

TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 14 april 2011 *

I mål T-461/07,

Visa Europe Ltd, London (Förenade kungariket),

Visa International Service, Wilmington, Delaware (Förenta staterna),

inledningsvis företrädda av S. Morris, QC, H. Davies och A. Howard, barristers, V. Davies och H. Masters, solicitors, därefter av Morris och P. Scott, solicitor, Howard, V. Davies och C. Thomas, solicitor,

sökande,

mot

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

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

angående, i första hand, en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2007) 4471 slutligt av den 3 oktober 2007 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/D1/37860 – Morgan Stanley/Visa International och Visa Europe) och, i andra hand, talan om ogiltigförklaring eller nedsättning av de böter sökandena ålagts i nämnda beslut,

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna V. Vadapalas och M. Prek (referent),

justitiesekreterare: handläggaren N. Rosner,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 20 maj 2010,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- ¹ Visa International Service är en juridisk person vars verksamhet har till syfte att ge vinst, registrerad i Förenta staterna och ägd av de finansinstitut som utgör dess

medlemmar (nedan kallad Visa International). Visa International förvaltar och samordnar det internationella kortbetalningssystemet med samma namn (nedan kallat Visasystemet), vilket bland annat innefattar fastställande av regler för systemet och att tillhandahålla dess medlemmar auktorisations- och clearingtjänster. Verksamheterna att ge ut Visakort och att sluta anslutningsavtal med försäljningsställen ankommer på de finansinstitut som är medlemmar.

- 2 Morgan Stanley (tidigare Morgan Stanley Dean Witter & Co., nedan kallad Morgan Stanley) är ett i Förenta staterna registrerat finansinstitut som i detta land under hela tiden det administrativa förfarandet varade var ägare till systemet Discover Card/Novus för Discoverkortet (nedan kallat Discoverssystemet).
- 3 Den 23 februari 1999 bildade Morgan Stanley ett dotterbolag i Förenade kungariket, med firman Morgan Stanley Bank International Ltd.
- 4 Den 22 mars 2000 informerades Morgan Stanley om att det inte kunde bli medlem i Visa Internationals region för Europeiska unionen.
- 5 Den 12 april 2000 inkom Morgan Stanley med ett klagomål i enlighet med artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), i vilket det gjordes gällande att artiklarna 81 EG och 82 EG hade åsidosatts när Morgan Stanley inte tilläts bli medlem i Visa Internationals region för Europeiska unionen. Morgan Stanley väckte samtidigt en talan som avsåg samma beteende vid High Court of Justice (England & Wales). Detta mål vilandeförklarades till dess förfarandet vid Europeiska kommissionen hade avslutats.

- 6 Morgan Stanleys klagomål avsåg hur regel 2.12 b i Visa Internationals bolagsordning (nedan kallad regeln), vars olika versioner hade anmälts till kommissionen, hade tillämpats med avseende på klaganden. Regeln har sedan den 4 december 1989 följande lydelse: "[s]tyrelsen (inbegripet de regionala styrelserna och gruppmedlemmarna) ska inte anta medlemmar som de anser kan utgöra en konkurrent till företaget, under förutsättning att detta är förenligt med tillämplig lagstiftning."
- 7 Före den 1 juli 2004 var beslutsbefogenheten för Visa Internationals region för Europeiska unionen – vilken, förutom Europeiska unionens medlemsstater, även omfattade Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Turkiet och Israel – delegerad till den regionala styrelsen för Visa Internationals region för Europeiska unionen. Efter den 1 juli 2004 utövas denna befogenhet av Visa Europe Ltd (nedan kallat Visa Europe) vars regionala styrelse är ensamt behörig att avgöra samtliga frågor inom regionen Europeiska unionen och, särskilt, att godta eller avslå samtliga ansökningar om medlemskap i Visa Europe. Sedan oktober 2004 ingår regeln i klausul 5.3 i Visa Europes medlemsbestämmelser.
- 8 Den 2 augusti 2004 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till Visa International och Visa Europe (nedan kallade sökandena) avseende överträdelse av artikel 81 EG. Den 3 december 2004 inkom sökandena med skriftliga svar på kommissionens invändningar. De begärde vid detta tillfälle att få höras, en begäran som de återkallade den 5 april 2005.
- 9 Den 1 och den 2 september, den 19 november, den 17 december 2004 och den 12 januari 2007 fick sökandena tillgång till handlingarna i ärendet.

- ¹⁰ Den 15 oktober 2004 sände kommissionen en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar till Morgan Stanley. Den 22 oktober 2004 inkom Morgan Stanley med ett skriftligt yttrande över meddelandet om invändningar. Den 23 februari 2005 yttrade sig sökandena däröver.
- ¹¹ Den 23 december 2004 riktade kommissionen en första skrivelse om de aktuella sakförhållandena till sökandena (nedan kallad den första skrivelsen om sakförhållandena), vilken besvarades av sökandena genom skrivelser av den 14 januari och den 23 februari 2005.
- ¹² Den 6 juli 2006 riktade kommissionen en andra skrivelse om de aktuella sakförhållandena till sökandena (nedan kallad den andra skrivelsen om sakförhållandena), vilken besvarades av sökandena genom skrivelse av den 22 september 2006.
- ¹³ Den 21 september 2006 nåddes en överenskommelse mellan Morgan Stanley och sökandena i vilken Morgan Stanley godtogs som medlem i Visa Europe. Det överenskoms även att klagomålet som inlämnats till kommissionen skulle återtas och att talan vid High Court of Justice skulle återkallas.
- ¹⁴ Den 22 september 2006 blev Morgan Stanley medlem i Visa Europe och drog tillbaka klagomålet som inlämnats till kommissionen. Kommissionen ansåg emellertid att den hade ett berättigat intresse av att anta ett beslut om påföljder för sökandenas konkurrensbegränsande beteende.

Det angripna beslutet

- 15 Den 3 oktober 2007 antog kommissionen beslut K(2007) 4471 slutligt om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/D1/37860 – Morgan Stanley/Visa International och Visa Europe) (nedan kallat det angripna beslutet), vars huvudsakliga innehåll anges nedan.

