapirerne og økonomiske midler mellem køberen og sælgeren, samt registrering i de relevante værdipapirkonti.

- 9 Der findes tre typer af udbydere af clearing- og afviklingsydelser:
 - Værdipapircentralen (herefter »DCT«) er et organ, der opbevarer og administrerer værdipapirer, og som gør det muligt at foretage transaktioner med værdipapirer, såsom overdragelse af værdipapirer mellem to parter og indførelse i regnskaber. DCT udfører i sit hjemland clearing- og afviklingsydelser i forbindelse med transaktioner vedrørende de værdipapirer, der er deponeret hos organet (i endelig forvaring). DCT kan også tilbyde tjenesteydelser som mellemed i forbindelse med grænseoverskridende clearing- og afviklingstransaktioner, når det primære værdipapirdepot befinder sig i et andet land.
 - Den internationale værdipapircentral (herefter: »DCIT«) er et organ, hvis kerneområde består i clearing og afvikling i et internationalt miljø. Den foretager clearing og afvikling af internationale værdipapirer eller grænseoverskridende transaktioner vedrørende nationale værdipapirer.
 - Bankerne tilbyder som mellemed deres kunder tjenesteydelser i forbindelse med handel med værdipapirer, og inden for Den Europæiske Union er der i almindelighed tale om nationale transaktioner.
- 10 Alle værdipapirer skal deponeres fysisk eller elektronisk i et organ med henblik på forvaring i organet.

- 11 Den tyske Depotgesetz (tysk lov om deponering af værdipapirer) indeholder to typer af endelig forvaring af værdipapirer: kollektiv og individuel forvaring. I tilfælde af kollektiv forvaring bliver fungible og teknisk tilpassede værdipapirer af samme type, der er deponeret af flere deponenter og/eller ejere, opbevaret i et enkelt kollektivt depot.
- 12 Med henblik på den anfægtede beslutning, og særligt definitionen af det relevante marked, introducerede Kommissionen en sondring mellem »primære« og »sekundære« clearing- og afviklingsydelse.
- 13 Primær clearing og afvikling foretages ifølge den anfægtede beslutning af det organ, der selv har værdipapirerne i sin endelige forvaring, og det sker ved hver ændring i posteringerne i de værdipapirkonti, som organet indehaver.
- 14 Sekundær clearing- og afvikling gennemføres ifølge den anfægtede beslutning af mellemed, dvs. andre markedsaktører end det organ, som har værdipapirerne i forvaring (i det foreliggende tilfælde bankerne og DCIT'er og ikke-tyske DCT'er).
- 15 Sekundær clearing- og afvikling omfatter enten internaliserede transaktioner, dvs. når en transaktion finder sted mellem to kunder, der har samme mellemmand, hvilket således gør det muligt at gennemføre transaktionerne i denne mellemmands bøger uden tilsvarende indførelser i DCT, eller spejltransaktioner, hvorved finansielle mellemed foretager de nødvendige indførelser i bogføringen for at gengive resultatet af den af DCT gennemførte clearing og afvikling i deres kunders konti. For så vidt angår den sidstnævnte mulighed kan mellemmandene alene udføre clearings- og afviklingsydelse for deres kunder, hvis der er en forbindelse til DCT-systemet.

- 16 Adgangen til værdipapircentralen for de mellemmand, der har værdipapirer i forvaring, kan efter behov være direkte (som medlem eller kunde) eller indirekte (gennem en mellemmand). I det foreliggende tilfælde er forbindelsen mellem CBF og dennes kunder sikret gennem CBF's afviklingssystem, der består af Cascade og Cascade RS. Cascade er et it-system, der gør det muligt at indføre og sammenkoble afviklingsinstrukser og udgør ligeledes et afviklingsfundament for disse transaktioner. Cascade RS (Registered Shares, dvs. aktier registreret på navn, herefter »nominelle aktier«) er et undersystem til Cascade, der gør det muligt for CBF's kunder at indføre specifikke oplysninger til brug for registrerings- og afregistreringsprocessen for nominelle aktier. Der findes to måder at få adgang til Cascade og Cascade RS: manuel adgang (også kaldet »online«) eller fuldautomatiseret adgang ved filoverførsel.
- 17 Ifølge den anfægtede beslutning (betragtning 196-198) udgør Tyskland det geografiske område, for så vidt som de udstedte værdipapirer efter tysk ret er i endelig forvaring i Tyskland.
- 18 Kommissionen har fastslået, at i henhold til artikel 5 i Depotgesetz skal alle de værdipapirer, der er i kollektiv endelig forvaring i Tyskland, opbevares i en anerkendt depotbank for værdipapirer, og i øjeblikket er CBF den eneste depositar af denne type i Tyskland. Kommissionen har — idet den har præciseret, at den kollektive endelige forvaring er den mest udbredte form for forvaring af værdipapirer i Tyskland — bemærket, at sagsøgerne selv har oplyst, at 90% af de tyske værdipapirer er deponeret hos CBF (den anfægtede beslutnings præmis 23-25).
- 19 Hvad angår afgrænsningen af markedet for de omhandlede tjenesteydelser har Kommissionen fastslået (betragtning 199 og 200 til den anfægtede beslutning), at indirekte adgang til CBF ikke er et alternativ for de mellemmand, der anmoder om direkte adgang til CBF. CBF's udførelse af primære clearings- og afviklingsydelser til kunder, som har tilsluttet sig på grundlag af almindelige betingelser, foregår på et marked, der er adskilt fra udførelse af de samme tjenesteydelser til DCT'er og DCIT'er. For mellemmand, der efterspørger primære clearings- og afviklingsydelser med henblik på at kunne tilbyde effektive sekundære clearings- og afviklingsydelser, er sekundære clearings- og afviklingsydelser ikke et økonomisk acceptabelt alternativ. For disse mellemmand udgør primære clearings- og afviklingsydelser, der udføres af andre organer end CBF, ikke et acceptabelt alternativ. Kommissionen har på baggrund heraf konkluderet, at der hverken findes substituerbarhed på efterspørgsessiden eller på

udbudssiden, eftersom mellemændene ikke uden besvær kan vælge en anden leverandør eller en indirekte adgang til de omhandlede tjenesteydelser, og intet andet selskab forventes at kunne udføre de samme tjenesteydelser inden for en overskuelig fremtid.

20 Kommissionen har som følge heraf defineret det relevante marked som bestående i CBF's udførelse af primære clearings- og afviklingsydelser for værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret, for mellemlid som DCT'er og DCIT'er (betragtning 201 til den anfægtede beslutning).

21 Kommissionen har konkluderet, at CBF besidder en dominerende stilling på det relevante marked, eftersom det er CBF i sin egenskab af den eneste depotbank for værdipapirer i Tyskland, der udfører primære clearings- og afviklingsydelser for transaktioner med værdipapirer, der er udstedt og i kollektiv endelig forvaring i henhold til tysk ret. CBF's stilling på det tyske marked var på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen ifølge Kommissionen ikke udsat for en effektiv konkurrence. Som følge af de talrige forhindringer for nye aktørers indtræden på markedet er det endvidere ifølge Kommissionen udelukket, at nye aktører, der vil kunne påføre CBF en følgelig konkurrence, vil træde ind på markedet i en nær fremtid (betragtning 206, 208 og 215 til den anfægtede beslutning).

22 Ifølge den anfægtede beslutning (betragtning 154, 216, 301 og 335) består sagsøgernes misbrug i:

- at nægte at udføre primære clearings- og afviklingsydelser for nominelle aktier ved at nægte direkte adgang til Cascade RS og at diskriminere EB i forhold til udførelsen af disse tjenesteydelser. Nægtelsen af at give direkte adgang til Cascade RS og den

ubegrundede forskelsbehandling i den forbindelse er ikke to separate overtrædelser, men snarere to udslag af den samme adfærd, eftersom der foreligger ubegrundet forskelsbehandling, fordi sagsøgerne igennem næsten to år nægtede at udføre de samme tjenesteydelser for EB, som de uden tøven udførte for andre sammenlignelige kunder i tilsvarende situationer

- over for EB at anvende diskriminerende priser for primære clearings- og afviklingsydelser ved for tilsvarende tjenesteydelser at opkræve højere priser end over for andre sammenlignelige kunder (DCT'erne og DCIT'erne, der stadig gennemfører grænseoverskridende transaktioner), uden at der foreligger en objektiv begrundelse.

²³ Kommissionen har fastslået, at nægtelsen af at give EB direkte adgang til primære clearings- og afviklingsydelser for navneaktier skader innovationen og konkurrencen i forbindelse med udførelsen af grænseoverskridende sekundære clearings- og afviklingsydelser og i sidste instans også forbrugerne på det indre marked (betragtning 228-237 til den anfægtede beslutning).

²⁴ Tyskland er — stadig ifølge den anfægtede beslutning (betragtning 338 og 339) — en vigtig del af Fællesskabet. Handelen mellem medlemsstaterne påvirkes desuden af den grænseoverskridende karakter af CBF's levering af primære clearings- og afviklingsydelser til EB for værdipapirer, der opbevares i kollektivt depot i Tyskland. Den store mængde af EB's transaktioner vedrørende tyske værdipapirer viser, at der er tale om en væsentlig indvirkning på udvekslingen mellem medlemsstaterne.

25 Den anfægtede beslutnings dispositive del har følgende ordlyd:

»Artikel 1

[CBF] og [CI] har tilsidesat artikel 82 [EF]:

- a) ved uden en objektiv begrundelse at nægte at udføre primære clearings- og afviklingsydelser for nominelle aktier for [EB] og dennes forgænger gennem en urimelig lang periode fra den 3. december 1999 til den 19. november 2001 og ved at diskriminere [EB] og dennes forgænger i den samme periode hvad angår udførelsen af primære clearings- og afviklingsydelser for nominelle aktier
- b) ved at anvende diskriminerende priser i forhold til [EB] og dennes forgænger for udførelsen af primære clearings- og afviklingsydelser for perioden fra den 1. januar 1997 til den 1. juli 1999 hvad gælder [CBF] og for perioden fra den 1. juli 1999 til den 1. januar 2002 hvad gælder [CI] og [CBF].

Artikel 2

[CBF] og [CI] afholder sig i fremtiden fra enhver handling eller enhver adfærd i strid med artikel 82 [EF], som beskrevet i denne beslutnings artikel 1.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til:

1. [CBF]

2. [CI]

[...]«

Retsforhandlinger og parternes påstande

²⁶ Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juli 2004 har sagsøgerne anlagt denne sag.

²⁷ Den 26. oktober 2005 fremlagde sagsøgerne en skrivelse, der var vedlagt brochuren *Internalisation of Settlement* som bilag. Den 10. november 2005 besluttede Retten at lade denne skrivelse indgå i sagens akter. Den 29. november 2005 fremførte Kommissionen sine bemærkninger til Rettens beslutning. Den 14. december 2005 besluttede Retten at lade disse bemærkninger indgå i sagens akter.

28 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Femte Afdeling, hvorfor sagen er blevet henvist til denne afdeling.

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

30 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 8. oktober 2008.

31 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres, for så vidt som den fastslår, at der foreligger et misbrug af dominerende stilling, og pålægger sagsøgerne en undladelsesforpligtelse.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

33 Sagsøgerne har gjort fire anbringender gældende til støtte for søgsmålet. For det første har de anfægtet definitionen af det relevante marked samt bestridt, at det foreligger en dominerende stilling. For det andet har sagsøgerne bestridt, at deres adfærd skulle have karakter af misbrug, både for så vidt angår nægtelsen af at udføre tjenesteydelser og de i forhold til EB anvendte priser. For det tredje har sagsøgerne anført, at CBF's retsstridige adfærd ikke kan tilskrives CI. For det fjerde har sagsøgerne anfægtet lovligheden af den anfægtede beslutning under henvisning til, at beslutningen ikke er tilstrækkelig præcis.

1. *Det første anbringende om en urigtig definition af det relevante marked for tjenesteydelser og om, at sagsøgerne ikke har dominerende stilling*

Parternes argumenter

34 Sagsøgerne og Kommissionen er enige om, at Tysklands område udgør det relevante geografiske marked.

35 Denne afgrænsning af det relevante marked følger imidlertid efter sagsøgernes opfattelse af den omstændighed, at det er de i henhold til tysk ret deponerede værdipapirer — og ikke de i henhold til tysk ret udstedte værdipapirer, som det fremgår af den anfægtede beslutning — der er deponeret i Tyskland.

- 36 Hvad angår det relevante marked for tjenesteydelser har sagsøgerne anfægtet den af Kommissionen foretagne sondring mellem den primære og den sekundære posttrading-behandling af værdipapirer. Markedet skal alene afgrænses på grundlag af den tjenesteydelse, der tilbydes på markedet, nemlig overdragelse af ejendomsretten til de solgte værdipapirer. Denne posttrading-behandling finder kun sted én gang og udelukkende i forhold til transaktionens deltagere. Selv i de tilfælde, hvor denne posttrading-behandling udføres af CBF, udfører denne ikke »primære« tjenesteydelser, men de eneste clearing- og afviklingsydelser, der faktisk udføres. Kommissionen har med urette fundet, at mellemliddene i dette tilfælde først skulle modtage CBF's tjenesteydelser for selv at kunne udføre disse tjenesteydelser på ny. Det forholder sig retteligt således, at mellemliddene blot fremsender instruktioner og vederlag fra deltagerne i transaktionen til CBF og bogfører CBF's behandling i deres bøger.
- 37 Ifølge sagsøgerne tager den anfægtede beslutning med urette udgangspunkt i mellemliddenes opfattelse ved afgrænsningen af det relevante marked. I realiteten efterspørges de omhandlede tjenesteydelser af køberne og sælgerne af værdipapirer, der, da de ikke umiddelbart har disse værdipapirer i deres besiddelse, efterspørger en tjenesteydelse, som består i overgangen af ejendomsretten. Mellemliddene efterspørger kun posttrading-ydelser, hvis de selv er deltagere i en værdipapirtransaktion, men i det tilfælde agerer de ikke som mellemlid. Endvidere er det strid med visse tidligere kommissionsbeslutninger at anlægge depositarmellemliddenes perspektiv.
- 38 Sagsøgerne bestrider, at der er tale om et marked, hvor merværdien skabes inden for en vertikalkæde, inden for rammerne af hvilken behandlingen af transaktionen hos CBF og leverandører af sekundære tjenesteydelser finder sted på to forskellige niveauer. I øvrigt har Kommissionen i svarskriftet modsagt sig selv på dette punkt. Sagsøgerne tager udgangspunkt i et marked, der kun omhandler clearing- og afviklingsydelser for tyske værdipapirer på et enkelt niveau, hvor CBF er i konkurrence med EB og andre virksomheder om de samme endelige kunder.
- 39 De, som udbyder clearings- og afviklingsydelser, er ifølge sagsøgerne nemlig alle i besiddelse, enten direkte (endelige depositarer) eller indirekte (mellemlid), af de omhandlede værdipapirer, og de kan alle gennemføre overdragelsen af ejendomsretten. Da karakteren og indholdet af deres tjenesteydelser er identiske, er det for kunderne

uden betydning, om de henvender sig til en endelig depositar eller et mellemed. De vender sig endda oftere mod mellemeddene end mod de endelige depositarer. Dermed er CBF ikke den eneste udbyder på det marked for tjenesteydelser, men er i konkurrence med alle mellemeddene om disse værdipapirer, hvilket Kommissionen i det mindste i princippet også har medgivet.

40 I den sammenhæng er CBF og de forskellige mellemed konkurrenter, men mellemeddene er også kunder hos CBF. Mellemeddenes adgang til de endelige depositarer, hvilket kræver, at mellemeddene åbner en konto og etablerer kommunikationskanaler, er grundlaget for såvel en vertikal som en horisontal konkurrence mellem kunderne. Muligheden for, at visse relationer mellem virksomheder kan føre til en konkurrencesituation mellem virksomhederne, er allerede tiltrådt af Kommissionen i en tidligere beslutning.

41 Sagsøgerne har gjort gældende, at det i Tyskland alene er kollektiv endelig deponering af kollektive dokumenter — og ikke som Kommissionen har anført, kollektiv deponering i almindelighed — der i medfør af Depotgesetz skal gennemføres i en depotbank for værdipapirer, dvs. hos CBF. Når det drejer sig om en sådan kollektiv endelig deponering af kollektive dokumenter er DCT's funktion desuden en kontrolfunktion, der udelukkende omhandler forbindelsen mellem de andele, der er i kollektiv forvaring, og deres ejere i forbindelse med deponeringen. Selv for denne type værdipapirer leveres nemlig clearings- og afviklingsydelserne udelukkende af depositarmellemmanden — når denne opfylder betingelserne — uden nogen indgriben fra CBF, der fortsat har den direkte besiddelse af værdipapirerne. CBF's depotmonopol for kollektive værdipapirer, som placeres i kollektivt depot, medfører ikke et monopol for posttrading-behandling af værdipapirtransaktioner. Desuden har sagsøgerne på intet tidspunkt hævdet, som Kommissionen har anført, at mellemeddene var afhængige af »støtte« fra de endelige depositarer til overdragelsen af ejendomsretten for dele af de kollektive værdipapirer.

42 Kommissionen har set bort fra muligheden for intern behandling, i hvilken forbindelse afviklingen finder sted hos et mellemed, om nødvendigt på grundlag af åbningen af nye konti hos den pågældende. Som følge af stigningen i denne behandlingstype er antallet af kunder hos CBF gået tilbage igennem flere år. Sagsøgerne har i den forbindelse

fremlagt brochuren *Internalisation of Settlement*, der beskriver denne fremgangsmåde og betydningen heraf. Sagsøgerne har tilføjet, at reglementet for børsen i Frankfurt am Main, som ifølge Kommissionen beskytter CBF mod denne form for konkurrence, er ændret, og at det under ingen omstændigheder finder anvendelse på de i denne sag omhandlede transaktioner med værdipapirer, der er handlet efter fælles overenskomst mellem to parter.

43 Sagsøgerne har gjort gældende, at eftersom der ikke findes et selvstændigt marked for primære tjenesteydelser vedrørende posttrading-behandling, er den supplerende sondring, som Kommissionen har anvendt, mellem dels kunder, som har tilsluttet sig på grundlag af almindelige betingelser, og som også er mellemed som depositarer, dels DCT'er og DCIT'er, der har brug for en direkte adgang til CBF, irrelevant. Desuden kan en sådan sondring ikke støttes på Domstolens dom af 31. maj 1979, Hugin Kassaregister og Hugin Cash Registers mod Kommissionen (sag 22/78, Sml. s. 1869).

44 Sagsøgerne har i den forbindelse dels anført, at CBF ikke udfører posttrading-behandling for de tre kundegrupper, der er nævnt ovenfor. Dels har sagsøgerne gjort gældende, at disse tre kundegrupper som mellemed i realiteten opnår de samme tjenesteydelser fra CBF, men de konkurrerer også med CBF på området for clearing og afvikling. Dette har Kommissionen selv bekræftet i sin meddelelse KOM(2004) 312 endelig udg. af 28. april 2004 til Rådet og Europa-Parlamentet — Clearing og afvikling i Den Europæiske Union — vejen frem. Derimod kan leveringen af disse tjenesteydelser afvikles forskelligt, og som følge heraf kan deres priser afvige, afhængig af kundernes forskellige krav. Dette er forklaringen på, at direkte adgang til CBF er vigtigere for nogle kunder end for andre, men det kan ikke begrunde, at disse klienter anses for tilhørende forskellige markeder.

45 Endelig har Kommissionen ikke taget stilling til den reelt foreliggende konkurrence-situation mellem endelige depositarer og depositarer, der er mellemed, på området for clearing og afvikling, således som sagsøgerne, EB og tredjeparter har foreslået.

46 Kommissionen har påstået denne argumentation forkastet.

Rettens bemærkninger

47 Det bemærkes indledningsvis, at Fællesskabets retsinstanser kun kan foretage en begrænset prøvelse af definitionen af produktmarkedet, i den udstrækning denne definition indebærer komplekse økonomiske vurderinger fra Kommissionens side. De kan dog ikke afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Det påhviler dem at efterprøve, om Kommissionen har baseret sin vurdering på beviser, som er nøjagtige, troværdige og sammenhængende, og om beviserne udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om oplysningerne taler til støtte for Kommissionens konklusioner (jf. Rettens dom af 17.9.2007, sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, Sml. II, s. 3601, præmis 482 og den deri nævnte retspraksis).

48 Det bemærkes i den forbindelse, at det følger af fast retspraksis, at man ved bedømmelsen af spørgsmålet, om en virksomhed indtager en dominerende stilling inden for en bestemt markedssektor, skal vurdere konkurrencemulighederne på markedet for alle de varer eller tjenesteydelser, som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang kan erstattes af andre varer eller tjenesteydelser. Eftersom afgrænsningen af det relevante marked tjener til at afgøre, om vedkommende virksomhed har mulighed for at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence og for at anlægge en i væsentligt omfang uafhængig adfærd i forholdet til konkurrenterne og sine kunder, kan man ved undersøgelsen i så henseende ikke begrænse sig alene til de omhandlede tjenesteydelsers objektive kendetegn; også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på det pågældende marked må tillægges betydning (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37, samt Rettens dom af 30.3.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 62, og af 17.12.2003, sag T-219/99, British Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 5917, præmis 91).

- 49 Begrebet det relevante marked indebærer, at der kan være effektiv konkurrence mellem de varer eller tjenesteydelser, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af mulighed for udskiftning mellem disse varer eller tjenesteydelser, der indgår i samme marked, med henblik på samme anvendelse (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 28).
- 50 Kommissionen nåede i den foreliggende sag frem til den anfægtede definition af produktmarkedet ved at tage ydelsernes substituerbarhed dels på efterspørgselssiden, dels på udbudssiden i betragtning. I den forbindelse fremgår det af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5, punkt 7), at der »[v]ed det relevante produktmarked [skal forstås] markedet for alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål«. Endvidere angives det i samme meddelelses punkt 20, at udbudssubstitution ligeledes kan tages i betragtning ved afgrænsning af det relevante marked i de situationer, hvor den har de samme effektive og direkte virkninger som efterspørgselssubstitution. Dette forudsætter, at leverandørerne som reaktion på små, men varige ændringer i de relative priser omgående kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt, uden at det medfører betydelige ekstraomkostninger eller risici.
- 51 Kommissionen starter sin analyse med det spørgsmål, som den finder afgørende, nemlig om tjenesteydelsernes mulige substituerbarhed for efterspørgerne, dvs. depositarmellemed som DCT'erne og DCIT'erne. Kommissionen gennemførte flere substituerbarhedstest ved at analysere de forskellige mulige tilfælde på det relevante marked for tjenesteydelser. Kommissionen tog herved hensyn til de forskellige markedsaktørers samt sagsøgernes synspunkter.
- 52 For det første har sagsøgerne gjort gældende, at det er sælgere og købere af værdipapirer, der efterspørger posttrading-ydelser.

53 Denne argumentation er ikke overbevisende. Det fremgår af den anfægtede beslutning (betragtning 122), at CBF — ifølge sagsøgerne selv — har tre kundegrupper i forbindelse med afviklingsydelser, nemlig de kunder, der har tilsluttet sig på grundlag af almindelige betingelser (herefter »kunder på almindelige betingelser«, primært bankerne), de ikke-tyske DCT'er og DCIT'erne. Sagsøgerne har endvidere anført i stævningen, at CBF kun har kreditinstitutter og andre finansielle mellemed som kunder. Det følger heraf, som Kommissionen har mindet om, at der ikke foreligger et kontraktforhold og dermed ikke nogen forpligtelse mellem deltagerne i transaktionen og CBF. Der foreligger nemlig alene et kontraktforhold mellem CBF og mellemedet og mellem mellemedet og dennes kunde, der er deltager i transaktionen. De clearings- og afviklingsydelser, som CBF udfører for mellemedene, sker mod betaling af et selvstændigt vederlag og gør det muligt for mellemedene at overholde deres egne forpligtelser over for deres kunder.

54 Sagsøgernes synspunkt om, at der findes et generelt marked for clearings- og afviklingsydelser, inden for rammerne af hvilket deltagerne i transaktionen er efterspørgere (herunder mellemedene, når disse handler på egne vegne), må forkastes. Som der for det første mindes om i betragtning 34 til den anfægtede beslutning, efterspørger deltagerne i transaktionen tjenesteydelser hos de mellemed, der opbevarer værdipapirerne i eget navn på vegne af deres kunder hos den endelige depositar. Hvad for det andet angår de fleste tilfælde vedrørende værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret, og som ikke er omfattet af mulighederne for intern behandling, kan mellemedene ikke udføre clearings- og afviklingsydelser, da de ikke er de endelige indehavere af disse værdipapirer. Omvendt kan CBF ikke udføre sine tjenesteydelser for de samme deltagere, da disse deltagere ikke har åbne værdipapir-konti hos CBF. Når de opererer på vegne af deltagerne i transaktionen, udøver mellemedene en selvstændig virksomhed med salg af tjenesteydelser (jf. i denne retning dommen i sagen British Airways mod Kommissionen, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 93).

55 Sagsøgernes påstand om, at det er i strid med visse tidligere kommissionsbeslutninger at anlægge mellemedenes synspunkt, er irrelevant. De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag adskiller sig nemlig fra omstændighederne i de sager, som sagsøgerne har påberåbt sig. Der skal under alle omstændigheder mindes om, at Kommissionen skal gennemgå hver sag for sig ud fra den pågældende sags særlige omstændigheder og uden at være bundet af tidligere beslutninger, der vedrører andre virksomheder, andre markeder for varer og tjenester og andre geografiske markeder på forskellige

tidspunkter (Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-346/02 og T-347/02, Cableuropa m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4251, præmis 191). Sagsøgerne er ikke berettigede til at drage Kommissionens konstateringer i tvivl med den begrundelse, at de afviger fra tidligere konstateringer i en anden sag, heller ikke selv om markederne i de to sager ligner hinanden eller er identiske (Rettens dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 118, jf. endvidere i denne retning Rettens dom af 9.7.2007, sag T-282/06, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2149, præmis 88).

56 Sagsøgerne har endvidere anfægtet Kommissionens konklusion om, at CBF's udførelse af primære clearings- og afviklingsydelser på almindelige betingelser for kunder, som også er mellemmand og depositarer, udgør et separat marked i forhold til udførelsen af disse tjenesteydelser for DCT'er og DCIT'er (betragtning 149 ff. til den anfægtede beslutning). Det må imidlertid fastslås, at det er på grundlag af de af sagsøgerne meddelte oplysninger om karakteren af de udførte tjenesteydelser, tjenesteydelsernes priser, grundlæggende aftaler og kundegruppernes effektive efterspørgsel, at Kommissionen med rette kunne nå denne konklusion. Kommissionen har således fastslået, at hvis de tjenesteydelser, der udføres for denne kundekategori, udgjorde en reel substitution for DCT'erne og DCIT'erne, ville disse normalt benytte sig af disse tjenesteydelser, eftersom de priser, der opkræves af kunder på almindelige betingelser, er klart lavere. Til forskel fra DCIT'erne og de ikke-tyske DCT'ere er mange kunder på almindelige betingelser banker, der er etableret i Tyskland, som behandler nationale transaktioner. Sagsøgerne har ikke fremført omstændigheder, der kan afkræfte Kommissionens vurdering på dette punkt. Det må ligeledes fastslås, at selv om Kommissionen i den anfægtede beslutning har henvist direkte til dommen i sagen Hugin Kassaregister og Hugin Cash Registers mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 43, vedrørte henvisningen ikke sondringen mellem kunder på almindelige betingelser og DCT'erne og DCIT'erne. Sagsøgernes argument kan således ikke tages til følge.

57 Det er således med rette, at Kommissionen har fundet, at mellemed med depositarfunktion som DCT'erne og DCIT'erne var efterspørgere af de clearings- og afviklingsydelser, som CBF tilbyder.

58 For det andet har sagsøgerne kritiseret Kommissionens analyse, hvorefter der ikke findes substituerbarhed på udbudssiden, eftersom der ikke er andre selskaber end CBF, der inden for en overskuelig fremtid vil være i stand til at udføre primære clearings- og

afviklingsydelser af den slags, som mellemed som DCT'erne og DCIT'erne har behov for til brug for transaktioner vedrørende værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret, og som opbevares af CBF (betragtning 200 til den anfægtede beslutning). Sagsøgerne har gjort gældende, at markedet på udbudssiden udgøres af alle, der sidder inden med de omhandlede værdipapirer, direkte (endelige depositarer) eller indirekte (mellemed), og som kan gennemføre overdragelsen af ejendomsretten, og som derfor er konkurrenter til CBF.

59 Sagsøgerne har i den forbindelse anført, at det ikke er kollektiv endelig deponering i almindelighed, der skal gennemføres i en depotbank for værdipapirer, men kun kollektiv endelig deponering af kollektive dokumenter, hvori der er inkorporeret flere rettigheder, som ikke findes fysisk, men kun i form af virtuelle dele af helheden. I den sammenhæng medfører CBF's depotmonopol ikke et monopol for posttrading-behandling af værdipapirtransaktioner.

60 Denne argumentation må forkastes. For det første ændrer sondringen mellem kollektive dokumenter og individuelle værdipapirer ikke på den omstændighed, at CBF ifølge sine egne erklæringer er depositar for 90% af alle eksisterende tyske værdipapirer (betragtning 170 til den anfægtede beslutning). Sagsøgerne har desuden i deres stævning bekræftet, at udstederne i størstedelen af tilfældene udsteder værdipapirerne i form af kollektive dokumenter. For det andet kan clearings- og afviklingsydelserne — uanset at den anfægtede beslutning kun omhandler disse tjenesteydelser — ikke holdes helt adskilt fra forvaringsydelser, således som Kommissionen har fastslået i betragtning 137 til den anfægtede beslutning, eftersom clearing- og afvikling kun er mulig for dokumenter, der er genstand for forvaring. Der mindes endvidere om, at sagsøgerne selv bekræftede forbindelsen mellem CBF's forvaringsmonopol og en hurtig og sikker afvikling. Sagsøgerne har således fremført, at »når mellemedene — f.eks. finansielle mellemmand, men også DCIT'erne, depotbanker osv. — ikke [var] i stand til at gennemføre clearing og afviklingen, [blev] disse tjenesteydelser i praksis udført af den endelige depositar [DCT]«, og at »alle fungible tyske værdipapirer — der [udgjorde] mere end 90% af de samlede tyske værdipapirer — [blev] deponeret i CBF's bokse, hvilket [gjorde] det muligt at foretage en hurtig og sikker bogføring af afviklingen« (betragtning 165 og 170 til den anfægtede beslutning).

61 Endvidere er sagsøgernes argument om, at markedet skal afgrænses på grundlag af den omstændighed, at det er de i henhold til tysk ret deponerede værdipapirer, og ikke de i henhold til tysk ret udstedte værdipapirer, der deponeres i Tyskland, i strid med sagsøgernes erklæringer under den administrative procedure. Det fremgår navnlig af betragtning 23 og 197 til den anfægtede beslutning, at ifølge sagsøgernes svar af 30. maj 2003 på klagepunktsskrivelsen er de i henhold til tysk ret udstedte værdipapirer i praksis deponeret i Tyskland, hvilket ikke er tilfældet med ikke-tyske værdipapirer, og at »i praksis er kollektiv endelig forvaring den mest udbredte form for forvaring i Tyskland«. Det er derfor med rette, at Kommissionen har fastslået, at det omhandlede marked vedrører værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret.

62 På baggrund af det ovenstående kunne Kommissionen med rette finde, at der heller ikke på udbudssiden fandtes substituerbarhed for de omhandlede tjenesteydelser. Med undtagelse af internaliseret behandling kræver den komplette clearings- og afviklingsydelse nemlig indførelse af transaktionen hos den endelige indehaver af værdipapirerne, i dette tilfælde CBF, som intet andet selskab i Tyskland på nuværende tidspunkt kan konkurrere med hvad angår denne særlige fase af udførelsen af tjenesteydelsen.

63 CBF kan — som Kommissionen har fastslået i betragtning 312 til den anfægtede beslutning — ganske vist befinde sig i konkurrence med andre mellemed, når selskabet opererer som mellemed i tilfælde af en grænseoverskridende transaktion vedrørende værdipapirer, der er udstedt i henhold til en anden lovgivning end den tyske. Dette er desuden i overensstemmelse med den potentielle konkurrencesituation, der findes på markedet for udførelsen af grænseoverskridende afviklingsydelser, som beskrives i meddelelsen KOM(2004) 312 endelig udg. (s. 5 og 6). Imidlertid omhandler den anfægtede beslutning markedet for værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret, og som for hovedpartens vedkommende er i kollektiv endelig forvaring hos CBF som depotbank for værdipapirer. Sagsøgerne har således i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen, gentaget i betragtning 30 til den anfægtede beslutning, erklæret:

»Kun [depotbanken for værdipapirer] kan gennemføre denne overdragelse af ejendomsretten. Som følge heraf er den blotte omstændighed, at tredjeparter har

værdipapirerne i deres besiddelse, ikke tilstrækkelig, da en [depotbank for værdipapirers] deltagelse som endelig depositar i clearing og afviklingen via mellemløddene af værdipapirerne i kollektiv endelig forvaring går længere.»