A — Definition av den relevanta marknaden

- 16 Kommissionen gjorde bedömningen att de tjänster som tillhandahålls inom ramen för ett kortbetalningssystem kan uppdelas i tre särskilda grupper:
- de tjänster som tillhandahålls finansinstitut av ett kortbetalningssystem, och inom ramen för vilka tjänster de olika kortbetalningssystemen konkurrerar med varandra,
 - de tjänster som tillhandahålls kortinnehavarna av de banker som ställt ut korten,
 - de tjänster som avser inlösen av betalningar och som tillhandahålls försäljningsställen.

- 17 Kommissionen drog härav slutsatsen att det var möjligt att särskilja tre särskilda marknader: en marknad i föregående led bestående av kortbetalningssystem inom vilka kortnäten tillhandahåller tjänster åt olika finansinstitut, en första marknad i efterföljande led på vilken kortutställarna konkurrerar med varandra för att ställa ut kort och tillhandahålla dithörande tjänster till enskilda (nedan kallad kortutställningsmarknaden) och en andra marknad i efterföljande led på vilken de som löser in genomförda transaktioner konkurrerar med varandra i syfte att sluta avtal med försäljningsställena om samtliga tjänster som är nödvändiga för att de ska kunna ta emot korten (nedan kallad inlösenmarknaden).
- 18 Kommissionen medgav att regeln kan medföra konkurrensbegränsningar på de två efterföljande marknaderna. Den grundade sig emellertid endast på inlösenmarknaden, då det var på den marknaden som regelns konkurrensbegränsande effekt var mest påtaglig.
- 19 Kommissionen definierade således den relevanta marknaden på följande sätt: inlösentjänster av transaktioner som genomförts med kredit- eller bankkort till försäljningsställena i Förenade kungariket (nedan kallad den relevanta marknaden eller den aktuella marknaden).

B — Det beteende som läggs sökandena till last

- 20 Kommissionen betonade i skäl 25 i det angripna beslutet att det beteende som läggs sökandena till last inte var regeln som sådan utan hur den tillämpades på Morgan Stanley (nedan kallat det omtvistade beteendet).

C – Tillämpning av artikel 81 EG

- 21 För att komma till slutsatsen att det omtvistade beteendet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG slog kommissionen för det första fast att de regler och bestämmelser som reglerar Visasystemets funktion (inbegripet Visa Internationals bolagsordning och Visa Europes medlemsbestämmelser i vilka regeln ingår) samt beslutet att tillämpa dessa på ett företag kan betraktas som antingen ett avtal mellan företag eller ett beslut av företagsammanslutningar. Kommissionen grundade sig dels på att sökandena och deras medlemmar bedriver ekonomisk verksamhet och därför utgör företag i den mening som avses i artikel 81.1 EG, dels på att sökandena är medlemsorganisationer (membership organisations).
- 22 Kommissionen fann för det andra att det omtvistade beteendet haft en konkurrensbegränsande effekt på så sätt att vägran att anta Morgan Stanley som medlem i Visa Internationals region Europeiska unionen och senare i Visa Europe (nedan sammantaget medlem i Visa) lett till att en potentiell konkurrent hindrats från att inträda på en marknad som kännetecknas av en hög grad av koncentration och på vilken konkurrensen, utan att den var ineffektiv, hade kunnat ökas.
- 23 Kommissionen anmärkte att vägran att anta Morgan Stanley som medlem i Visa inte endast medförde att detta företag hindrades att lösa in transaktioner med Visakort utan även – mer allmänt sett – att det uteslöts från hela inlösenmarknaden, däribland för transaktioner med Mastercard. Kommissionen grundade sig på den omständigheten att handlarna ville ingå anslutningsavtal för de mest spridda korten i Förenade kungariket, Visa och Mastercard, med ett och samma inlösningsinstitut.

- 24 I det angripna beslutet analyserade kommissionen den möjlighet som sökandena har gjort gällande, nämligen att Morgan Stanley hade kunnat inträda på inlösenmarknaden genom att teckna ett frontingavtal med ett finansinstitut som var medlem i Visa. Kommissionen definierade frontingavtal som att det avser sådana omständigheter där Visamedlemmen – fronten – upphört med sin verksamhet att ansluta försäljningsställen och nu agerar enbart som en mellanhand mellan Visa och ett tredje inlösenföretag som även fungerar som faktiskt inlösenföretag, då det ansvarar för nästan samtliga delar av inlösentjänsterna samt bär risken för variationen i försäljningsställets intäkter. Kommissionen drog härav slutsatsen att ett frontingavtal inte utgjorde ett effektivt sätt för en internationell bank som Morgan Stanley att inträda på den relevanta marknaden.
- 25 Till svar på olika argument som framförts av sökandena under det administrativa förfarandet för att motivera det omtvistade beteendet, anförde kommissionen att det inte var realistiskt att anse att Morgan Stanley skulle ha kunnat utsträcka sitt Discover-system till unionen och på så sätt, när företaget väl var aktivt på denna marknad, konkurrera med Visa. Kommissionen ansåg inte heller att vägran att anta Morgan Stanley som medlem kunde motiveras med att söka undvika en eventuell parasitering (free-riding) från en av Visas direkta konkurrenter, vilken sålunda skulle ha fått tillgång till konfidentiella uppgifter. Kommissionen anmärkte att vissa Visamedlemmar redan hade ett system med kredit- eller betalkort som konkurrerade direkt med Visa och att regeln inte gällde dessa.
- 26 Kommissionen fann att artikel 81.3 EG inte var tillämplig i det aktuella fallet.
- 27 Kommissionen ansåg slutligen att den hade ett berättigat intresse av att anta ett beslut om påföljder för sökandens konkurrensbegränsande beteende, trots att överträdelsen upphörde i och med att Morgan Stanley blev medlem i Visa den 22 september 2006.