64 Det skal desuden påpeges, at selv om fuldstændig substituerbarhed i en bestemt relation ikke er en nødvendig forudsætning for at antage, at to tjenesteydelser konkurrerer med hinanden, kræves der for at fastslå dominerende stilling for en tjenesteydelse ikke total mangel på konkurrence fra andre delvis substituerbare tjenesteydelser, når den konkurrence, der herved bliver tale om, ikke påvirker vedkommende virksomheds mulighed for i væsentligt omfang at påvirke vilkårene for denne konkurrences forløb, i alt fald for i vidt omfang at handle uden at behøve at regne med den og uden i øvrigt at udsætte sig for nogen risiko i den anledning.

65 I den foreliggende sag vedrører de af CBF udførte tjenesteydelser en særlig efterspørgsel og et særligt udbud. Mellemløddene er nemlig ikke i stand til at udføre deres tjenesteydelser uden adgang til CBF's tjenesteydelser. Det fremgår af retspraksis, at et delmarked, der har særlige kendetegn i henseende til efterspørgsel og udbud, og som tilbyder produkter, der er nødvendige og ikke substituerbare på det større og mere overordnede marked, som det er en del af, må anses for et særskilt produktmarked (jf. i denne retning Rettens dom af 21.10.1997, sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1689, præmis 55 og 56).

66 I den forbindelse er det tilstrækkeligt, at der kan identificeres et potentielt, endog hypotetisk, marked, hvilket er tilfældet, når produkter eller tjenesteydelser er nødvendige for at udøve en given aktivitet, og når der er en effektiv efterspørgsel efter disse fra virksomheder, som påtænker at udøve denne aktivitet. Det afgørende er således, at der kan identificeres to forskellige produktionstrin, der er forbundet med hinanden ved, at det forudgående produkt er et nødvendigt element ved leveringen af det efterfølgende produkt (jf. i denne retning Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-418/01, IMS Health, Sml. I, s. 5039, præmis 43-45, og dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 335).

- 67 Det følger af det ovenstående, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionens konklusion om, at der hverken er substituerbarhed på efterspørgselssiden eller på udbudssiden (betragtning 200 til den anfægtede beslutning), var åbenbart urigtig.
- 68 Da Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved definitionen af, hvem der efterspørger og udfører tjenesteydelserne, er den anvendte sontring mellem primære og sekundære clearings- og afviklingsydelser begrundet. Desuden har sagsøgerne ikke fremført nogen beviser, der kan så tvivl om den konklusion, som Kommissionen har draget i denne sag, og som er baseret på oplysninger, der stammer direkte fra de erhvervsdrivende på markedet og fra sagsøgerne.
- 69 I den forbindelse må sagsøgernes argumentation om de internaliserede behandlinger forkastes. En internaliseret behandling er en tjenesteydelse, der udføres af mellem-mænd i depotsektoren. På et marked, der er opdelt i primære og sekundære clearings- og afviklingsydelser, er denne type behandling dermed en del af de sekundære tjenesteydelser og som sådan ikke omfattet af det relevante marked og ikke genstand for den anfægtede beslutning. Det fremgår af betragtning 35 og 166 til den anfægtede beslutning, at deltagerne på markedet anser de internaliserede behandlinger for særlige tilfælde, der skyldes omstændigheder, som er uden for mellemleddets kontrol, og heraf følger ikke en mulighed for investoren til at vælge mellem to slags tjenesteydelser. Kommissionen har på baggrund heraf med føje konkluderet, at disse internaliserede tjenesteydelser ikke i almindelighed udgør en reel substitutionsmulighed for primære clearings- og afviklingsydelser (betragtning 164-168 til den anfægtede beslutning).
- 70 Hvad angår brochuren *Internalisation of Settlement*, som sagsøgerne har fremlagt, indeholder denne ikke beviselementer til støtte for deres opfattelse. Tværtimod bekræfter brochuren de konstateringer, der er indeholdt i den anfægtede beslutning vedrørende de betingelser, der skal være opfyldt for internaliseret behandling, og brochuren indeholder et bilag, der omfatter de eventuelle begrænsninger for denne type behandling i forskellige lande, som angiver, at Börsenordnung (regelsæt for børsen i Frankfurt am Main) bestemmer, at clearings- og afviklingsydelser i Tyskland skal udføres af en DCT, og at den internaliserede behandling udgør en undtagelse. Under

alle omstændigheder vedrører denne brochure, som Kommissionen har påpeget, ikke særligt situationen i Tyskland, og den vedrører en periode, der ligger efter den i den anfægtede beslutning omhandlede.

71 Endvidere skal sagsøgernes argument om, at Börsenordnungs § 16, stk. 2 — der er nævnt af Kommissionen i den anfægtede beslutning (betragtning 27) — er blevet ændret, og om, at bestemmelsen under ingen omstændigheder finder anvendelse på transaktioner med værdipapirer, der er handlet efter fælles overenskomst mellem to parter som omhandlet i denne sag, forkastes. Det er nemlig ubestridt af sagens parter, at denne ændring er foretaget efter den i den anfægtede beslutning omhandlede periode. Hertil kommer, at henvisningen til bestemmelsen i den anfægtede beslutning blot tjente som eksempel på de børsregler, der bidrager til at styrke CBF's stilling for så vidt angår børstransaktioner i almindelighed.

72 For det tredje skal sagsøgernes argument om, at Kommissionen ikke har taget stilling til den reelt bestående konkurrencesituation mellem endelige depositarer og mellem-depositarer på området for clearing og afvikling, forkastes som ugrundet. Denne konkurrencesituation er nemlig blevet undersøgt af Kommissionen igennem hele Kommissionens økonomiske analyse, og navnlig, på baggrund af ovenstående betragtninger, i den del, der omhandler spørgsmålet om substituerbarhed på efterspørgsels- og udbudssiden. Hertil kommer, at Kommissionen, som den selv har påpeget, i betragtning 176-189 til den anfægtede beslutning har taget hensyn til EB's argumentation og Bundesbanks korte redegørelse under høringen.

73 Det må på baggrund af samtlige ovenstående elementer fastslås, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at det relevante marked vedrørte CBF's udførelse for mellemlid — som DCT'erne og DCIT'erne — af primære clearings- og afviklingsydelser for værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret, på hvilket marked CBF indtager en faktisk monopolstilling og dermed er en uomgængelig forretningspartner.

74 Følgelig må det første anbringende forkastes.

2. Det andet anbringende om, at der ikke foreligger misbrug af dominerende stilling

75 Dette anbringende består af to led. Sagsøgerne har for det første anført, at nægtelsen af at give EB adgang til Cascade RS ikke udgjorde misbrug, og at EB ikke har været udsat for ulovlig forskelsbehandling. Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at de priser, der blev anvendt i forhold til EB, ikke var diskriminerende.

Det første led om, at nægtelsen af at give adgang ikke udgjorde misbrug, og at der ikke forelå ulovlig forskelsbehandling fra sagsøgernes side

Parternes argumenter

76 Sagsøgerne har bestridt, at der var tale om misbrug, da de nægtede at give EB adgang til Cascade RS. Sagsøgerne har anført, at forberedelsen af og forhandlingerne om at give EB adgang var særligt vanskelige af grunde, der kan henføres til EB. For det første fandt der i perioden mellem august 1999 og januar 2000 alene indledende drøftelser sted, eftersom EB først anmodede om adgang den 28. januar 2000. Endvidere mislykkedes oprettelsen af adgangen på den fastsatte dato mellem februar og november 2000 som følge af EB's manglende forberedelse. Endelig var forhandlingerne om oprettelsen af denne adgang i perioden mellem december 2000 og november 2001 besværliggjort af omstruktureringen af de handelsmæssige og økonomiske relationer mellem sagsøgerne og EB.

77 Sagsøgerne finder, at Kommissionen støtter sig på en urigtig opfattelse af CBF's system til behandling af nominelle aktier. Der tages i den anfægtede beslutning således ikke højde for den ene af de to afviklingsfunktioner i Cascade RS. Kommissionen har

endvidere overset, at der er separate adgange til Cascade og Cascade RS, der kræver forskellige oplysninger, nemlig oplysninger vedrørende afviklinger, der skal tilsendes Cascade, og oplysninger vedrørende aktionærerne til Cascade RS. Sagsøgerne har tilføjet, at denne fremsendelse i begge tilfælde enten kan ske manuelt eller automatiseret, og at det tilkommer det berørte mellemed at vælge den form for adgang, der skal etableres.

78 Det fremgår klart af e-mails af 3. august 1999, 29. oktober 1999 og 31. januar 2000, der er nævnt af Kommissionen, at EB ville fremsende oplysningerne vedrørende afvikling for nominelle aktier fuldautomatiseret ved hjælp af Cascade (nominelle aktier) og oplysningerne vedrørende aktionærerne manuelt ved hjælp af Cascade RS, og det selv om der også blev foreslået en manuel adgang til Cascade, der kunne være oprettet straks. Kommissionen har hverken sondret mellem disse to typer adgang eller mellem den manuelle adgang til Cascade RS og systemets supplerende funktion »Power of Attorney«, der ikke forudsætter, at brugeren fremsender oplysninger vedrørende aktionæren, eftersom det drejer sig om en automatiseret registrering, der foretages af Cascade RS selv.

79 Sagsøgerne har gjort gældende, at de allerede har påberåbt sig disse argumenter under den administrative procedure, navnlig i det skriftlige indlæg af 1. december 2003, hvoraf et udskift er vedlagt sagsøgernes replik som bilag, og af 30. maj 2003. De nævnte e-mails bekræfter tillige sagsøgernes argumenter, hvorefter det allerede før marts 2002 var muligt for EB at opnå automatiseret adgang til Cascade RS. Sagsøgerne har endvidere præciseret, at funktionen »Power of Attorney« og den automatiserede registrering ikke er identiske adgange til fremsendelse af aktionærernes oplysninger.

80 Etableringen af kombinationen af de to typer adgang, som EB har anmodet om, er en af årsagerne til de tekniske problemer med forberedelsen af EB's adgang til CBF's system til behandling af oplysninger. En fuldautomatiseret adgang kræver nemlig omfattende ændringer i informationssystemerne, indgående forberedelser og en række af tests. Af denne grund og med henblik på at gøre det muligt for depositarmellemedene at gennemføre deres planlægning og forberedelser, valgte CBF kun at etablere automatiserede adgange og gennemføre ændringer af automatiserede adgange på præcise

lanceringstidspunkter, der blev fastsat til to gange om året. EB sigtede på lanceringstidspunktet i april og november 2000.

81 Det fremgår ligeledes af e-mailkorrespondancen mellem EB og CBF, at manglende forberedelse fra EB's side er årsagen til, at det ikke var muligt at oprette den omhandlede adgang på de to fastsatte lanceringstidspunkter. Sagsøgerne har i den forbindelse anført, at selv Kommissionen har medgivet, at EB efter april 2000 konstaterede, at september 2000 var det næste mulige tidspunkt for oprettelsen af adgangen til CBF. EB ønskede herefter at udsætte ikke blot automatiseringen benævnt »RTS« (afvikling i realtid), men også etableringen af en fuldautomatiseret adgang til fremsendelse af oplysninger om afvikling med henblik på, at disse adgange blev etableret samlet. CBF gennemførte i september 2000 alle test og forberedelser (herunder uddannelse af nogle af EB's medarbejdere den 11.9.2000, hvilket er dokumenteret i et bilag til replikken) og oprettede en adgang, der blev stillet til rådighed for EB i fem arbejdsdage i overensstemmelse med EB's anmodning, hvilket EB også har anerkendt. Denne oprettelse af adgang blev ifølge sagsøgerne ikke gennemført, fordi det ikke lykkedes for EB at afslutte de nødvendige forberedelser rettidigt. Den ekstraordinære oprettelse, der var fastsat til den 30. oktober 2000, kunne af samme grund heller ikke gennemføres, og EB udsatte oprettelsen til den 1. december 2000.

82 Kommissionen har ifølge sagsøgerne heller ikke taget hensyn til den omstændighed, at den praksis, som CBF fulgte i den omhandlede periode, hvorefter navnet på køberen af nominelle aktier (den økonomiske indehaver) blev indført i aktieregistret hos udstederen i stedet for navnet på indehaveren med fuldstændige rettigheder eller den bemyndigede indehaver (retlig indehaver), medførte alvorlige problemer for EB. Dette fremgår af forskellige e-mails, der er nævnt af Kommissionen, og af EB's adfærd efter oprettelsen af adgangen, da EB ikke gjorde brug af den manuelle adgang til Cascade RS og ikke fremsendte oplysninger om aktionærer.

83 Sagsøgerne har som bevis tilbudt, at der indhentes et vidneudsagn fra CBF's leder af afdelingen »Clearing og afvikling« på tidspunktet for de faktiske omstændigheder som bevismiddel til støtte for argumenterne vedrørende de to typer af adgang, som EB anmodede CBF om, EB's afvisning af at indføre de nominelle aktier i den økonomiske indehavers navn og EB's ansvar for den mislykkede oprettelse af adgangen.

84 Sagsøgerne har dernæst anført, at forhandlingerne om oprettelsen af adgangen mellem december 2000 og november 2001 var forbundet med drøftelser mellem CBF og EB om andre spørgsmål. CBF udsatte bl.a. oprettelsen af EB's adgang fra oktober til november 2001 som følge af et afslag på CBF's anmodning om adgang til Euroclear France for alle franske værdipapirer. CBF handlede på et »noget for noget«-grundlag og udviste ikke misbrug. Sagsøgerne omtalte ikke dette problem i deres svar på Kommissionens anmodning om oplysninger, fordi det rejste spørgsmål omhandlede DCT'erne og ikke DCIT'erne. I øvrigt er Kommissionens argumentation på dette punkt selvmodsigende.

85 I modsætning til det af Kommissionen anførte, er spørgsmålene om vederlaget for og udstrækningen af de særlige tjenesteydelser snævert forbundet med EB's adgang til CBF's system, og således er de opfattet af de to selskaber. EB har selv i en intern note af 15. marts 2001, som sagsøgerne har påberåbt sig, og som er vedlagt Kommissionens svarskrift som bilag, forklaret, at adgangen skulle anvendes som argument i relation til prisforhandlingerne. Kommissionen har ligeledes medgivet, at EB under forhandlingerne forfulgte flere mål samtidigt. EB modsatte sig i den forbindelse alene, at spørgsmålet om ændring af Bridge-aftalen blev inkluderet.

86 Den fuldstændige omlægning af de komplekse og gensidige økonomiske relationer mellem CBF og EB var sket efter ønske fra EB. Sagsøgerne bygger denne opfattelse på dokumenterne vedrørende møderne mellem de to selskaber den 23. oktober 2000 og 21. marts 2001. Sagsøgerne har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionen ikke har bestridt indholdet af korrespondancen vedrørende det første møde. Endvidere var genforhandlingerne nødvendige fra et forretningsmæssigt synspunkt og dermed objektivt begrundede. Sagsøgerne har også gjort gældende, at drøftelserne af alle disse spørgsmål blev påbegyndt i den samme periode. Under disse omstændigheder kan det hverken foreholdes sagsøgerne, at de ønskede at gøre deres egne interesser gældende under disse drøftelser, eller at de har udvist tøven med hensyn til EB.

87 Sagsøgerne har anført, at der ikke foreligger en ulovlig hindring, hverken i form af, at der var forsæt til at skabe en hindring, eller at virkningen blev en hindring. For det første, selv om det måtte medgives, at sagsøgerne har forsinket oprettelsen af adgangen, begrundes dette ikke, at sagsøgerne beskyldes for at udvise misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, eftersom sagsøgerne ikke har forfulgt et konkurrencebegrænsende mål.

Kommissionen har således ikke påberåbt sig noget indicium, der kan begrunde dens konklusion om, at sagsøgerne udsatte oprettelsen af adgangen med henblik på at forhindre en konkurrent til CBL i at udføre sine tjenesteydelser effektivt. CBL opnåede i realiteten den samme adgang meget senere end EB, nemlig i marts 2002.

88 Hvad for det andet angår spørgsmålet, om sagsøgernes adfærd havde en hindrende virkning, finder sagsøgerne, at der alene foreligger misbrug af dominerende stilling, når konkurrencemulighederne for den virksomhed, der angiveligt udsættes for hindringen, er blevet påvirket eller kan påvirkes i væsentligt omfang. Forsinkelse med afslutningen af en aftale kan kun sidestilles med en nægtelse af at indgå aftalen, hvis forsinkelsen har samme restriktive virkning som afvisningen. Forsinkelsen skal i det mindste være egnet til varigt at forhindre eller hæmme konkurrenternes adgang til det dominerede marked eller til at fjerne dem fra markedet. Desuden er henvisningen i den anfægtede beslutning til Kommissionens tidligere beslutninger ikke relevant, eftersom disse beslutninger i modsætning til den foreliggende sag er baseret på en kvalificeret restriktiv virkning. På baggrund af disse kriterier har sagsøgerne ikke udvist misbrug som omhandlet i artikel 82 EF.