D — *Beräkningen av bötesbeloppet*

- 28 Kommissionen ansåg visserligen att överträdelsen inleddes den 22 mars 2000 och varade i sex och ett halvt år men valde ändå att som utgångspunkt för beräkningen av bötesbeloppen använda en kortare period, nämligen en period som sträcker sig från meddelandet om invändningar den 2 augusti 2004 till dess att Morgan Stanley antogs som Visamedlem den 22 september 2006. Kommissionen ansåg att överträdelsen var allvarlig och att det varken förelåg försvårande eller förmildrande omständigheter.
- 29 Artiklarna i och 2 i det angripna beslutet har följande lydelse:

”Artikel 1

[Visa International] och [Visa Europe] har överträtt – den förra under perioden från och med den 22 mars 2000 till och med den 22 september 2006 och den senare från och med grundandet den 1 juli 2004 till och med den 22 september 2006 – artikel 81.1 ... [EG] och artikel 53.1 i EES-avtalet genom att neka [Morgan Stanley] medlemskap i Visa Europe.

Artikel 2

För den överträdelse som anges ovan åläggs [Visa International] och [Visa Europe] böter om 10 200 000 euro, för vilka de är solidariskt ansvariga.”

Förfarandet

- 30 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 december 2007 väckte sökandena förevarande talan.
- 31 Genom särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 24 juli 2009, begärde sökandena med stöd av artikel 114.1 i rättegångsreglerna att denna inledningsvis skulle fatta beslut om huruvida vissa argument och viss bevisning skulle avisas. De föreslog vidare att processledningsåtgärder med stöd av artikel 64.4 i rättegångsreglerna skulle vidtas.
- 32 Genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 september 2009 yttrade sig kommissionen över sökandenas begäran.
- 33 Genom beslut av den 14 december 2009 förordnade tribunalen (femte avdelningen) om att sökandenas begäran enligt artikel 114.1 i rättegångsreglerna skulle prövas i samband med prövningen av målet i sak.
- 34 Genom beslut av tribunalens ordförande ändrades sammansättningen av tribunalens femte avdelning för detta mål.
- 35 Tribunalen (femte avdelningen) beslutade, på grundval av referentens rapport, att inleda det muntliga förfarandet. I enlighet med de bestämmelser om åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 64 i rättegångsreglerna ställde tribunalen skriftliga frågor till kommissionen. Kommissionen besvarade frågorna inom den utsatta tidsfristen.

36 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 20 maj 2010.

Parternas yrkanden

37 Sökandena har yrkat att tribunalen ska:

— i första hand, ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— i andra hand ogiltigförklara artikel 2 i det angripna beslutet, och

— i tredje hand sätta ned de böter som sökandena ålagts i den mån det är nödvändigt, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

38 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska:

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — Yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet

39 Till stöd för detta yrkande har sökandena gjort gällande tre grunder.

40 Med den första och den tredje grunden har sökandena bestritt kommissionens analys som går ut på att det omtvistade beteendet haft en konkurrensbegränsande effekt i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

41 Den andra grunden avser åsidosättande av sökandenas rätt till försvar. Det rättsliga kriterium som kommissionen använde i det angripna beslutet för att bedöma det omtvistade beteendets konkurrensbegränsande effekt skiljer sig nämligen från det som diskuterades under det administrativa förfarandet.

1. Inledande frågor

a) Huruvida vissa argument och en handling ska avvisas

- ⁴² Sökandena har, i såväl sina skriftliga inlagor som i särskild handling som ingetts den 24 juli 2009 i enlighet med artikel 114.1 i rättegångsreglerna, gjort gällande att kommissionen i såväl det angripna beslutet som i sina skrivelser grundat sig på argument och på en handling vilka sökandena inte haft möjlighet att yttra sig över under det administrativa förfarandet. Det är fråga dels om argument som avser att Morgan Stanley skulle ha haft en strategi som grundar sig på att hos handlarna lösa in transaktioner som gjorts med kort som Morgan Stanley gett ut (nedan kallad on-us strategin), dels om bilaga 57 i den andra skrivelsen om sakomständigheterna, där Morgan Stanley presenteras inför hörandet.
- ⁴³ Vad avser argumenten om att det skulle förekomma en on-us strategi har sökandena hävdatt att kommissionen inte framförde dessa argument under det administrativa förfarandet.
- ⁴⁴ Vad avser bilaga 57 till den andra skrivelsen om sakförhållandena har sökandena i huvudsak gjort gällande att de inte i tillräcklig grad uppmärksammas på denna bilaga, eftersom nämnda skrivelse inte innehåller någon hänvisning till densamma.

- 45 Kommissionen anser att den var i sin fulla rätt att grunda sig på nämnda argument och nämnda handling, i såväl det angripna beslutet som i sina skrivelser.
- 46 Tribunalen ska avgöra huruvida dessa argument och denna handling ska ingå i prövningen av de olika grunder till vilka de hänför sig.

b) Huruvida en bilaga till ansökan ska avvisas

- 47 Kommissionen har invänt att bilaga A5 till ansökan ska avvisas. Denna bilaga utgörs av ett gemensamt sakkunnigutlåtande (nedan kallat det gemensamma sakkunnigutlåtandet).
- 48 Kommissionen har påstått att sökandena i det gemensamma sakkunnigutlåtandet framför argument som inte återges i ansökan och att detta strider mot bilagornas funktion att enbart tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning.
- 49 Enligt sökandena har de grunder och argument till stöd för vilka det gemensamma sakkunnigutlåtandet lagts fram, utvecklats i tillräcklig utsträckning i ansökan. Bestämmelserna i artikel 44.1 c i rättegångsreglerna har följaktligen iakttagits.
- 50 Enligt artikel 21 i domstolens stadga och artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler ska en ansökan innehålla uppgifter om föremålet för talan samt en kortfattad framställning av grunderna för densamma. Enligt fast rättspraxis krävs det för att en talan

ska kunna tas upp till sakprövning att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på åtminstone kortfattat men på ett konsekvent och begripligt sätt framgår av innehållet i själva ansökan. Även om innehållet i en ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden, genom hänvisning till vissa avsnitt i bifogade handlingar, kan en generell hänvisning till andra handlingar inte kompensera avsaknaden av väsentliga delar av den rättsliga argumentering, som enligt ovannämnda bestämmelser ska återfinnas i själva ansökan. Det ankommer vidare inte på tribunalen att i bilagorna söka efter och identifiera de grunder och argument som den skulle kunna anse utgör grunden för talan, eftersom bilagorna enbart ska tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning (se förstainstansrättens dom av den 17 september 2007 i mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 94 och där angiven rättspraxis).