89 Kommissionen har nemlig ikke påvist, at der foreligger en sådan konkurrencemæssig ulempe for EB. I realiteten har EB og CBL i det fleste tilfælde indirekte adgang til DCT'er i Europa. Mellemandsvirksomhed finder sted på flere niveauer, og disse niveauer er i hvert fald potentielt i indbyrdes konkurrence. En indirekte adgang udgør tydeligvis ikke en konkurrencemæssig ulempe. Selv prisforskellen har ikke indflydelse på et mellemleds valg af direkte eller indirekte adgang til CBF.

90 Endvidere har Kommissionen fejlagtigt støttet sig på antallet af nominelle aktier i Tyskland i stedet for at tage hensyn til de tyske nominelle aktiers betydning for EB. Kommissionen har ikke taget hensyn til den omstændighed, at EB udelukkende gennemfører clearinger og afviklinger for handelstransaktioner vedrørende værdipapirer, der handles efter fælles overenskomst mellem to parter og særligt inden for rammerne af låneoptagelse. Tyske nominelle aktier er praktisk taget uden betydning i forbindelse med denne type handelsvirksomhed og særligt i forbindelse med EB's aktiviteter, og de er ikke en faktor, der er uundværlig for EB's tilbud om en fuldstændig clearing- og afviklingsydelse. Ganske vist er den del af EB's transaktioner, der gennemføres hos CBF, steget siden EB i slutningen af 2002 blev i stand til at registrere de retlige indehavere. Imidlertid er den del af EB's nominelle aktier, der er deponeret hos

CBF, som i 2002 var 1%, faldet til 0,24% i 2004. Det oplyste tal på 9,2 mio. US dollars (USD) i sparede omkostninger til transaktioner vedrørende nominelle aktier, som EB skulle kunne opnå ved en direkte adgang, er i øvrigt ikke sandsynligt.

- 91 Sagsøgerne har endelig gjort gældende, at EB ikke har været udsat for forskelsbehandling fra CBF's side. Sagsøgerne har anført, at de østrigske og franske værdipapircentraler har opnået adgang hurtigere, fordi de ønskede manuel adgang, der kan oprettes til enhver tid og relativt hurtigt. CBL havde på tidspunktet for oprettelsen af sin adgang allerede gennemført alle nødvendige tekniske forberedelser. Sagsøgerne har i den forbindelse tilføjet, at der for at sammenligne den tid, der er forløbet mellem fremsættelsen af en anmodning om og oprettelsen af en adgang, ikke skal tages hensyn til, om de udførte tjenesteydelser er sammenlignelige, men udelukkende til typen af adgang og den tid til etablering, der følger heraf, og eventuelle tekniske problemer.
- 92 Kommissionen har bestridt disse argumenter og fastholdt konklusionerne i den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

- 93 Det bemærkes indledningsvis, at det følger af fast retspraksis, at selv om Fællesskabets retsinstanser generelt udøver fuld kontrol med, om betingelserne for at anvende traktatens konkurrenceregler er opfyldt, må den kontrol, som de udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, der er foretaget af Kommissionen, nødvendigvis begrænses til en prøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller en åbenbar magtfordrejning (jf. dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis).

- 94 Det følger tilsvarende heraf, at når Kommissionens beslutning er et resultat af komplicerede tekniske vurderinger, kan disse principielt kun underkastes en begrænset domstolskontrol, der indebærer, at Fællesskabets retsinstanser ikke kan sætte deres vurdering af de faktiske omstændigheder i stedet for Kommissionens (jf. i denne retning dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 88 og den deri nævnte retspraksis).
- 95 Selv om Fællesskabets retsinstanser har anerkendt, at Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske og tekniske vurderinger, indebærer dette imidlertid ikke, at de skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af denne art. Fællesskabets retsinstanser skal således bl.a. ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for Kommissionens konklusioner (jf. dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis).
- 96 Det er på baggrund af disse principper, at de forskellige anbringender, som sagsøgerne har fremført, skal prøves.

— Tidspunktet for anmodningen om adgang

- 97 Den anfægtede beslutning nævner og gengiver visse afsnit i skrivelserne, der indgår i korrespondancen mellem EB og CBF i den omhandlede periode. Det må ganske vist fastslås, at ingen af disse skrivelser indeholder en formel anmodning fra EB til CBF om adgang. Det fremgår således af e-mailen af 3. august 1999, som Kommissionen anser for EB's anmodning om adgang til Cascade RS, at EB stillede tekniske spørgsmål og anmodede om oplysninger om, hvilken fremgangsmåde der skulle følges med henblik på at etablere adgang. EB rejste i den nævnte e-mail bl.a. spørgsmålet om, hvordan en direkte adgang kunne gennemføres i praksis. Imidlertid fremgår det ved en gennemlæsning af dette udskrift af e-mailen, at der fandt adskillige drøftelser sted mellem disse to selskaber om EB's adgang, og at disse drøftelser kunne give EB anledning til at formode, at det var uforholdsmæssigt at fremsætte en formel anmodning. CBF's svar af 19. oktober 1999 — efter EB's rykker ved e-mail af 24. september 1999 — peger desuden i samme retning, eftersom dette svar kommer ind på de tekniske betingelser for

oprettelsen af adgangen vedrørende overførsel af oplysninger om aktionærene. I skrivelse af 20. september 1999 bemærker EB endvidere, at flere af selskabets spørgsmål er forblevet ubesvarede, navnlig hvad angår den direkte forbindelse til Cascade RS.

- ⁹⁸ Sagsøgernes argumentation om, at denne anmodning om adgang blev fremsat under mødet den 28. januar 2000, er ikke overbevisende. Det fremgår således af referatet af dette møde, at de to selskaber på mødet snarere drøftede fremgangsmåden ved oprettelsen af adgangen, hvilket giver anledning til en formodning for, at selskaberne fandt, at anmodningen allerede reelt var fremsat på dette tidspunkt. Dette bekræftes af skrivelse af 3. februar 2000, der nævner, at EB var af den opfattelse, at det forrige møde mellem de to selskaber gjorde det muligt for EB » at komme videre« med spørgsmålet om adgang til visse tjenesteydelser, navnlig adgang til Cascade RS og automatiseringen RTS.
- ⁹⁹ Det fremgår at det ovenstående, at Kommissionen med føje kunne udlede af korrespondancen mellem EB og CBF, at en anmodning om adgang blev fremsat den 3. august 1999.

— Kommissionens angivelige fejlfortolkninger hvad angår de typer af adgang, som EB har anmodet om

- ¹⁰⁰ For det første har Kommissionen, i modsætning til det af sagsøgerne anførte, ikke i betragtning 48 til den anfægtede beslutning fundet, at der kun fandtes én adgang til CBF's system for behandling af nominelle aktier. Tværtimod fremgår det af den anfægtede beslutning, at Kommissionen omtaler adgangen til undersystemet Cascade RS, at Kommissionen har holdt Cascade-systemet adskilt herfra, og at Kommissionen har sondret mellem de to muligheder for adgang, manuel adgang (også kaldet »online«) og automatiseret adgang (betragtning 46 og 48 til den anfægtede beslutning).

- 101 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har anlagt en urigtig fortolkning af de e-mails, som parterne har udvekslet. En korrekt fortolkning af disse e-mails viser, at hovedproblemet ikke var anmodningen om manuel adgang til Cascade RS, men anmodningen om automatiseret adgang til Cascade samt den ønskede kombination af begge adgange. Sagsøgernes argumentation bygger primært på en anden fortolkning af de omhandlede e-mails end Kommissionens.
- 102 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at det spørgsmål, som blev behandlet under den administrative procedure, var spørgsmålet om direkte adgang til Cascade RS, eftersom EB allerede havde adgang til Cascade for ihændehaberaktier, og det var i den forbindelse, at EB anmodede om direkte adgang til CBF for de nominelle aktier. Den anfægtede beslutning er således baseret på konstateringen af, at EB anmodede om direkte adgang til Cascade RS, at CBF svarede hertil, at en manuel adgang let ville kunne oprettes, og at den endelige oprettelse af adgangen den 19. november 2001 var manuel. Kommissionen har udledt heraf, at EB ventede mere end to år på at opnå en adgang, der ifølge CBF let kunne være etableret.
- 103 Kommissionen har ved at foretage en sådan konstatering anlagt en korrekt fortolkning af korrespondancen mellem parterne. Hvis EB, som sagsøgerne har anført, for at få adgang til primære clearings- og afviklingsydelser for nominelle aktier — foruden den automatiserede adgang til Cascade for ihænderhaveraktier og en manuel adgang til Cascade RS, som selskabet allerede havde — skulle opnå en yderligere adgang til Cascade for nominelle aktier, og hvis denne kombination udgjorde et problem for CBF, ville det være nemlig naturligt at gøre EB opmærksom herpå i forbindelse med en forhandling, der var indledt mellem parterne, og i givet fald foreslå en alternativ løsning, og dette så meget desto mere, fordi EB i sin e-mail af 3. august 1999 forespurgte, hvordan selskabet »i praksis [kunne] gennemføre denne direkte adgang«.
- 104 Det skal imidlertid på grundlag af korrespondancen mellem parterne bemærkes, at CBF på intet tidspunkt orienterede EB om, at der var et problem forbundet med oprettelsen af to separate adgange, en manuel og en automatiseret adgang. Den separate adgang til

Cascade blev faktisk ikke omtalt på noget tidspunkt, og forhandlingerne mellem sagsøgerne og EB omhandlede udelukkende spørgsmålet om adgang til Cascade RS. Da CBF i en e-mail af 19. oktober 1999 (betragtning 52 til den anfægtede beslutning) omtalte de omfattende ændringer til systemet og de nødvendige analyser for en automatiseret adgang, besvarede selskabet EB's forespørgsel vedrørende automatiseringen RTS. Derimod erklærede CBF i den samme e-mail vedrørende den direkte adgang til Cascade RS også, at der let kunne etableres en manuel adgang. Sagsøgerne har alene nævnt de forskellige typer af adgang til Cascade og Cascade RS i deres svar til Kommissionen af 1. december 2003, dvs. først efter at adgangen til Cascade RS var tildelt. Hertil kommer, at sagsøgerne har begrænset sig til at nævne disse typer af adgang (i teksten og i et skema, vedlagt som bilag), men de har ikke gjort gældende, at en bestemt adgang eller en kombination af de to adgange udgjorde et problem for dem.

105 Desuden fremgår det af betragtning 256 til den anfægtede beslutning, at sagsøgerne under den administrative procedure var af den opfattelse, at EB allerede havde en direkte adgang til Cascade til rådighed i august 1999, og at oprettelsen af en online-forbindelse til Cascade RS havde været tilstrækkelig til at sætte EB i stand til at behandle nominelle aktier direkte igennem CBF. Sagsøgerne erklærede, at det på tidspunktet for oprettelsen af adgang for EB til Cascade RS »[...] af tekniske grunde kun var muligt at etablere en manuel adgang« (betragtning 258, fjerde led, til den anfægtede beslutning), og sagsøgerne omtalte ikke problemer forbundet med automatiseret adgang til Cascade eller en kombination af begge adgange. Desuden beskriver noten, der var vedlagt som bilag til CBF's skrivelse af 24. maj 2002 med overskriften »Processing of registered shares in Germany«, og som Kommissionen har vedlagt sit svarskrift, behandlingsprocessen for nominelle aktier, og den henviser udelukkende til Cascade RS.

106 Uanset om adgangen til Cascade RS teknisk sker gennem to indgange, kan dette forhold ikke ændre den vurdering af de faktiske omstændigheder, som blev fastslået under den administrative procedure. Sagsøgernes forklaringer, hvorefter automatiseret adgang krævede omfattende ændringer i informationssystemerne, indgående forberedelser og en række af tests og som følge heraf kun kunne oprettes to gange om året, kan ikke med rimelighed begrunde to års ventetid på en forbindelse, der ikke er usædvanlig for CBF, og som CBF normalt kan oprette inden for et par måneder. Til sammenligning anmodede CBL ifølge sagsøgerne om præcis den samme kombination som EB, og det førstnævnte selskab opnåede adgang i løbet af kun fire måneder. Sagsøgerne har hævdet, at dette var muligt, fordi CBL gennemførte alle nødvendige forberedelser for oprettelsen. Denne forklaring modsiger imidlertid sagsøgernes påstand om, at det var

vanskeligt at imødekomme EB's anmodning inden for en rimelig tid på grund af dette selskabs særlige anmodning om en kombination af to separate adgange. Endvidere har sagsøgerne selv gjort gældende, at adgangsmåderne kan kombineres efter valg, og at det er kunden, der vælger den type adgang til CBF, som den pågældende ønsker.

- 107 Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at der var blevet foreslået en manuel adgang til Cascade, og at en sådan adgang kunne oprettes straks. Som Kommissionen har bemærket, har sagsøgerne dog ikke fremført noget bevis i den forbindelse. Et sådant forslag fremgår heller ikke af udskifterne af korrespondancen mellem de to selskaber. Følgelig var det med føje, at Kommissionen fandt, at sagsøgerne ikke gyldigt kunne hævde, at de tilbød en manuel adgang til Cascade, og at EB afslog dette tilbud ved at insistere på en automatiseret adgang (betragtning 258, første led, til den anfægtede beslutning).
- 108 Sagsøgernes argument vedrørende den supplerende funktion i Cascade RS »Power of Attorney« er ikke relevant. Den adgang, som EB fik tildelt i november 2001, var manuel, og »Power of Attorney«-funktionen var først til rådighed fra marts 2002. Følgelig kan denne funktion ikke rejse tvivl om Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder.
- 109 Endelig gør det samme sig gældende for argumentet vedrørende afviklingsfunktionen i Cascade RS. Der er nemlig tale om en teknisk præcisering, som ikke er nævnt i korrespondancen mellem de to selskaber, og som, selv om funktionen findes, ikke kan rejse tvivl om Kommissionens bedømmelse af de faktiske omstændigheder.
- 110 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at det var med rette, at Kommissionen på baggrund af korrespondancen mellem de to selskaber samt de oplysninger, som var blevet fremlagt for Kommissionen under den administrative procedure, har konkluderet, at EB anmodede om adgang til Cascade RS, og at selskabet ikke insisterede på en bestemt type adgang.

111 Under disse omstændigheder kan sagsøgernes argumentation ikke tiltrædes.

— Argumentet, ifølge hvilket EB ikke traf alle de nødvendige forberedelser for oprettelsen af adgangen

112 De forskellige argumenter, som sagsøgerne har fremført med henblik på at begrunde, at der ikke blev oprettet en adgang for EB på et tidligere tidspunkt under henvisning til den omstændighed, at EB ikke gennemførte alle nødvendige forberedelser, er ikke overbevisende.

113 Dette gælder for det første argument om, at det kun var muligt at oprette en automatiseret adgang på lanceringstidspunkterne, nemlig to gange om året, forår og efterår. Dels er princippet om lanceringstidspunkter ifølge sagsøgerne selv forbundet med den automatiserede adgang, som på baggrund af de ovenstående overvejelser ikke var afgørende i dette tilfælde, dels fremgår princippet ikke af den korrespondance, der er gengivet i den anfægtede beslutning. Uanset om EB's vicepræsident, således om sagsøgerne har anført, måtte have skrevet, at for CBF ville det næste mulige tidspunkt efter april 2000 først være i september 2000 (e-mail af 31.1.2000), fremgår det, at princippet om lanceringstidspunkterne blev fuldstændigt opgivet efter september 2000. De næste planlagte tidspunkter var således 30. oktober 2000 og 4. december 2000. Endvidere opfordrede CBF EB ved e-mails af 30. september 2000 og 13. oktober 2000 til at oplyse det tidspunkt, hvor EB forventede at være parat til oprettelsen, henholdsvis tre uger eller 15 dage før dette tidspunkt. Der blev ikke nævnt nogen begrænsninger til bestemte lanceringstidspunkter. Som eksempel skrev EB i sin besked til CBF af 4. december 2000, som var den fastsatte dato for oprettelsen af adgangen, der dog ikke blev overholdt af CBF, at det var muligt, at EB ville blive nødsaget til at udsætte denne lancering til starten af det følgende år. Endelig opnåede EB adgang den 19. november 2001.

114 Selv om udtrykkene »lanceringstidspunkt« eller »lancering« ofte optræder i korrespondancen mellem de to selskaber, er det som synonyme for oprettelsen af

adgang. Det skal således undersøges, om EB havde truffet alle nødvendige foranstaltninger for oprettelsen af adgangen, uafhængigt af princippet om lanceringstidspunktet, som angivet af sagsøgerne, dvs. begrænset til to muligheder om året.

115 Sagsøgerne har for det andet anført, at forsinkelsen skyldes EB's modstand mod CBF's praksis i den omhandlede periode, der bestod i at indføre køberen af nominelle aktier i udstederens aktieregister i stedet for den retlige indehaver. Kommissionen har i den anfægtede beslutning (betragtning 255) fastslået, at sagsøgerne ikke har bevist, at EB's bemærkninger vedrørende selskabets præferencer med hensyn til registreringsproceduren var af en sådan karakter, at de kunne forhindre eller forsinke EB's direkte adgang til Cascade RS. Det skal i den forbindelse tilføjes, at det ikke udelukkende drejer sig om EB's bemærkninger, men også om CBF's. Det er nemlig godtgjort, at CBF også omtalte dette problem navnlig i sin e-mail af 19. oktober 1999, hvor selskabet præciserede, at EB for at få direkte adgang til systemet skulle acceptere at indføre alle personlige oplysninger for hver enkelt dividendeberettiget indehaver og/eller investor. Endvidere fremgår det af referatet af mødet mellem de to selskaber den 28. januar 2000 (e-mail af 31.10.2000), at dette spørgsmål blev drøftet på mødet, og at EB foreslog en løsning, som CBF ikke synes at have afvist. Sagsøgerne har i øvrigt medgivet, at selv i den periode, der fulgte efter oprettelsen af EB's adgang og frem til oprettelsen af funktionen »Power of Attorney«, der løste dette problem i 2002, gjorde EB ikke brug af de manuelle adgang til Cascade RS for oplysninger vedrørende aktionærerne og fremsendte ikke disse oplysninger. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, beviser dette, at oprettelsen af adgangen var mulig, uden at spørgsmålet vedrørende registrering af de retlige indehavere blev løst.

116 Hvad for det tredje angår argumentet om, at EB udsatte de oprettelser af adgangen, der var planlagt til april, september og oktober 2000, er disse spørgsmål udførligt undersøgt i den anfægtede beslutning. For det første kunne Kommissionen således med føje fastslå, at det på ingen måde fremgår af e-mailen af 31. januar 2000, at EB ikke var parat til oprettelsen i april. EB angav i denne e-mail blot, at efter april var det næste mulige lanceringstidspunkt for CBF september. Da EB i sin e-mail af 31. marts 2000 oplyste, at selskabet på det daværende tidspunkt ikke var i stand til at gennemføre lanceringen i april, henviste EB udelukkende til RTS-systemet og ikke til adgangen til Cascade RS. Desuden gav CBF i sit svar af 3. april 2000 sit samtykke til at udsætte lanceringen af RTS- automatiseringen samtidigt med, at selskabet for så vidt angår den direkte adgang til Cascade RS forespurgte, om aftalen vedrørende lanceringen i september 2000 stadig stod ved magt (betragtning 57, 59 og 60 til den anfægtede beslutning). Sagsøgernes argument om, at EB i sin e-mail af 31. januar 2000 havde ladet forstå, at selskabet ønskede at iværksætte forbindelsen samtidigt med RTS-automatiseringen, og at

selskabet følgelig ønskede at udsætte begge operationer, er således i modstrid med den opfattelse af situationen, som CBF havde på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

117 For det andet forekommer sagsøgernes argument om, at CBF gennemførte forberedelserne (herunder varetog uddannelse hos EB) og oprettede en adgang til Cascade RS den 18. september 2000, som EB ikke kunne benytte, da selskabet ikke rettidigt havde afsluttet forberedelserne, heller ikke overbevisende. Det er ganske vist korrekt, at CBF i sin e-mail af 12. september 2000 til EB placerede sig tidsmæssigt »nogle dage før [EB] påbegynder ibrugtagningen af Cascade RS«. Imidlertid forespurgt CBF, hvornår EB ville påbegynde ibrugtagningen af Cascade RS, og hvornår den planlagte konto ville være til rådighed for nominelle aktier. EB svarede ved e-mail af 15. september 2000, at fremsendelsen var planlagt til den 30. oktober, men kunne blive udsat. En intern besked af 19. september 2000 fra EB nævner endvidere, at denne ikke-aktive adgang skal lukkes indtil »det faktiske lanceringstidspunkt« (betragtning 62-64 til den anfægtede beslutning). Det følger heraf, at Kommissionens ræsonnement, hvorefter den adgang, der blev oprettet den 18. september 2000, ikke var en aktiv adgang, og dermed operativ adgang online til Cascade RS, og at adgangen blev oprettet uventet, er korrekt. Sagsøgerne har ligeledes anført, at EB lod forstå, at selskabet kunne overholde fristen i september. Imidlertid har sagsøgerne, som Kommissionen har bemærket, ikke fremlagt noget bevis herfor. I den forbindelse beviser powerpointpræsentationen til uddannelse af EB's personale den 11. september 2000 og den efterfølgende e-mailkorrespondance blot, at denne uddannelse fandt sted, hvilket Kommissionen ikke har bestridt, men det kan ikke udledes heraf, at EB blev orienteret om det præcise tidspunkt for oprettelsen af selskabets adgang.

118 Endvidere orienterede CBF, efter at denne oprettelse var mislykkedes, EB om visse betingelser, der skulle opfyldes før oprettelsen af en adgang, herunder vedrørende oplysninger om kunderne og om, at EB skulle angive det fastsatte tidspunkt tre uger eller 15 dage i forvejen (henholdsvis i e-mail af 30.9.2000 og 13.10.2000, gentaget i betragtning 65 og 67 til den anfægtede beslutning). Disse betingelser blev imidlertid ikke opfyldt før oprettelsen af adgangen i september 2000. Under alle omstændigheder kan denne adgang ikke anses for operativ, således som Kommissionen har anført, og som det fremgår ovenfor i præmis 117.

119 For det tredje har Kommissionen anerkendt, at når adgangen ikke kunne oprettes den 30. oktober 2000, kunne det meget vel skyldes, at EB ikke var parat, men Kommissionen har anført, at denne omstændighed er taget i betragtning i den anfægtede beslutning. Det fremgår nemlig af den anfægtede beslutning, at EB den 16. oktober 2000 oplyste CBF om, at selskabet ikke var parat til lancering den 30. oktober, men at selskabet formentligt ville være parat i december 2000. EB bekræftede ved e-mail af 15. november 2000 i overensstemmelse med det anmodede varsel, at adgangen kunne oprettes den 4. december 2000 (betragtning 68 og 69 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har på grundlag af disse oplysninger fastslået, at denne udsættelse på en måned skete efter EB's ønske. Det er imidlertid berettiget, at Kommissionen har fundet, at denne omstændighed ikke bragte CBF's forhalende adfærd til ophør, der i øvrigt bestod indtil den 19. november 2001 (betragtning 264 til den anfægtede beslutning).

120 Det må på baggrund af det ovenstående fastslås, at EB, idet der tages hensyn til den af selskabet ønskede en måneds udsættelse, mere end et år efter fremsættelsen af anmodningen stadig ikke havde opnået adgang til Cascade RS, og det uden, at sagsøgerne har fremført en overbevisende begrundelse herfor. Sagsøgernes argumentation kan derfor ikke tiltrædes.

— Argumentationen vedrørende genforhandlingerne om kontraktforholdene mellem sagsøgerne og EB

121 Det nye tidspunkt, der var fastsat for oprettelsen af adgangen, var den 4. december 2000. Efter en telefonsamtale mellem de to selskabers projektansvarlige, hvorunder CBF informerede EB om, at der ikke rettidigt kunne gives adgang, anmodede EB den 17. november 2000 skriftligt CBF om nærmere oplysninger vedrørende baggrunden for denne nægtelse (betragtning 73 til den anfægtede beslutning).

122 Det var efter denne e-mail, at CI indtrådte i forhandlingerne mellem EB og CBF. Den 1. december 2000 fremsendte CI nemlig en telefax til EB med henvisning til deres

daværende drøftelser og forhandlinger vedrørende EB's anmodning om at justere kommissionerne for de afviklingsydelser, som CBF udførte. Følgende er angivet i denne telefax (betragtning 74 til den anfægtede beslutning):

»Det glæder os under disse omstændigheder at kunne meddele EB, at vi i princippet er parat til at undertegne en kontrakt med EB, der ikke kun omhandler vores analyse af den nuværende afviklingsprocedure, men også tager EB's anmodning om nedsættelse af kommissionerne og supplerende tjenesteydelser i betragtning. Vi skal dermed forhandle en ny kontrakt. Vi bør endvidere benytte lejligheden til at undersøge de anmodninger, som vi fremsætter over for [EB] og de nye tjenesteydelser, som vi har brug for. Forhandlingerne bør starte så hurtigt som muligt og afsluttes med undertegnelsen af en kontrakt i midten af næste år.«

123 EB's meddelelse af 4. december 2000 til CBF (betragtning 75 til den anfægtede beslutning) er affattet således:

»Vi har igennem to uger forsøgt at få afklaret situationen vedrørende vores adgang til Cascade RS. Til trods for talrige [telefoniske henvendelser] og meddelelser har vi hverken modtaget oplysninger om baggrunden for forsinkelsen eller om, hvornår vi kan forvente at få adgang til Cascade RS. [...] Vi var overraskede over CBF's beslutning om at udsætte vores adgang til Cascade RS, eftersom vi gav et varsel på to uger, således som [CBF] anmodede om, og eftersom CBF oprindeligt gav os grønt lys. Det bekymrer os, at vi hverken modtager oplysninger om baggrunden for forsinkelsen eller om, hvor lang tid CBF forventer at skulle bruge på at løse »de tekniske problemer«, som CBF står over for.«

124 EB orienterede ved skrivelse af 22. januar 2001 CI om, at EB »ligeledes i december sidste år blev informeret om, at [CBF] havde ændret opfattelse, og at [EB] alligevel ikke kunne gives adgang til CBF's system for nominelle aktier, som imidlertid er åbent for andre af [CBF]'s kunder«. EB fandt endvidere, at der var tale om en slags forskelsbehandling, der påvirkede selskabets evne til at udføre tjenesteydelser for sine kunder (betragtning 78 til den anfægtede beslutning).

125 CI bestred i en telefax af 24. januar 2001 til EB (betragtning 79 til den anfægtede beslutning), at der forelå nogen form for forskelsbehandling. CI omtalte i telefaxen desuden et møde den 23. oktober 2000 mellem de to selskaber, hvorunder spørgsmålet om en sammenligning af EB's kommissioner med de kommissioner, som de tyske banker betalte, blev undersøgt. Følgende fremgår endvidere af telefaxen:

»Vi er parate til at lade CBF's system for nominelle aktier indgå i vores kommende forhandlinger. Vi bemærker imidlertid, at tjenesteydelser vedrørende nominelle aktier også tilbydes af flere andre udbydere, og at CBF som følge heraf ikke har en eneret på det tyske marked. Vi beder på ny EB om at notere, at [CBL] heller ikke har direkte adgang til CBF's system for nominelle aktier. Det understreges atter, at EB's påstand om forskelsbehandling er uden grundlag. [...] Hvad angår EB's specifikke anmodning om at løse spørgsmålet om nedsættelse af kommissionen og spørgsmålet om tjenesteydelser for nominelle aktier vil vi med glæde påbegynde en generel genforhandling af kontrakten (herunder EB's anmodning om nedsættelse af kommissionen og om supplerende tjenesteydelser) i starten af marts [...]«

126 CI anførte i den samme telefax, at »[EB og CI] under mødet den 23. oktober 2000 blev enige om sammen at forhandle en ny forbindelseskontrakt, der kan løse problemerne i den bestående kontrakt, og at undersøge [EB]'s anmodning om nedsættelse af kommissionerne i passende omfang«, at »[EB] forpligt[ede] sig i [sine] skrivelser til at indgå i forhandlingerne«, og at »disse to skrivelser [havde] bekræftet [EB's] forståelse af, at dette spørgsmål om nedsættelse af kommissionerne [udgjorde] en del af de samlede forhandlinger om den nye kontrakt, og at ingen af [disse] to skrivelser indeholdt yderligere betingelser«. CI angav, hvad angår EB's specifikke anmodning om løsning af spørgsmålet om nedsættelse af kommissionerne, at selskabet var parat til at påbegynde den samlede genforhandling af kontrakten i starten af marts (betragtning 113 til den anfægtede beslutning).

127 Den 10. juli 2001 angav CBF telefonisk over for EB, at der ikke var problemer for så vidt angår den direkte adgang til afvikling af nominelle aktier, så snart Sicovam (dvs. det franske DCT) på sin side havde åbnet en forbindelse til CBF for et betydeligt antal franske aktier (betragtning 82 til den anfægtede beslutning).

- 128 En intern notits af 15. marts 2001, der er vedlagt svarskriftet som bilag, beskriver den strategi, som EB skulle følge under mødet med CBF den 21. marts 2001. Det fremgår bl.a. heraf, at det ene formål med drøftelserne med CBF var en genforhandling af priserne, og det andet formål var at opnå en adgang til Cascade RS. EB håbede endvidere at kunne bevare den eksisterende kontrakt samtidigt med, at de to andre mål blev nået. EB anslog, at selskabet ville kunne tjene 2 mio. EUR på nedsættelsen af priserne og 9,2 mio. USD ved at opnå en adgang til Cascade RS. Derimod angives det i notitsens konklusion, at adgangen til Cascade RS var vigtigere for EB end nedsættelsen af priserne, at en »specialkontrakt« medførte visse fordele, som selskabet ønskede at beholde, og at prisnedsættelsen kunne drøftes på et senere stadium.
- 129 Endvidere fremgår det af referatet fra dette møde den 21. marts 2001, der er vedlagt duplikken som bilag, at EB fandt, at hovedspørgsmålet for forhandlingerne var priserne, og at samtlige spørgsmål skulle drøftes inden for rammerne af den kontrakt, der var gældende på daværende tidspunkt, men at CBF ønskede at drøfte alle spørgsmål samlet og ikke individuelt.
- 130 Det må på baggrund af ovennævnte korrespondance og dokumenter konstateres, at selv om EB tog spørgsmålet om nedsættelsen af kommissionerne og de supplerende tjenesteydelser op, var det sagsøgerne, der ønskede at inkludere spørgsmålet om direkte adgang i genforhandlingerne af parternes kontrakt, og ikke EB. Selv om EB forfulgte flere mål under drøftelserne med CBF, hvilket Kommissionen har medgivet, vurderede EB nemlig, at den potentielle gevinst ved opnåelsen af adgang til Cascade RS ville være langt større end nedsættelsen af priserne. EB havde ikke nogen interesse i at inkludere spørgsmålet om oprettelse af adgang i genforhandlingerne af selskabets kontrakt med CBF, men ønskede snarere at opnå adgang på grundlag af den allerede gældende kontrakt og at forhandle eventuelle prisnedsættelser efterfølgende. Følgelig må sagsøgernes argumentation på punkt dette forkastes.
- 131 Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at CBF udsatte oprettelsen af EB's adgang fra oktober til november 2001, fordi CBF fik afslag på sin anmodning om adgang til Euroclear France (tidligere Sicovam) for alle franske værdipapirer.

- 132 Der skal i den forbindelse mindes om, at det følger af fast retspraksis på området for artikel 82 EF, at selv om konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, er denne virksomhed dog, uafhængigt af årsagerne til denne stilling, særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i præmis 48 ovenfor, præmis 57). Tilsvarende gælder, at selv om en dominerende stilling ikke afskærer en virksomhed, der har denne stilling, fra at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om denne virksomhed har ret til i rimeligt omfang at udføre de handlinger, den skønner fornødne med henblik på at beskytte sine interesser, kan en sådan adfærd dog ikke anerkendes, når den har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).
- 133 Det følger således af arten af de forpligtelser, der pålægges ved artikel 82 EF, at virksomheder med dominerende stilling under særlige omstændigheder kan miste retten til at udvise adfærd eller gennemføre handlinger, som ikke i sig selv ville være misbrug, og som ikke ville kunne kritiseres, hvis de var udvist eller gennemført af virksomheder, der ikke var dominerende (Rettens dom af 17.7.1998, sag T-111/96, Promedia mod Kommissionen, Sml. II, s. 2937, præmis 139).
- 134 Som følge heraf kan sagsøgerne ikke påberåbe sig afslaget på CBF's anmodning om adgang til Euroclear France for alle franske værdipapirer eller genforhandlingen af de kontraktlige forbindelser med EB som begrundelse for deres adfærd. CBF havde nemlig som virksomhed med dominerende stilling et særligt ansvar for ikke at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet ved sin adfærd.
- 135 I øvrigt skal det præciseres, at CBF's anmodning om adgang til den franske DCT ikke kunne være relevant for den foreliggende tvist før januar 2001 (det tidspunkt, hvor EB erhvervede Sicovam, som derefter blev til Euroclear France), dvs. halvandet år efter EB's anmodning om adgang.