- 51 I det aktuella fallet framgår visserligen de olika grunderna och argumenten till stöd för vilka det gemensamma sakkunnigutlåtandet åberopats tydligt av ansökan. Sökandena har således hänvisat till denna handling inom ramen för sin kritik av kommissionens analys enligt vilken konkurrensen på den aktuella marknaden hade kunnat ökas, i syfte att visa att effekterna av ett finansinstituts inträde på marknaden inte hade haft någon betydelse för konkurrensen tidigare, och för att hävda att Morgan Stanley av kommissionen felaktigt beskrivits som en effektiv, betydande och erfaren aktör.
- 52 Det aktuella gemensamma sakkunnigutlåtandet går emellertid längre än bilagornas funktion att enbart tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning. Det framgår av detsamma att det inte endast understöder och kompletterar faktiska och rättsliga omständigheter som uttryckligen har åberopats i själva inlagorna, utan det framförs däri nya argument.
- 53 Följaktligen kommer tribunalen endast att beakta bilaga A5 till ansökan i den mån den stöder eller kompletterar grunder eller argument som sökandena uttryckligen

har åberopat i sina skrivelser och i den mån det är möjligt för tribunalen att exakt fastställa vilka delar i dessa bilagor som stöder eller kompletterar nämnda grunder eller argument (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 50 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 99).

2. Den andra grunden: Åsidosättande av sökandenas rätt till försvar

a) Parternas argument

⁵⁴ Sökandena har kritiserat kommissionen för att den ändrat sin analys under det administrativa förfarandet utan att sökandena beretts tillfälle att yttra sig, vilket utgör ett sådant åsidosättande av deras rätt till försvar som medför att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras. I punkterna 198–200 i meddelandet om invändningar och i punkterna 5–9 i den andra skrivelsen om sakförhållandena motiverade kommissionen den märkbara effekten på konkurrensen med att konkurrensen på inlösenmarknaden var begränsad. Kommissionen angav emellertid för första gången i skäl 200 i det angripna beslutet att den inte anser att konkurrensen var ineffektiv på denna marknad. Sökandena har härav dragit slutsatsen att kommissionens analys grundar sig på ett kriterium som anges för första gången i det angripna beslutet och enligt vilket kriterium konkurrensen på inlösenmarknaden i Förenade kungariket visserligen är effektiv men att den kan ökas ytterligare.

⁵⁵ Kommissionen anser att sökandenas rätt att yttra sig inte har åsidosatts.

b) Tribunalens bedömning

- 56 Enligt rättspraxis ska meddelandet om invändningar innehålla en redogörelse för invändningarna som är tillräckligt klar, om än kortfattad, detta för att de som berörs verkligen ska kunna få kännedom om vilka beteenden kommissionen anklagar dem för (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. II-1989, punkt 63). Iakttagandet av rätten till försvar under ett förfarande som kan leda till sådana sanktionsåtgärder som de nu aktuella kräver, nämligen, att de berörda företagen och företagsammanslutningarna redan under det administrativa förfarandet har fått tillfälle att på ett tillfredsställande sätt yttra sig om riktigheten och relevansen i de omständigheter, invändningar och förhållanden som kommissionen har åberopat (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 553). Detta krav iakttas, om beslutet inte anklagar parterna för andra överträdelseer än de som nämns i redogörelsen för invändningarna och endast tar hänsyn till faktiska förhållanden som parterna haft tillfälle att yttra sig om. Härav följer att kommissionen endast kan åberopa de invändningar beträffande vilka parterna haft tillfälle att uttrycka sina synpunkter (förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92 och T-40/92, CB och Europay mot kommissionen, REG 1994, s. II-49, punkt 47).
- 57 Det framgår även av fast rättspraxis att beslutet inte nödvändigtvis måste vara en exakt kopia av meddelandet om invändningar. Kommissionen måste nämligen i beslutet kunna ta hänsyn till de berörda företagens svar på meddelandet om invändningar. Den måste härvidlag inte endast kunna godta eller förkasta de berörda företagens argument, utan också göra en egen analys av de faktiska omständigheter som dessa har anfört för att avstå från sådana invändningar som har visat sig oggrundade eller för att, faktiskt eller rättsligt, tillrättalägga eller komplettera sin argumentation till stöd för de invändningar som den vidhåller. Det är också endast om det slutgiltiga beslutet anklagar de berörda företagen för andra överträdelseer än de som nämns i meddelandet om invändningar eller tar hänsyn till andra faktiska omständigheter som det ska konstateras att det skett ett åsidosättande av rätten till försvar. Så är inte fallet när de påstådda skillnaderna mellan meddelandet om invändningar och det slutliga beslutet inte avser andra beteenden än de som de berörda företagen redan har yttrat sig över och som därför inte kan utgöra några nya anmärkningar (se förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98, T-212/98–T-214/98,

Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 191 och där angiven rättspraxis).

- 58 För att ifrågavarande företag ska kunna göra gällande att rätten till försvar har åsidosatts avseende de anmärkningar som återges i det angripna beslutet kan de inte nöja sig med att enbart åberopa att det finns skillnader mellan meddelandet om invändningar och det angripna beslutet, utan att på ett precist och konkret sätt redogöra för vad var och en av dessa skillnader består i, vilket i förevarande fall innebär en ny invändning som de inte har haft tillfälle att yttra sig över. Enligt fast rättspraxis måste nämligen en kränkning av rätten till försvar prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall eftersom den i huvudsak är beroende av de invändningar som kommissionen anfört för att fastställa den överträdelse som de berörda företagen anklagas för (se domen i det ovan i punkt 57 nämnda målet Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, punkt 192, och där angiven rättspraxis).
- 59 Kommissionen grundade sig i punkterna 198–200 i meddelandet om invändningar på vissa särdrag hos marknaden, särskilt den betydande koncentrationen, för att därav dra slutsatsen att konkurrensen var begränsad. Detta särskilt med avseende på inlösentjänster av transaktioner som gjorts hos små och medelstora försäljningsställen.
- 60 Genom yttrande av den 3 december 2004 invände sökandena mot kommissionens analys. De gjorde särskilt gällande sänkningen av avgifterna som påförs försäljningsställen eller deras möjlighet att byta inlösenföretag. Det var som svar på dessa yttranden som kommissionen i skäl 200 i det angripna beslutet angav att konkurrensen på marknaden inte var ineffektiv och att den kunde ökas ytterligare.