136 På baggrund af den nævnte retspraksis må det konstateres, at sagsøgerne gjorde sig skyldige i misbrug, da de inddrog genforhandling af kontrakten med EB og anmodningen om adgang til den franske DCT i forhandlingerne om tildeling af adgang til Cascade RS til trods for, at sidstnævnte forhandlinger havde pågået mere end et år. Desuden synes det at fremgå klart af korrespondancen og referaterne af de efterfølgende møder mellem EB, CBF og CI, hvilke interesser CI — der er CBF's moderselskab og ved siden af EB den eneste anden DCIT i Den Europæiske Union — havde. EB fik til sidst adgang til Cascade RS, uden at der var indgået en generel aftale mellem parterne.

137 Hvad angår sagsøgernes påstand om, at drøftelserne med EB om oprettelse af adgang først blev indledt i starten af efteråret 2000, altså på samme tidspunkt som drøftelserne om nedsættelse af priserne og udvidelsen af de særlige tjenesteydelser, er det tilstrækkeligt at fastslå, at dette står i modsætning til sagsøgernes forrige argument vedrørende perioden mellem februar og november 2000.

138 Følgelig må sagsøgernes argumentation på dette punkt forkastes i sin helhed.

— Påstanden om, at der ikke foreligger en hindring, der er udtryk for misbrug

139 Sagsøgerne har gjort gældende, at en eventuel forsinkelse med hensyn til oprettelsen af adgang ikke kan begrunde, at de beskyldes for at udvise misbrug som omhandlet i artikel 82 EF, eftersom de ikke har forfulgt et konkurrencebegrænsende mål. Sagsøgerne finder endvidere, at der alene foreligger misbrug af dominerende stilling, når konkurrencemulighederne for den virksomhed, der angiveligt udsættes for hindringen, er blevet påvirket eller kan påvirkes i væsentligt omfang.

140 Begrebet misbrug er efter fast retspraksis et objektivi begreb, som omfatter en adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, som kan påvirke strukturen af et marked, hvor konkurrencen, netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse, allerede er begrænset, og som ved at anvende midler, der er anderledes end dem, der

regulerer en normal konkurrence på produkter og tjenesteydelser på grundlag af erhvervsdrivendes tjenesteydelser, skaber en hindring for at opretholde den bestående konkurrence på markedet eller for udviklingen af denne konkurrence (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 49, præmis 91; jf. ligeledes dommen af 30.9.2003 i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 132, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴¹ En adfærd udvist af en virksomhed, der har en dominerende stilling, kan således betragtes som begrundende misbrug i medfør af artikel 82 EF, selv om der ikke foreligger nogen form for skyld (Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 70).

¹⁴² Sagsøgernes argument om, at de ikke forfulgte konkurrencebegrænsende mål, er således uden betydning for den retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder. Konstateres det herved, at sagsøgernes formål med at udsætte oprettelsen af adgangen var at forhindre en kunde hos og konkurrent til Clearstream-koncernen i at udføre sine tjenesteydelser på en effektiv måde, kan dette understøtte konklusionen om, at der foreligger misbrug af dominerende stilling, men det er ikke en forudsætning for denne konklusion.

¹⁴³ Der mindes desuden om, at EB i denne sag blev nægtet adgang, og at EB dels er kunde hos CBF på det tyske marked for værdipapirer i kollektiv forvaring, dels er konkurrent til CBL, som er søsterselskab til CBF og den eneste anden DCIT i Den Europæiske Union, på markedet for de efterfølgende led clearing og afvikling af grænseoverskridende transaktioner med værdipapirer. Det påvises ganske vist ikke i den anfægtede beslutning, at sagsøgernes mål var at skabe en konkurrencemæssig ulempe for EB, men beslutningen indeholder derimod en bedømmelse af begrundelsen for og følgerne af denne nægtelse af at udføre tjenesteydelserne på baggrund af EB's og den samlede Clearstream-koncerns stilling på det relevante marked. Kommissionen har således redegjort for flere omstændigheder, der indikerer, at sagsøgerne havde som mål at udelukke EB fra modtagelse af deres tjenesteydelser og således hindre konkurrencen på området for grænseoverskridende, sekundære clearings- og afviklingsydelser (betragtning 234 og 300 til den anfægtede beslutning). Det er imidlertid ufornuddent at tage stilling hertil, eftersom misbrug af dominerende stilling er et objektive begreb.

- 144 Vedrørende den virkning, som den ovenfor i præmis 140 nævnte retspraksis angår, vedrører den ikke nødvendigvis den konkrete virkning af en som misbrug påtalt adfærd. Til fastlæggelse af, om artikel 82 EF er blevet overtrådt, er det tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning (dommen af 30.9.2003 i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 132, præmis 239).
- 145 Det skal herefter prøves, om Kommissionen i det foreliggende tilfælde har godtgjort, at sagsøgernes adfærd indebar en begrænsning af konkurrencen på markedet for sekundære clearings- og afviklingsydelser.
- 146 Som der blev redegjort for ved prøvelsen af det første anbringende, indeholder den anfægtede beslutning Kommissionens fuldstændige analyse af markedet for tjenesteydelserne. Kommissionen kunne på baggrund heraf med rette konkludere, at CBF havde et faktisk monopol og således var en uomgængelig forretningspartner på området for udførelse af primære clearings- og afviklingstjenesteydelser på det relevante marked. Kommissionen konstaterede endvidere, at hindringerne for indtræden på det relevante marked i form af lovgivning, tekniske krav, interesserne for deltagerne i markedet, omkostninger forbundet med indtræden, omkostninger for kunderne og sandsynligheden for at kunne levere konkurrencedygtige produkter, var så høje, at det var muligt at udelukke nye deltagere fra at træde ind på markedet og udsætte CBF for en konkurrencemæssig trussel inden for en overskuelig fremtid (betragtning 205-215 til den anfægtede beslutning).
- 147 I den forbindelse fremgår det af Domstolens retspraksis, at det for, at der kan være tale om misbrug som omhandlet i artikel 82, kræves, at nægtelsen af at levere den omhandlede tjenesteydelse er egnet til at fjerne enhver konkurrence fra den virksomheds side, som efterspørger tjenesteydelsen, at nægtelsen ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, og at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for, at den anmodende virksomhed kan udøve af sin virksomhed (Domstolens dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, præmis 41). Det følger af fast retspraksis, at et produkt eller en tjenesteydelse anses for væsentlig eller nødvendig, såfremt der ikke findes noget faktisk eller potentielt alternativ (jf. Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, præmis 208 og den deri nævnte retspraksis).

148 Hvad angår kriteriet om fjernelse af enhver konkurrence er det med henblik på at påvise, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 82 EF, ikke nødvendigt godtgøre, at enhver konkurrence på markedet vil blive udelukket, men derimod om der er fare, eller sandsynlighed, for, at nægtelsen fører til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet. Kommissionen skal påvise, at der foreligger en sådan fare for, at enhver effektiv konkurrence på markedet vil blive udelukket (dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 563 og 564).

149 I denne sag er det i overensstemmelse med disse betragtninger, at Kommissionen indledningsvis konstaterede (betragtning 168, 226, 228, 231 og 234 til den anfægtede beslutning), at sagsøgerne havde et faktisk monopol på området for udførelse af primære clearings- og afviklingsydelser på det relevante marked, og at EB ikke selv kunne levere de tjenesteydelser, som selskabet efterspurgte. Kommissionen fastslog dernæst, at EB i egenskab af DCIT tilbød sine kunder en unik adgang til at stort marked for værdipapirer og dermed en på europæisk plan ny slags tjenesteydelse for sekundær clearing og afvikling af grænseoverskridende transaktioner med værdipapirer på det indre marked, og at de investorer, der ønskede at benytte sig af tjenesteydelser fra en og samme erhvervsdrivende, nemlig fra en DCIT, i realiteten kunne vælge mellem CBL og EB. Adgang til CBF var ifølge Kommissionen uundværlig for EB med henblik på, at selskabet kunne udføre sine grænseoverskridende sekundære clearings- og afviklingsydelser, og sagsøgernes nægtelse af at udføre primære clearings- og afviklingsydelser for EB for nominelle aktier forhindrede dette selskab i at udføre fuldstændige, paneuropæiske og innovative tjenesteydelser. Dette har skadet innovationen og konkurrencen på området for udførelse af grænseoverskridende sekundære clearings- og afviklingsydelser på markedet for grænseoverskridende clearing og afvikling af værdipapirer inden for Den Europæiske Union, og i sidste ende forbrugerne på indre marked. Endelig fastslog Kommissionen, at sagsøgernes adfærd ikke kunne begrundes objektivt.

150 Kommissionen konkluderede endvidere, at nægtelsen af at give direkte adgang til Cascade RS og den ubegrundede forskelsbehandling i den forbindelse ikke udgjorde to separate overtrædelser, men snarere to udslag af den samme adfærd, eftersom der forelå ubegrundet forskelsbehandling i forbindelse med CBF's nægtelse af at udføre de samme eller lignende tjenesteydelser for EB, som selskabet udførte for andre sammenlignelige kunder. Den således påviste nægtelse af at udføre tjenesteydelser forstærkes ifølge Kommissionen af konstateringen af den ubegrundede forskelsbehandling af CBF's kunder.

- 151 Denne konklusion kan ikke ændres af de argumenter, som sagsøgerne har anført i den henseende. I modsætning til det af sagsøgerne anførte, var det med føje, at Kommissionen fandt, at forsinkelsen med hensyn til at opnå adgang langt havde overskredet, hvad der kunne anses for rimeligt og begrundet, og at forsinkelsen dermed svarede til en ulovlig nægtelse af at udføre den omhandlede tjenesteydelse, som medførte en konkurrencemæssig ulempe på det relevante marked for EB. Til sammenligning fik CBL, der er en direkte konkurrent til EB, adgang til Cascade RS i løbet af blot fire måneder. Hvad angår sagsøgernes argument om, at CBL på tidspunktet for de faktiske omstændigheder heller ikke havde adgang til CBF, skal det bemærkes, at CBL først fremsatte sin anmodning, efter at EB havde fået adgang (betragtning 236 til den anfægtede beslutning).
- 152 Argumentet om, at Kommissionen ikke har påvist, at en indirekte adgang til CBF udgjorde en konkurrencemæssig ulempe for EB, og at EB og CBL i de fleste tilfælde i Europa havde indirekte adgang til DCT'er, er allerede undersøgt i forbindelse med det første anbringende med hensyn til substituerbarhed på udbudssiden. Der skal vedrørende dette punkt mindes om, at EB før anmodningen om adgang til Cascade RS rådede over en indirekte adgang til CBF via mellemlæddet Deutsche Bank. Kommissionen konstaterede på baggrund af oplysninger fra de erhvervsdrivende på markedet imidlertid med rette, at en sådan indirekte adgang rummede en række ulemper, nemlig længere frister, større risiko, forhøjede omkostninger og mulige interessekonflikter (betragtning 139 til den anfægtede beslutning). Desuden er argumentet om eventuelle indirekte adgange til DCT'er på andre geografiske markeder ikke relevant, da bedømmelsen af de faktiske omstændigheder udelukkende vedrører det geografiske marked, der er relevant i den foreliggende sag, nemlig Tyskland.
- 153 Hvad angår sagsøgernes argument om, at henvisningen i den anfægtede beslutning til tidligere kommissionsbeslutninger ikke er relevant, fordi disse beslutninger er baseret på en kvalificeret restriktiv virkning, hvilket der ikke er tale om i denne sag, er det tilstrækkeligt at henvise til den retspraksis, der er nævnt i præmis 55 ovenfor.
- 154 Hvad angår betydningen af EB's nominelle aktier, der er deponeret hos CBF, og den potentielle gevinst for EB ved en adgang til Cascade RS skal det bl.a. fremhæves, som Kommissionen har gjort, at det er af stor betydning at kunne tilbyde sine kunder tjenesteydelser, der er forbundet med tyske nominelle aktier, hvilket i forbindelse med

det aktuelle marked ikke kan bestrides. Endvidere kan betydningen af de tjenesteydelser, som CBF udfører, udelukkende vurderes ud fra den mængde af transaktioner, der udføres for EB, der ikke nødvendigvis modsvarer, og endda i de fleste netop ikke modsvarer, mængden af aktier, der er deponeret hos CBF. Uanset om argumentet om en lille mængde kan influere på valget mellem en automatiseret og en manuel adgang, kan selv en lille mængde transaktioner med nominelle aktier, særligt med hensyn til deres betydning, begrunde en direkte adgang til CBF's behandlingssystem. Desuden har sagsøgerne ikke foretaget nogen bedømmelse på grundlag af værdien af de udførte transaktioner, men har begrænset sig til at fremføre taloplysninger vedrørende den del af de nominelle aktier, der er deponeret hos CBF, uden angivelse af bevisemønstre. Sagsøgerne har ligeledes foreslået en anden metode til fastsættelse af disse aktiers betydning for EB, som hverken er understøttet af officielle dokumenter eller et defineret beregningsgrundlag.

155 Følgelig må sagsøgernes argumentation på dette punkt forkastes i sin helhed.

— Påstanden om, at EB ikke har været udsat for forskelsbehandling

156 Der er allerede redegjort for alle elementer til besvarelse af dette argument i de foregående præmisser. Vedrørende EB's angivelige anmodning om automatiseret adgang til Cascade og manuel adgang til Cascade RS er det således tilstrækkeligt at henvise til, at CBL opnåede adgang til Cascade RS på blot fire måneder, selv om dette selskab ifølge sagsøgerne selv anmodede om samme kombination som EB (jf. præmis 106-151 ovenfor). Sagsøgerne har ikke godtgjort påstanden om, at EB ikke havde gennemført de nødvendige forberedelser for oprettelsen af adgang i gennem mere end to år (jf. præmis 112-120 ovenfor). Endelig har sagsøgerne ikke bestridt, at den østrigske og franske DCT fik adgang til Cascade RS uden forsinkelse. Det fremgår således af de oplysninger, som blev indhentet under den administrative procedure, og som er gengivet i den anfægtede beslutning, at der ikke findes clearings- og afviklingsydelser, som CBF udførte for DCIT'erne, som selskabet ikke også udførte for nationale DCT'er (betragtning 133 og 296 til den anfægtede beslutning). Hvad angår adgangstyper bemærkes det, at den adgang, som EB fik tildelt i november 2001, var manuel, ligesom adgangen tildelt disse nationale DCT'er.

157 Det må følgelig konkluderes, at Kommissionen med rette har fastslået, at EB blev udsat for forskelsbehandling vedrørende udførelse af primære clearings- og afviklingsydelser for nominelle aktier.

158 På baggrund af det ovenstående skal dette led af det andet anbringende forkastes som ubegrundet.

Det andet led om, at der ikke foreligger forskelsbehandling med hensyn til prisen

Parternes argumenter

159 Sagsøgerne har gjort gældende, at der ikke foreligger ulovlig forskelsbehandling ved prisfastsættelsen i forhold til EB. Det er navnlig ikke muligt at sammenligne DCT'erne og DCIT'erne, eftersom det drejer sig om to forskellige kundegrupper. Både kombinationerne af de efterspurgte tjenesteydelser og omkostningerne hertil er forskellige.

160 For det første fremgår det af Domstolens retspraksis, at markedets struktur kan begrunde en sontring mellem forskellige kundegrupper. I den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid set bort fra de afgørende forskelle, der er mellem DCT'ernes og DCIT'ernes funktioner og virksomhedsmodeller. Særligt er DCIT'erne til forskel fra DCT'erne ikke fri for risiko, fordi de ikke er undergivet en statslig kontrol, som garanterer sikkerheden for kapitalbevægelser, og fordi de kan gennemføre transaktioner med forskellige valutaer.

- 161 For det andet er mængden af transaktioner, som CBF skal behandle for DCIT'erne, langt større end dem, der skal gennemføres for DCT'erne, og derfor er graden af standardisering og automatisering højere for DCIT'erne, hvilket kræver anvendelsen af visse særlige programmer. 76% af de samlede omkostninger vedrører nemlig behandlingen af transaktioner for DCIT'erne, hvilket medfører øgede omkostninger til databehandling.
- 162 For det tredje modtager EB visse særlige tjenesteydelser, der er nævnt i betragtning 131 til den anfægtede beslutning. Det er disse særlige tjenesteydelser, som det årlige faste beløb på 125 000 EUR vedrører. Disse tjenesteydelser er nemlig ikke forbundet med clearing og afvikling, men udelukkende med forvaring og udstedelse af værdipapirer. Sagsøgerne har i den forbindelse som bilag til replikken fremlagt en skrivelse af 29. august 1996 til EB. Sagsøgerne har fastholdt, at kvalificeringen og sondringen mellem afviklingsydelser og særlige tjenesteydelser er korrekt og relevant, og de har gjort gældende, at de særlige tjenesteydelser kun udføres for EB. Ændringerne i indførelserne som følge af indehaverens overførsel af aktier, af tilbageførsel af værdipapirer til indehaverne og af forøgelse eller reduktion af udstedernes kapital er forbundet med forvaringen af værdipapirer og ikke med clearing og afviklingen inden for rammerne af værdipapirtransaktioner.
- 163 For det fjerde præciserede en aftale, der blev indgået i 1997 mellem CBF's og EB's forgængere, at visse aktiviteter kun skulle udføres for EB, og EB har anerkendt den særlige værdi af disse aktiviteter i en intern note af 15. marts 2001. Kommissionen har imidlertid ikke orienteret sig om alle de oplysninger, som den råder over.
- 164 For det femte skal CBF bære omkostningerne til en ansvarsforsikring vedrørende de særlige risici for ansvar, som er forbundet med de to DCIT'er. Sagsøgerne har i den forbindelse anført, at — i modsætning til det af Kommissionen anførte — de omkostninger, som er angivet under posten »Generelle omkostninger«, for EB er seks gange større end de omkostninger, der er angivet for alle DCT'er tilsammen, og 1,7 gange højere end de omkostninger, der er angivet for CI. Disse særlige risici er forbundet med DCIT'ernes store mængde af transaktioner, hvilket sagsøgerne allerede har redegjort for i deres skriftlige indlæg af 1. september 2003 og 1. december 2003, der i uddrag er vedlagt replikken som bilag. Endvidere er fordelingen af forsikringsomkostningerne begrundet i forsikringstilfældene, som opstår oftere hos DCIT'erne.

165 For det sjette har sagsøgerne anført, at 99,01% af de transaktioner, som behandles om natten for værdipapircentralerne, afvikles for DCIT'erne, hvilket medfører yderligere omkostninger. Til forskel fra DCT'erne får DCIT'erne således også om natten stillet deres resultater til rådighed. Sagsøgerne har i den forbindelse som bilag til replikken fremlagt en tabel over vederlagene for transaktionerne, som er beregnet på grundlag af de almindelige omkostninger og mængden af transaktioner, som kan henføres til DCIT'erne og DCT'erne, men som ikke indeholder nogen differentiering af transaktionsomkostningerne i forhold til, om behandlingen er sket om natten eller om dagen, eftersom omkostningerne til den særlige overvågning af anvendelsen af de supplerende programmer, der udelukkende er lanceret for DCIT'erne, og tjenesteydelserne vedrørende de oplysninger, der følger af det store antal transaktioner, opstår både inden for rammerne af den behandling, der finder sted om natten og om dagen.

166 Sagsøgerne har endvidere anført, at Kommissionen har foretaget en fejlagtig beregning af den prisforskel, som er konstateret i den foreliggende sag. Eftersom det årlige faste beløb ikke udgør betaling for afviklingsydelse, og da CBF giver EB mængderabat, udgør den prisforskel, som sagsøgerne skal begrunde objektivt med støtte af dokumentation for tilsvarende omkostninger, mellem 2 og 5%, og den beløber sig ikke til 20%. Desuden har Kommissionen afvist at anerkende, at de særlige omkostninger, der påføres CBF, udgør en objektiv begrundelse for denne prisforskel, som sagsøgerne har opgjort til et beløb på mellem 0,10 og 0,25 EUR.

167 Endelig har Kommissionen ikke undersøgt og besvaret spørgsmålet om, hvorvidt de priser, som sagsøgerne har fastsat i forhold til EB, udgør en konkurrencemæssig ulempe for EB. Det bedste bevis for, at EB ikke har været påført en ulempe, består ifølge sagsøgerne i den omstændighed, at EB ikke har ladet prissænkningen komme sine kunder til gode.

168 Kommissionen har gjort gældende, at denne argumentation skal afvises.

Rettens bemærkninger

- 169 En virksomhed med dominerende stilling må ikke anvende diskriminerende priser, jf. artikel 82, stk. 2, litra c), som vedrører former for misbrug bestående i »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«.
- 170 Efter retspraksis må en virksomhed derfor ikke benytte kunstige forskelle i prisniveauerne, der kan stille dens kunder ringere og fordreje konkurrencen (Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 160, og dommen i sagen Deutsche Bank mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 65, præmis 78).
- 171 Det skal herefter prøves, om de omstændigheder, som Kommissionen støttede sig på, da den fastslog, at sagsøgerne anvendte diskriminerende priser, var materielt korrekte, og om disse omstændigheder støtter Kommissionens konklusion om, at der har været anvendt ulige vilkår på ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved blev stillet ringere i konkurrencen.
- 172 Ifølge Kommissionen udgør DCIT'erne og DCT'erne to sammenlignelige kunde-grupper, da begge typer værdipapircentraler udfører sekundære clearings- og afviklingsydelser for grænseoverskridende transaktioner med værdipapirer, som er udstedt i henhold til tysk ret, og da indholdet af de primære clearings- og afviklingsydelser, som CBF udfører for begge typer værdipapircentraler, er det samme. Kommissionen har nemlig på baggrund af de oplysninger, som sagsøgerne selv har fremlagt, fastslået, at DCT'erne og DCIT'erne modtager sammenlignelige tjenesteydelser, og at der ikke findes clearings- og afviklingsydelser, som CBF udfører for DCIT'erne, som CBF ikke også udfører for DCT'erne (betragtning 128 og 133 til den anfægtede beslutning).

- 173 Det er dog ubestridt mellem parterne, at CBF opkrævede 5 EUR pr. transaktion af de nationale DCT'er, mens CBF mellem slutningen af 1996 og den 1. januar 2002 opkrævede en grundpris på 6 EUR pr. transaktion af EB samt et årligt fast beløb på 125 000 EUR.
- 174 Sagsøgerne gjorde inden for rammerne af det første anbringende gældende, at CBF's tre kundegrupper (DCT'erne, DCIT'erne og kunder på almindelige betingelser) i det væsentlige modtog de samme tjenesteydelser fra CBF, eftersom de alle var forbundet med CBF i deres egenskab af mellemed og depositarer, men at prisforskellen var begrundet i procedurens forløb, der kunne være forskellig efter hver enkelt kundes behov. Det må imidlertid konstateres, at denne argumentation i flere tilfælde er i modstrid med andre udtalelser, der er fremkommet under den administrative procedure og under sagens behandling ved Retten.
- 175 For det første har sagsøgerne således anført, at det faste beløb på 125 000 EUR udelukkende vedrører forvaringen og udstedelsen af værdipapirer. Til støtte for dette argument har sagsøgerne som bilag til replikken fremlagt en skrivelse af 29. august 1996 fra CBF's forgænger til EB's forgænger, hvorved den sidstnævnte blev informeret om de priser, som den førstnævnte ville anvende fra den 1. januar 1997. Det fremgår imidlertid af denne skrivelse, at det faste beløb på 125 000 EUR blev opkrævet for særlige tjenesteydelser (jf. ligeledes betragtning 131 til den anfægtede beslutning), mens det præciseres, at forvaringsydelse var undergivet de »normale« priser.
- 176 Endvidere har sagsøgerne opregnet visse aktiviteter, som udelukkende vedrørte EB i overensstemmelse med en aftale, der blev indgået i 1997 mellem CBF's og EB's forgængere.
- 177 Sagsøgerne har imidlertid ikke påvist, hvordan de forskellige særlige tjenesteydelser adskiller sig fra de tjenesteydelser, der generelt udføres for DCIT'erne og DCT'erne. I den forbindelse må det for det første konstateres, at sagsøgerne under den administrative procedure vedrørende DCT'erne angav, at der ud over de sædvanlige tjenesteydelser blev udført visse nærmere opregnede afviklingsydelser for at imødekomme DCT'ernes særlige behov (for grænseoverskridende transaktioner) i overensstemmelse med individuelle aftaler. For det andet udtalte sagsøgerne, hvad angår DCIT'erne, at »DCIT'erne modtager både sædvanlige tjenesteydelser og særlige tjenesteydelser, som er sammenlignelige med de ydelser, der udføres for DCT'erne«, og

at DCIT'erne til sammenligning med DCT'erne ikke anmodede om visse nærmere opregnede særlige tjenesteydelser (betragtning 125 og 128 til den anfægtede beslutning).

178 Det fremgår heraf, at ud over de tjenesteydelser, der blev udført for kunder på almindelige betingelser, blev der udført visse supplerende tjenesteydelser for DCT'erne og DCIT'erne som følge af deres særlige behov, nemlig behandling af grænseoverskridende transaktioner.

179 I den forbindelse må sagsøgerenes argument om DCT'ernes og DCIT'ernes forskellige funktioner forkastes, eftersom de ikke-tyske DCT'er og DCIT'erne for så vidt angår de værdipapirer, der er udstedt i henhold til tysk ret, er virksomme på samme niveau og efterspørger de samme primære tjenesteydelser hos CBF. Kommissionen har således med føje fastslået, at indholdet af de primære clearings- og afviklingsydelser for grænseoverskridende transaktioner, som CBF udfører for DCT'erne og DCIT'erne, er det samme (betragtning 307 til den anfægtede beslutning). Sagsøgerne har i øvrigt ikke påvist, på hvilken måde præmis 120 i Domstolens dom af 9. juli 1991 i sagen AKZO mod Kommissionen (sag C-62/86, Sml. I, s. 3359), som sagsøgerne har henvist til, er relevant for sondringen mellem de i den foreliggende sag omhandlede kundegrupper.

180 For det andet har sagsøgerne fremført, at mellem 1998 og 2002 var mængden af EB's transaktioner mere end 18 gange større end mængden af syv nationale DCT'ers akkumulerede transaktioner, og at graden af standardisering og automatisering var højere for tjenesteydelser, der blev udført for DCIT'erne end for DCT'erne. Som Kommissionen med føje har gjort gældende, støtter dette argument imidlertid snarere den modsatte konklusion, nemlig at en øget grad af automatisering i princippet bidrager til en nedsættelse af priserne, snarere end til en forhøjelse, eventuelt efter afholdelse af omkostningerne til etablering af automatiseringen. Det fremgår eksempelvis af betragtning 127 til den anfægtede beslutning, at tre ikke-tyske DCT'er fik nedsat deres kommissioner efter overgangen fra en udelukkende manuel behandling til en fuldautomatiseret behandling.

181 For det tredje har sagsøgerne anført, at prisforskellen var begrundet, eftersom CBF var nødsaget til at bære visse omkostninger, der kun vedrørte DCIT'erne, og som vedrørte behandling i nattetimerne, store mængder af transaktioner samt en ansvarsforsikringsaftale for de særlige risici, som de to DCIT'er er udsat for.

182 Det må imidlertid konstateres, at de beviselæmter, som sagsøgerne har fremlagt til støtte for dette argument inden for rammerne af det foreliggende anbringende, ikke er overbevisende. Som bilag til replikken var bl.a. fremlagt uddrag af sagsøgernes skriftlige indlæg af 1. september og 1. december 2003 og et bilag til det skriftlige indlæg af 1. september 2003, der var stilet til Kommissionen til besvarelse af dennes anmodning om oplysninger.

183 Dokumentet, der var vedlagt det skriftlige indlæg af 1. september 2003, indeholder fordelingen af omkostningerne for perioden mellem januar og august 2002, og det vedrører dermed ikke den periode, i hvilken det blev fastslået, at der blev anvendt diskriminerende priser. Endvidere blev den pris, der blev anvendt i forhold til EB, nedsat til 3 EUR fra den 1. januar 2002. Det fremgår dog af sagsøgernes besvarelse af Kommissionens anmodning om oplysninger af 12. september 2002, der er vedlagt duplikken som bilag, at CBF's fortjenstmargen vedrørende DCIT'erne selv efter denne nedsættelse svarede til gevinstmargenen for DCT'erne. Denne fordeling kan således under ingen omstændigheder begrunde den påtalte prisforskel i den omhandlede periode.

184 Uddragene af de skriftlige indlæg af 1. september og 1. december 2003 udgør således en supplerende argumentation fra sagsøgernes side, snarere end, at der er tale om dokumenter med bevisværdi.

185 Der mindes i den forbindelse om, at skønt det påhviler Kommissionen at bevise, at der foreligger de omstændigheder, der udgør gerningsindholdet i en tilsidesættelse af artikel 82 EF, påhviler det den berørte dominerende virksomhed, og ikke Kommissionen, i givet fald at gøre en eventuel objektiv begrundelse gældende inden afslutningen af den administrative procedure og i den forbindelse fremsætte argumenter og fremlægge beviser. Hvis Kommissionen ønsker at fastslå, at der er begået misbrug af en dominerende stilling, påhviler det derefter den at påvise, at de

argumenter og beviser, den berørte virksomhed har påberåbt sig, ikke er holdbare, og at den anførte begrundelse derfor ikke kan tiltrædes (dommen i sagen Microsoft mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 47, præmis 688).

186 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen under den administrative procedure flere gange anmodede sagsøgerne om at begrunde forskellene i de priser, der blev anvendt i den omhandlede periode, og Kommissionen anmodede navnlig sagsøgerne om at fremsende oplysninger om omkostningerne i hvert enkelt tilfælde og fordelingen heraf pr. transaktion. Det er ubestridt mellem parterne, at sagsøgerne ikke på noget tidspunkt har fremsendt oplysninger om en sådan fordeling af omkostningerne. Endvidere er den liste over tjenesteydelser, som sagsøgerne har fremlagt, ifølge Kommissionen usammenhængende og selvmodsigende (betragtning 134 og 313 til den anfægtede beslutning).

187 Desuden er sagsøgernes argumenter om behandlingen om natten, om de store mængder af transaktioner samt en ansvarsforsikringsaftale med hensyn til EB alle undersøgt og med rette forkastet i den anfægtede beslutning. Selv om visse dokumenter, der lå til grund for denne undersøgelse, er nævnt i den anfægtede beslutning, er de enten ikke fremlagt med henblik på den foreliggende sag, eller de er fremlagt, men har ikke beviskraft (jf. præmis 183 og 184 ovenfor). Disse påstande fra sagsøgernes side, der ikke er støttet på taloplysninger, er ikke overbevisende, eftersom disse påstandene er ulogiske og ligefrem selvmodsigende. Sagsøgerne har således ikke været i stand til at godtgøre, hvordan de store mængder af transaktioner, der har givet anledning til en højere grad af automatisering, har kunnet føre til forøgede omkostninger pr. transaktion. Sagsøgerne har heller ikke forklaret, hvorfor de har tegnet en ansvarsforsikring til dækning af de risici, der vedrører DCIT'erne, og ikke fremlagt en kopi af denne forsikringsaftale. Selv om argumentet hvad angår behandlingen i nattetimerne kunne udgøre en begrundelse, må sagsøgernes argument på dette punkt dog forkastes. Sagsøgerne har hævdet, at den beregning, som de har fremlagt som bilag til replikken, ikke indeholder nogen differentiering af transaktionsomkostningerne i forhold til, om behandlingen er sket om natten eller om dagen, eftersom omkostningerne til den særlige overvågning af anvendelsen af de supplerende programmer, der udelukkende er lanceret for DCIT'erne, og tjenesteydelserne vedrørende de oplysninger, der følger af det store antal transaktioner, opstår både inden for rammerne af den behandling, der finder sted om natten og om dagen. Sagsøgerne har dermed dels blandet ekstraomkostningerne, der skyldes omstændighederne, som nævnes i forbindelse med det forrige anbringende, sammen med ekstraomkostningerne, der skyldes behandlingen ved nattetid. Dels har sagsøgerne ikke fremlagt nogen beregning af fordelingen af disse omkostninger efter mængden af behandlede transaktioner henholdsvis om dagen og om natten og efter modtageren, EB eller DCT'erne.

188 Sagsøgernes argumenter kan derfor ikke rejse tvivl om Kommissionens bedømmelse i den anfægtede beslutning, hvorefter sagsøgerne ikke har været i stand til at påvise, at de priser, der blev anvendt i forhold til EB, var forbundet med reelle ekstraomkostninger for sagsøgerne, der kun vedrørte EB.