- 61 Kommissionen gjorde emellertid inte någon ny invändning mot sökandena i skäl 200 i det angripna beslutet, den grundade sig inte heller på någon ny omständighet. Kommissionen begränsade sig till att komplettera sin analys genom att ta sökandenas yttranden i beaktande, vilket den är skyldig att göra enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkterna 56 och 57.
- 62 Denna utveckling av motiveringen av det angripna beslutet, jämfört med den ursprungliga motiveringen i meddelandet om invändningar, utgör således på intet sätt ett åsidosättande av sökandenas rätt till försvar, utan visar i stället, att dessa kunnat yttra sig över kommissionens invändning att det omtvistade beteendet hade konkurrensbegränsande effekt mot bakgrund av den konkurrens som rådde på den aktuella marknaden.
- 63 Den omständigheten att kommissionen i det angripna beslutet grundade sig på möjligheten att öka konkurrensen på den relevanta marknaden utgör således inte ett åsidosättande av sökandenas rätt till försvar.
- 64 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

3. Den första och den tredje grunden: Huruvida det omtvistade beteendet begränsar konkurrensen

- 65 Sökandena har bestritt kommissionens bedömning av det omtvistade beteendets konkurrensbegränsande effekt i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Med sin första grund nekar sökandena till att det omtvistade beteendet lett till att den aktuella marknaden stängdes för Morgan Stanley. Den tredje grunden avser sökandenas kritik

mot kommissionens bedömning av vilken inverkan på konkurrensen som Morgan Stanleys närvaro på denna marknad kunde ha haft.

- 66 Innan dessa båda grunder prövas i sak ska det erinras om att sökandena i det aktuella målet inte har upprepat de argument som framfördes under det administrativa förfarandet och som avsåg att regeln tillämpades på Morgan Stanley därför att Discover-systemet konkurrerade med Visa. Sökandena har följaktligen inte ifrågasatt kommissionens bedömning i det angripna beslutet, att det omtvistade beteendet inte kunde motiveras objektivt.
- 67 Det framgår av fast rättspraxis att ett avtal, ett beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande enligt artikel 81.1 EG ska bedömas mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket de har sin verkan, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de varor eller tjänster som avses samt de faktiska villkoren och strukturen på den berörda marknaden. Detta gäller dock inte om det rör sig om ett avtal som innehåller uppenbara konkurrensbegränsningar, som till exempel fastställande av priser, uppdelning av marknader eller kontroll över marknader. I sistnämnda fall är det endast vid tillämpningen av artikel 81.3 EG som sådana begränsningar kan vägas mot den positiva inverkan på konkurrensen som de påstås medföra, i syfte att bevilja ett undantag från det förbud som finns i första punkten i samma artikel (se förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, *European Night Services m.fl. mot kommissionen*, REG 1998, s. II-3141, punkt 136 och där angiven rättspraxis).
- 68 Bedömningen av konkurrensvillkoren på en given marknad ska inte bara baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den aktuella marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen, för att fastställa om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden, eller om en ny konkurrent kan träda in på

den relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (domen i det ovan i punkt 67 nämnda målet *European Night Services m.fl. mot kommissionen*, punkt 137).

⁶⁹ Vidare, om ett avtal, ett beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande ska anses förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, ska det företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet, beslutet av företagssammanslutningar eller det samordnade förfarandet inte fanns (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål *C-7/95 P, Deere mot kommissionen*, REG 1998, s. I-3111, punkt 76, och där angiven rättspraxis).

⁷⁰ Vad avser räckvidden av domstolens prövning av kommissionens bedömningar, ska det erinras om den fasta praxis enligt vilken unionsdomstolen, även om den generellt sett gör en fullständig prövning av huruvida villkoren för tillämpning av artikel 81.1 EG är uppfyllda, begränsar sin prövning av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar till en granskning av att förfarandereglerna iakttas, att motiveringen är tillräcklig, att bedömningen av omständigheterna är materiellt riktig, samt att det inte har förekommit någon uppenbart oriktig bedömning eller något maktmissbruk (se domen i det ovan i punkt 69 nämnda målet *Deere mot kommissionen*, punkt 34 och där angiven rättspraxis). Även om det fastställts att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska frågor, innebär detta emellertid inte att unionsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av uppgifter av sådant slag. Unionsdomstolen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (se domen i det ovan i punkt 50 nämnda målet *Microsoft mot kommissionen*, punkt 89 och där angiven rättspraxis).

71 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som tribunalen ska pröva huruvida det finns stöd för de två grunder som åberopats av sökandena.

a) Den första grunden: Kommissionen har inte beaktat Morgan Stanleys möjlighet till marknadsinträde med hjälp av ett frontingavtal

Parternas argument

72 Förevarande grund består enligt sökandena av två delar.

73 Sökandena har inom ramen för grundens första del hävdad att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den tillämpat ett felaktigt rättsligt kriterium genom att utesluta att det skulle ha varit möjligt för Morgan Stanley att inträda på marknaden med hjälp av ett frontingavtal, eftersom ett sådant avtal dels i praktiken inte ger en bank som Morgan Stanley den effektivitet som behövs för marknadsinträdet, dels inte utgör ett alternativ till inlösen i eget namn för Morgan Stanley.

74 Sökandena har med grundens andra del gjort gällande att kommissionens olika motiveringar omfattas av sak- och bedömningsfel. Kommissionen har således, för det första, felaktigt slagit fast att frontingavtal inte används av de stora internationella bankerna.

- 75 För det andra är argumentet att ett frontingavtal inte skulle ha gett Morgan Stanley möjlighet att fullfölja en strategi som grundas på att inlösenverksamheten och kortutgivningsverksamheten integreras, felaktigt. Detta argument ska vidare, i den mån det avser en on-us strategi för inlösen, avvisas då det tas upp för första gången i det angripna beslutet och inte bringats till sökandenas kännedom under det administrativa förfarandet.
- 76 För det tredje gjorde kommissionen en felaktig bedömning när den slog fast att det skulle ha varit svårt för Morgan Stanley att finna en frontingpartner. Kommissionen underlät för det första att beakta de stora banker som är verksamma på inlösenmarknaden, utan att ange något skäl för sin bedömning. För det andra underskattade den möjligheterna att finna en frontingpartner bland de Visamedlemmar som inte är verksamma på inlösenmarknaden. För det tredje beaktades inte möjligheten för Morgan Stanley att sluta ett frontingavtal med en utländsk bank.
- 77 För det fjärde är det felaktigt att betona att frontingavtal ger upphov till ytterligare kostnader och är mer komplexa. Sökandena har bland annat gjort gällande att kapitel 2.10 i Visa Europes bolagsordning, vilken kommissionen hänvisar till i det angripna beslutet, inte är tillämpligt på frontingavtal. Det ska dessutom beaktas att även Visamedlemmar har kostnader för marknadsföring. Det framgår av vittnesmålet från en person i ledningen för ett kortbehandlingsföretag att frontingavtal inte är mindre effektiva än en direkt inlösen som Visamedlem. Det är tvärtom så att dessa avtal medför fördelar för det faktiska inlösenföretaget. Det var slutligen fel av kommissionen att framhålla att det fanns ytterligare effektivitetsbrister med slutandet av ett frontingavtal och motivera detta med att Morgan Stanley även är medlem i MasterCards betalningssystem (nedan kallat MasterCardsystemet).
- 78 Kommissionen anser att talan inte ska vinna bifall såvitt avser denna grund.

Tribunalens bedömning

79 Inom ramen för förevarande grund ska det undersökas huruvida, och under vilka förutsättningar, kommissionen borde ha dragit slutsatsen – av Morgan Stanleys möjlighet att sluta ett frontingavtal med en Visamedlem – att det omtvistade beteendet inte lett till att Morgan Stanley uteslöts från den aktuella marknaden.

80 Det ska inledningsvis konstateras att parterna är överens om den beskrivning av frontingavtal som gjorts i skäl 110 i det angripna beslutet, vilket har följande lydelse:

”Bankerna har upphört med sin verksamhet att ansluta försäljningsställen och agerar därefter enbart som en mellanhand (eller front) mellan Visa och Mastercard och ett tredje inlösenföretag. Det är detta tredje företag som ansvarar för nästan samtliga delar av inlösentjänsterna samt bär risken för variationen i försäljningsställenas intäkter. För att säkerställa att Visasystemets regler iakttas sluts avtalen med försäljningsställen vanligtvis mellan tre parter, försäljningsstället, den tredje tjänsteleverantören och den bank som ingår i betalningssystemet. Dessa avtal mellan en bank som ingår i Visasystemet och en tredje tjänsteleverantör kallas ibland frontingavtal.”

81 Såsom angetts i punkt 67 ovan ska ett avtal, ett beslut av företagsammanslutningar eller ett samordnat förfarande enligt artikel 81.1 EG bedömas mot bakgrund av det konkreta sammanhang i vilket de har sin verkan, och särskilt det ekonomiska och

rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de varor eller tjänster som avses samt de faktiska villkoren och strukturen på den berörda marknaden.

- 82 Den omständigheten att endast Visamedlemmar enligt medlemsreglerna ska lösa in de transaktioner som genomförts hos försäljningsställena utgör visserligen en del av det ekonomiska och rättsliga sammanhang mot bakgrund av vilket det omtvistade beteendet ska bedömas. Vid bedömningen ska emellertid även de övriga omständigheter som är avgörande för möjligheten till tillträde till den aktuella marknaden beaktas (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, *Delimitis*, REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65, punkt 20).
- 83 Möjligheten för aktörer som inte är Visamedlemmar att inträda på den aktuella marknaden med hjälp av ett frontingavtal med en Visamedlem utgör en sådan ekonomisk och rättslig omständighet som i förekommande fall skulle ha beaktats, för det fall den skulle ha utgjort en verklig och konkret möjlighet för Morgan Stanley att inträda på den aktuella marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i det ovan i punkt 82 nämnda målet *Delimitis*, punkt 21).
- 84 För att kontrollera huruvida slutandet av ett frontingavtal med en Visamedlem kunde utgöra en verklig och konkret möjlighet för Morgan Stanley att inträda på den aktuella marknaden och konkurrera med de etablerade företagen, ska konkurrenvillkoren på den aktuella marknaden beaktas.
- 85 Härav följer med nödvändighet att en möjlighet att inträda på den aktuella marknaden som mot bakgrund av nämnda villkor är orealistisk eller enbart teoretisk inte behöver beaktas.

86 Inom ramen för grundens första del, vilken avser att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, har sökandena kritiserat kommissionens formulering i skäl 121 i det angripna beslutet. Detta skäl har följande lydelse:

”De banker som avser inträda på marknaden för inlösen av betalningar som skett med kredit- eller bankkort hos försäljningsställena kan visserligen göra detta med stöd av ett frontingavtal. Ett sådant avtal tillförsäkrar emellertid inte i praktiken en bank som Morgan Stanley den effektivitet som är nödvändig för att kunna inträda på marknaden och utgör inte en ersättning för inlösenverksamhet i eget namn.”

87 Det är inte möjligt att av ett enda skäl utläsa att kommissionen, genom att tillämpa ett felaktigt rättsligt kriterium, har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning. Ett sådant fel kan nämligen endast upptäckas vid en analys av de skäl som motiverar kommissionens slutsats, en motivering som bestritts inom ramen för grundens andra del.