189 For det fjerde må sagsøgerens argument om, at Kommissionen har foretaget en urigtig beregning af den prisforskel, som sagsøgerne skal begrunde, ligeledes forkastes. På grundlag af beskrivelsen af de tjenesteydelser, som sagsøgerne har kvalificeret som særlige, der ikke vedrører afvikling (betragtning 131 til den anfægtede beslutning), må i det mindste visse af de tjenesteydelser, der er omfattet af det faste beløb på 125 000 EUR, være forbundet med afvikling. Det må under alle omstændigheder konstateres, at CBF ud over kommissionen pr. normal transaktion opkrævede dette yderligere faste beløb af EB for tjenesteydelser, som både EB og DCT'erne modtog, men hvor DCT'erne ikke blev opkrævet det yderligere faste beløb til trods for, at de modtog et større antal særlige tjenesteydelser end DCIT'erne. Samlet set var den pris pr. transaktion, som EB betalte, således højere end den sædvanlige pris pr. transaktion på 6 EUR, og den forskelsbehandling, som EB blev udsat for, består således i en forskel på mere end 20% mellem de priser, der blev opkrævet af EB, og de priser, der blev opkrævet af visse DCT'er (betragtning 306 til den anfægtede beslutning). Den mængderabat, som EB fik, burde snarere have sænket de priser, der blev opkrævet af EB, til et niveau, der var lavere end de priser, der blev opkrævet af andre sammenlignelige kunder.

190 Det må på baggrund af det ovenstående fastslås, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at sagsøgerne over for EB anvendte diskriminerende priser som omhandlet i artikel 82, stk. 2, litra c), EF.

191 Endelig har sagsøgerne anført, at Kommissionen ikke har undersøgt og besvaret spørgsmålet om, hvorvidt de priser, som sagsøgerne har fastsat i forhold til EB, udgør en konkurrencemæssig ulempe for EB.

192 Som Domstolen har udtalt, er det særlige forbud mod forskelsbehandling, som er fastsat i artikel 82, stk. 2, litra c), EF, en del af den ordning, som i overensstemmelse med artikel 3, stk. 1, litra g), EF sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke

fordrejes. En dominerende virksomheds forretningsadfærd må ikke fordreje konkurrencen på et marked i et tidligere eller efterfølgende led, dvs. konkurrencen mellem denne virksomheds leverandører eller kunder. Den nævnte virksomheds medkontrahenter må ikke favoriseres eller stilles ringere i den konkurrence, de fører indbyrdes. Følgelig skal det, for at betingelserne for anvendelse af artikel 82, stk. 2, litra c), EF er opfyldt, fastslås, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked ikke blot er diskriminerende, men at den ligeledes tilsigter at fordreje dette konkurrenceforhold, dvs. hæmme en del af denne virksomheds handelspartners konkurrencemæssige stilling i forhold til andres (Domstolens dom af 15.3.2007, sag C-95/04 P, *British Airways mod Kommissionen*, Sml. I, s. 2331, præmis 143 og 144).

¹⁹³ Der er i denne henseende intet til hinder for, at forskelsbehandlingen af handelspartnere, som befinder sig i konkurrenceforhold, kan anses for misbrug fra det øjeblik, hvor den dominerende virksomheds adfærd i betragtning af alle omstændighederne i sagen tilsigter at medføre konkurrencefordrejning mellem disse handelspartnere. I en sådan situation kan det ikke kræves, at der derudover føres bevis for effektiv kvantificerbar fordrejning af handelspartnernes konkurrencestilling enkeltvis betragtet (dommen i sagen *British Airways mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i præmis 192, præmis 145).

¹⁹⁴ I den foreliggende sag må det konstateres, at når en virksomhed, der har et faktisk monopol på markedet i de foregående led, anvender ulige priser for sammenlignelige tjenesteydelser over for en handelspartner, og det uafbrudt igennem en periode på fem år, kan dette kun give anledning til en konkurrencemæssig ulempe for denne handelspartner.

¹⁹⁵ På baggrund af det ovenstående må dette led af det andet anbringende forkastes, og dermed forkastes det andet anbringende i sin helhed.

3. *Det tredje anbringende om, at CBF's retsstridige adfærd urigtigt er tilskrevet CI*

Parternes argumenter

¹⁹⁶ Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen på intet tidspunkt har fastslået, at den anden sagsøger, CI, har en dominerende stilling, og at denne sagsøger derfor ikke har kunnet gøre sig skyldig i misbrug af en sådan stilling.

¹⁹⁷ Kommissionen har forkastet denne argumentation.

Rettens bemærkninger

¹⁹⁸ Det skal bemærkes, at ansvaret for en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd kan pålægges en anden virksomhed, hvis den førstnævnte virksomhed ikke frit har bestemt sin adfærd på markedet, men i det væsentlige har fulgt instrukser fra sidstnævnte virksomhed, navnlig under hensyn til de økonomiske og juridiske forbindelser mellem virksomhederne (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-294/98 P, Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10065, præmis 27). Et moderselskab kan således tilregnes en adfærd udvist af et datterselskab, når datterselskabet ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet (Domstolens dom af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 132 og 133).

¹⁹⁹ I det særlige tilfælde, hvor et moderselskab besidder 100% af kapitalen i et datterselskab, som har begået en overtrædelse, foreligger der en simpel formodning om, at moderselskabet faktisk har øvet afgørende indflydelse på den adfærd, dets datterselskab har udvist (jf. i denne retning Domstolens dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG-

Telefunken mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 50), og de udgør derfor én virksomhed i konkurrencerettens forstand (Rettens dom af 15.6.2005, forenede sager T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, Torkai Carbon m.fl. mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 59). Det påhviler derfor det moderselskab, som ved Fællesskabets retsinstanser anfægter en kommissionsbeslutning, hvori det pålægges en bøde for en adfærd, som datterselskabet har udvist, at afkræfte denne formodning ved at føre tilstrækkelige beviser for, at datterselskabet har været uafhængigt (Rettens dom af 27.9.2006, sag T-314/01, Avebe mod Kommissionen, Sml. II, s. 3085, præmis 136; jf. i denne retning også Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommission, Sml. I, s. 9925 (herefter »Stora-dommen«), præmis 29).

200 Det skal i denne forbindelse understreges, at selv om det er korrekt, at Domstolen i Stora-dommen, nævnt ovenfor i præmis 199 (præmis 28 og 29) — ud over ejerskab af 100% af datterselskabets kapital — har henvist til andre omstændigheder, som f.eks. den manglende anfægtelse af den indflydelse, som moderselskabet har udøvet på datterselskabets handelspolitik, og den fælles repræsentation af de to virksomheder under den administrative procedure, forholder det sig ikke desto mindre således, at Domstolen kun har henvist til de nævnte omstændigheder for at redegøre for de forskellige forhold, som Retten havde støttet sine overvejelser på, med henblik på at konkludere, at disse ikke udelukkende blev støttet på det forhold, at moderselskabet besidder hele kapitalen i datterselskabet. Domstolen har i Stora-dommen (præmis 29), nævnt ovenfor i præmis 199, udtrykkeligt bemærket, at »da der var tale om, at moderselskabet ejede hele aktiekapitalen i datterselskabet, kunne Retten nemlig — som påpeget af Kommissionen — retmæssigt lægge til grund, at moderselskabet faktisk øvede afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd«, og at det under disse betingelser påhvilede appellanten at føre tilstrækkelige beviser med henblik på at afkræfte denne »formodning«.

201 Eftersom CI ejer 100% af CBF's aktiekapital, tilkom det i det foreliggende tilfælde CI at føre bevis for, at CBF har handlet på egen hånd, for at afkræfte denne formodning, hvilket selskabet ikke har gjort. Sagsøgerne har nemlig ikke i deres skriftlige indlæg forholdt sig til spørgsmålet om, hvorvidt datterselskabet CBF selvstændigt fastlagde og/eller fastlægger sin adfærd på markedet i stedet for at følge sit moderselskabs instruktioner.

202 Sagsøgerne har heller ikke anfægtet Kommissionens påstand i svarskriftet, hvorved Kommissionen med henvisning til betragtning 235 og 271 ff. til den anfægtede beslutning dels anførte, at Clearstream i sit salgsmateriale præsenterer sig som én virksomhed, dels at de i beslutningen beskrevne omstændigheder viser, at CI har påvirket CBF's adfærd, således at CBF ikke har handlet selvstændigt, og at CI endda undertiden har handlet på sit tyske datterselskabs vegne.

203 For så vidt angår sagsøgernes argumentation om, at Kommissionen ikke har fastslået, at CI var en virksomhed med dominerende stilling på det relevante marked, er det tilstrækkeligt at fastslå, at argumentet hviler på en forkert præmis, ifølge hvilken der ikke er konstateret en overtrædelse fra sagsøgernes side. Det fremgår imidlertid af betragtning 224 ff. til den anfægtede beslutning og af beslutningens artikel 1, at CI selv er fundet skyldig i en overtrædelse, som selskabet selv anses for at have begået på grund af de økonomiske og retlige bånd til CBF, der gør det muligt for CI at bestemme CBF's adfærd på markedet (jf. i denne retning dommen i sagen Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 198, præmis 34).

204 Det tredje anbringende må følgelig forkastes som ugrundet.

4. *Det fjerde anbringende om, at den anfægtede beslutning er upræcis*

Parternes argumenter

205 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen ved i den anfægtede beslutnings artikel 1 at fastsætte påbegyndelsestidspunktet for den ulovlige nægtelse af at udføre de omhandlede tjenesteydelser til den 3. december 1999 ikke tog hensyn til en periode på fire måneder efter fremsættelsen af anmodningen om adgang, hvor manglende udførelse af tjenesteydelserne ifølge Kommissionen ikke var ulovlig.

- 206 Den anfægtede beslutnings artikel 2 er ulovlig, fordi dens ordlyd er for upræcis, bl.a. for så vidt angår den konkrete adfærd, som sagsøgerne skal afholde sig fra. Desuden er ordlyden uklar på tysk og i modstrid med betragtningerne til den anfægtede beslutning. De kan nemlig forstås således, at sagsøgerne udelukkende skal afholde sig fra at foretage de handlinger blandt de i artikel 1 beskrevne, som tilsidesætter artikel 82 EF, uden at det præciseres, hvilke handlinger der er tale om.
- 207 Sagsøgerne har af Kommissionens præciseringer i svarskriftet udledt, at den anfægtede beslutnings dispositive del udelukkende vedrører sagsøgernes adfærd over for EB, og ikke over for andre virksomheder. Kommissionen har afvist en vid fortolkning af den anfægtede beslutnings artikel 2, der således ikke finder anvendelse på ihændehaveraktier.
- 208 Ordlyden i den anfægtede beslutnings artikel 2 er ifølge Kommissionen ikke så upræcis, som sagsøgerne gør gældende.

Rettens bemærkninger

- 209 For det første er sagsøgernes argument om, at Kommissionen ikke har taget hensyn til en frist på fire måneder ved fastlæggelsen af overtrædelsens varighed, ugrundet. Tidspunktet for EB's første anmodning om adgang til Cascade RS den 3. august 1999 er nemlig taget i betragtning af Kommissionen og bekræftet i præmis 97-99 ovenfor, mens den anfægtede beslutnings artikel 1 fastsætter overtrædelsens påbegyndelsestidspunkt til den 3. december 1999. Heraf følger, at Kommissionen har fratrasket de fire måneder, dvs. det maksimale tidsrum, som Kommissionen fandt rimelig for at oprette adgangen, fra overtrædelsens totale varighed i denne sag. Der er således ikke modstrid mellem betragtningerne til den anfægtede beslutning og beslutningens dispositive del.

210 Det bemærkes, at det er i en beslutnings dispositive del, at Kommissionen angiver karakteren og rækkevidden af de overtrædelser, den sanktionerer eller fastslår, og i princippet er det, når det drejer sig om netop rækkevidden og karakteren af de overtrædelser, den dispositive del og ikke betragtningerne, som er afgørende. Det er alene i tilfælde af, at de i den dispositive del anvendte formuleringer ikke er klare, at det er nødvendigt at fortolke dem ved hjælp af betragtningerne til den anfægtede beslutning (Rettens dom af 11.12.2003, sag T-61/99, *Adriatica di Navigazione* mod Kommissionen, Sml. II, s. 5349, præmis 43).

211 I den foreliggende sag er den anfægtede beslutnings dispositive del ikke behæftet med tvetydighed. Det fremgår klart, at Kommissionen har fastslået i beslutningens artikel 1, at dels nægtelsen af at udføre primære clearings- og afviklingsydelser for nominelle aktier og den diskriminerende adfærd over for EB i den forbindelse, dels anvendelsen af diskriminerende priser i forhold til EB var i strid med artikel 82 EF. I denne bestemmelse præciseres de fastslåede overtrædelsers karakter, varighed og ophavs-mænd.

212 Sagsøgerne blev af Kommissionen i den anfægtede beslutnings artikel 2 pålagt at afholde sig fra at begå de overtrædelser, der er angivet i beslutningens artikel 1. Bestemmelsens ordlyd, sammenholdt med ordlyden i artikel, er således meget præcis.

213 Det følger heraf, at det fjerde anbringende må forkastes som ugrundet.

214 På baggrund af det ovenfor anførte bør Kommissionen frifindes i det hele.

5. *Begæringen om vidneførelse*

- 215 Sagsøgerne har tilbudt gennem vidneforklaring afgivet af CBF's chef for afdelingen »Clearing og afvikling« på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i sagen at føre bevis for visse af deres påstande, nemlig vedrørende, hvilken type adgang EB anmodede om, EB's afvisning af at registrere nominelle aktier i den økonomiske ejers navn og EB's ansvar for, at det ikke lykkedes at oprette adgang.
- 216 Der skal i den forbindelse mindes om, at det alene tilkommer Retten at bedømme, om det er nødvendigt at supplere bevismaterialet i de sager, den forelægges til afgørelse (jf. Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).
- 217 Selv om en anmodning om afhøring af vidner, som fremsættes i stævningen, indeholder en angivelse af, hvilke konkrete faktiske omstændigheder vidnet eller vidnerne skal afhøres om, og hvilke grunde der gør afhøringen berettiget, skal Retten nemlig vurdere, om anmodningen er berettiget i forhold til sagens genstand og nødvendigheden af at afhøre de pågældende vidner (Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 70).
- 218 I den foreliggende sag har Retten på et relevant grundlag kunnet træffe afgørelse på baggrund af de påstande, anbringender og argumenter, som er fremført under den skriftlige og den mundtlige forhandling. Følgelig må sagsøgernes begæring om vidneførelse forkastes.

Sagens omkostninger

- ²¹⁹ Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Afdeling):

- 1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**
- 2) Clearstream Banking AG og Clearstream International SA betaler sagens omkostninger.**

Vilaras

Prek

Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. september 2009.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder	II - 3166
Den anfægtede beslutning	II - 3167
Retsforhandlinger og parternes påstande	II - 3174
Retlige bemærkninger	II - 3176
1. Det første anbringende om en urigtig definition af det relevante marked for tjenesteydelser og om, at sagsøgerne ikke har dominerende stilling	II - 3176
Parternes argumenter	II - 3176
Rettens bemærkninger	II - 3180
2. Det andet anbringende om, at der ikke foreligger misbrug af dominerende stilling . . .	II - 3189
Det første led om, at nægtelsen af at give adgang ikke udgjorde misbrug, og at der ikke forelå ulovlig forskelsbehandling fra sagsøgernes side	II - 3189
Parternes argumenter	II - 3189
Rettens bemærkninger	II - 3194
— Tidspunktet for anmodningen om adgang	II - 3195
— Kommissionens angivelige fejlfortolkninger hvad angår de typer af adgang, som EB har anmodet om	II - 3196
— Argumentet, ifølge hvilket EB ikke traf alle de nødvendige forberedelser for oprettelsen af adgangen	II - 3200
— Argumentationen vedrørende genforhandlingerne om kontraktforholdene mellem sagsøgerne og EB	II - 3203
— Påstanden om, at der ikke foreligger en hindring, der er udtryk for misbrug	II - 3208
— Påstanden om, at EB ikke har været udsat for forskelsbehandling	II - 3213
Det andet led om, at der ikke foreligger forskelsbehandling med hensyn til prisen . . .	II - 3214
Parternes argumenter	II - 3214
Rettens bemærkninger	II - 3217
	II - 3231

3. Det tredje anbringende om, at CBF's retsstridige adfærd urigtigt er tilskrevet CI	II - 3224
Parternes argumenter	II - 3224
Rettens bemærkninger	II - 3224
4. Det fjerde anbringende om, at den anfægtede beslutning er upræcis	II - 3226
Parternes argumenter	II - 3226
Rettens bemærkninger	II - 3227
5. Begæringen om vidneførelse	II - 3229
Sagens omkostninger	II - 3230