88 Den förevarande grundens två delar ska följaktligen undersökas tillsammans.

89 Kommissionen har angett fyra skäl för att motivera det angripna beslutet. Dessa skäl utgör för det första det förhållandet att frontingavtal inte används av de stora internationella bankerna, för det andra att Morgan Stanley inte hade möjlighet att fullfölja en strategi som grundas på att inlösenverksamheten och kortutgivningsverksamheten integreras med hjälp av ett frontingavtal. För det tredje avses Morgan Stanleys svårigheter att finna en frontingpartner och för det fjärde den komplexitet och de ytterligare kostnader som denna typ av inlösen ger upphov till.

- 90 Det är i förevarande fall tillräckligt att undersöka huruvida den motivering som kommissionen har angett avseende svårigheterna för Morgan Stanley att finna en frontingpartner är välgrundad.
- 91 Det framgår av de konkreta exempel som anges i det angripna beslutet, men även av de exempel som angetts av sökandena, att sådana avtal huvudsakligen sluts mellan inlösenföretag som faktiskt är verksamma på marknaden – finansinstitut eller kortbehandlingsföretag – och att de således inte leder till att en ny konkurrent kan inträda på den aktuella marknaden utan snarare till att de företag som redan är verksamma stärker sin konkurrensställning.
- 92 De enda exemplen på en ny konkurrents inträde på den aktuella marknaden med stöd av ett frontingavtal avser kortbehandlingsföretag som har direkta affärsförbindelser med den Visamedlem som utgör frontingpartner. Morgan Stanleys situation är emellertid, då det är fråga om ett finansinstitut och därmed en konkurrent till Visamedlemmarna på andra marknader än inlösenmarknaden, inte jämförbar med kortbehandlingsföretag som inte bedriver någon bankverksamhet.
- 93 Under dessa omständigheter framstår den av sökandena påstådda möjligheten för Morgan Stanley, som är ett finansinstitut som inte är verksamt på den aktuella marknaden, att finna en frontingpartner bland de stora banker som eventuellt kan tänkas lämna denna marknad – Visamedlemmar som inte är aktiva på marknaden eller en utländsk bank som önskar etablera bankverksamhet i Förenade kungariket – som huvudsakligen teoretisk och spekulativ.

- 94 Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den slog fast att det hade varit svårt för Morgan Stanley att finna en frontingpartner. Detta konstaterande är i sig självt tillräckligt för att motivera kommissionens slutsats att Morgan Stanley inte kunde vinna inträde på den aktuella marknaden med hjälp av ett frontingavtal.
- 95 Det ska för fullständighetens skull påpekas att det förhållandet att kommissionens slutsats är välgrundad förstärks av den motivering som innebär att inlösen inom ramen för ett frontingavtal är mer komplex och mer kostsam än inlösen som Visamedlem.
- 96 För det första, vad gäller den ökade komplexitet som inlösen inom ramen för ett frontingavtal medför, ska konstaterandet i skäl 117 i det angripna beslutet beaktas. Enligt detta skäl utgör avtal med försäljningsställen inom ramen för frontingavtal i allmänhet trepartsavtal då de även innefattar frontingpartnern. Sökandena har visserligen invänt mot det exakta innehållet i det faktiska inlösenföretagets skyldigheter vid denna typ av avtal men har likväl inte förnekat att de aktuella avtalen utgör trepartsavtal.
- 97 Kommissionen fann likaledes, i skäl 118 i det angripna beslutet, att frontingpartnern har skyldigheter gentemot Visa och att dessa skyldigheter utgör begränsningar för det faktiska inlösenföretaget.
- 98 Sökandena har ifrågasatt räckvidden av dessa skyldigheter och påpekat att det kapitel i Visa Europes medlemsbestämmelser som kommissionen grundade sig på inte äger tillämpning på faktiska inlösenföretag.

- 99 Sökandena har inte klart angett exakt vilka bestämmelser som reglerar frontingpartnerns och det faktiska inlösenföretagets skyldigheter. Det formulär som bifogats repliken är otillräckligt i detta avseende.
- 100 Sökandena har vidare inte bestritt att frontingpartnern fungerar som mellanhand mellan Visa och det faktiska inlösenföretaget. Det är emellertid rimligt att anta att denna funktion som mellanhand ger upphov till skyldigheter för såväl frontingpartnerna som inlösenföretaget, skyldigheter som inte skulle uppstå när en Visamedlem är direkt verksam på inlösenmarknaden.
- 101 Kommissionen kunde följaktligen dra slutsatsen att inlösen inom ramen för ett frontingavtal var mer komplext än inlösen som Visamedlem. Det är inte nödvändigt att kontrollera huruvida kommissionens bedömning att slutande av ett frontingavtal gav upphov till ytterligare effektivitetsbrister eftersom Morgan Stanley var medlem i MasterCardssystemet var relevant och välgrundad.
- 102 För det andra, vad avser de ytterligare kostnader som uppkommer genom inlösen med hjälp av ett frontingavtal, hänvisade kommissionen till det förhållandet att det faktiska inlösenföretaget inte bara behövde ersätta frontingpartnern för köpet av dess inlösenportfölj utan även måste betala avgifter.
- 103 Sökandena har ifrågasatt denna analys och motiverat sitt ifrågasättande med att även en Visamedlem som är verksam på inlösenmarknaden får vidkännas kostnader, särskilt för marknadsföring. De avgifter som det faktiska inlösenföretaget betalar till frontingpartnern utgör således en motprestation, särskilt för att nämnda frontingpartner hänvisar kunderna vidare.

- 104 Dessa argument ändrar inte bedömningen av kommissionens analys såsom välgrundad. Även om en del av avgifterna faktiskt kan motsvara kostnader som en Visamedlem som är verksam på inlösenmarknaden under alla omständigheter skulle ha haft, kunde nämligen kommissionen med fog anse att betalningarna till frontingpartnern även avser tjänster som mellanhand och, åtminstone till en del, motsvarar kostnader som en Visamedlem som är direkt verksam på inlösenmarknaden inte skulle ha haft.
- 105 Det är följaktligen utan att det är fråga om en uppenbart oriktig bedömning som kommissionen påpekat att inlösen med stöd av ett frontingavtal är mer komplext och kostsamt än inlösenverksamhet som Visamedlem.
- 106 Såsom angetts i punkt 84 ovan är det mot bakgrund av konkurrensvillkoren på den aktuella marknaden som det ska bedömas vilken påverkan sådana överväganden får på sökandenas antagande avseende Morgan Stanleys möjlighet att inträda på marknaden med hjälp av ett frontingavtal.
- 107 Det ska erinras om att kommissionen har angett två omständigheter som underlättar en ny aktörs marknadsinträde, nämligen möjligheten att konkurrera med andra variabler än priset, särskilt kvaliteten på tjänsterna, och det förhållandet att förfarandet för byte av inlösenföretag för försäljningsställena var enkelt och föga kostsamt.
- 108 I det angripna beslutet har emellertid kommissionen även slagit fast, utan att motsägas av sökandena i detta avseende, att strukturen på den aktuella marknaden kännetecknades av en hög grad av koncentration. Det framgår således av skälen 166–168 i det angripna beslutet att på grundval av den information som kommissionen hade tillgång till, hade de två största inlösenföretagen under år 2003 61 procent av inlösenmarknaden och de fyra största hade 90 procent av samma marknad. Resten av

marknaden delades mellan fyra inlösenföretag. Kommissionen påpekade även i skäl 169 i det angripna beslutet att det fanns en tendens till marknadskonsolidering. Kommissionen åberopade härvidlag att flera medelstora inlösenföretag hade överlåtit eller delegerat sin inlösenverksamhet till ett litet antal finansinstitut och kortföretag.

- 109 Det angavs även i det angripna beslutet att det senaste inträdet på den aktuella marknaden ägde rum 1996 och att inget av de finansinstitut som hörts av kommissionen hade för avsikt att träda in på marknaden.
- 110 Det ska följaktligen konstateras att inlösenmarknadens struktur, trots de omständigheter som kommissionen ansett kunna underlätta ett marknadsinträde, gör det föga troligt att Morgan Stanley skulle ha kunnat inträda på marknaden med hjälp av ett frontingavtal som redan från början hade inneburit en nackdel för företaget i förhållande till de huvudsakliga konkurrenterna som redan var verksamma på denna marknad.
- 111 Av det anförda följer att kommissionens slutsats att det saknas stöd för antagandet att Morgan Stanley skulle kunna inträda på marknaden med hjälp av ett frontingavtal underkänns, motiverats i tillräcklig grad genom skälen avseende svårigheten att finna en frontingpartner, samt – för fullständighetens skull – av de skäl som avser frontingavtalens komplexitet och ytterligare kostnader. Kommissionen har följaktligen, i motsats till vad sökandena har hävdad, inte tillämpat ett felaktigt rättsligt kriterium.
- 112 Mot denna bakgrund saknas det anledning att undersöka de övriga invändningarna mot kommissionens motivering vad gäller att dessa avtal inte används av de stora internationella bankerna och att det inte är möjligt att genomföra en strategi grundad på en integrering av inlösenverksamheten med kortutgivningsverksamheten. Det saknas följaktligen anledning att ta ställning till sökandenas invändning om att

kommissionens argument att Morgan Stanley påstås vilja genomföra en on-us-strategi för inlösen av transaktioner inte kan prövas.

113 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

b) Den tredje grunden: Inverkan på konkurrensen av att Morgan Stanley skulle vara verksamt på den aktuella marknaden

114 Med denna grund har sökandena klandrat kommissionen för att för det första ha tillämpat ett felaktigt ekonomiskt och rättsligt kriterium för att bedöma det omtvistade beteendets effekter på konkurrensen på den aktuella marknaden och för det andra för att ha underskattat den befintliga konkurrensen på marknaden. Sökandena har även kritiserat kommissionens analys av den inverkan på den aktuella marknaden som Morgan Stanleys eventuella inträde på denna marknad kunde ha.

Grundens första del: Tillämpning av ett felaktigt ekonomiskt och rättsligt kriterium

— Parternas argument

115 Sökandena har klandrat kommissionen för att ha gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att tillämpa ett felaktigt ekonomiskt och rättsligt kriterium, nämligen möjligheten att öka konkurrensen på den aktuella marknaden, trots att den medgett att konkurrensen på denna marknad är effektiv.

- 116 Sökandena har påpekat att i artikel 3.1 g EG och artikel 81 EG avses en effektiv konkurrens. Att säkerställa en konkurrens på en högre nivå än en effektiv konkurrens utgör följaktligen inte en av fördragets målsättningar, och kommissionen har, när den påförde sökandena böter för vägran att anta Morgan Stanleys som medlem, tillämpat ett felaktigt kriterium.
- 117 Sökandena har hänvisat till det gemensamma sakkunnigutlåtandet och gjort gällande att konkurrensen – till sin natur – utgör en dynamisk process som således alltid kan ökas, oavsett effektivitetsgrad. Kommissionens ståndpunkt leder således till slutsatsen att det aldrig kan finnas en effektiv konkurrens på en marknad.
- 118 Vad avser det påstående kommissionen har gjort i sin svarsinlaga, enligt vilket hinder för inträde på en marknad alltid betraktats som en konkurrensbegränsning, har sökandena för det första påpekat att detta påstående saknar stöd i rättspraxis. Sökandena anser vidare att denna analys medför att sökandena klandras för att det omtvistade beteendet syftade till att begränsa konkurrensen trots att det angripna beslutet grundades på effekterna av vägran att anta Morgan Stanley som medlem. Sökandena har slutligen anmärkt att en sådan analys står helt i strid med rättspraxis då den förutsätter att det kan finnas en begränsning av konkurrensen oberoende av graden av konkurrens på den aktuella marknaden. Analysen strider även mot vissa dokument som publicerats av kommissionen, särskilt dess riktlinjer för tillämpningen av artikel 83.3 [EG] (EUT C 101, 2004, s. 97). Det framgår således av fotnot nr 31 i dessa riktlinjer att kommissionens ståndpunkt är att artikel 81 avser att skydda konkurrensen på marknaden till fördel för konsumenterna.
- 119 Sökandena har bestritt det argument som anförts i svarsinlagan. Enligt detta argument kan en ny konkurrents inträde på marknaden inverka på konkurrensen i vissa underavdelningar av den aktuella marknaden i mer betydande omfattning än vad som kan framgå av en helhetsbild av inlösenmarknaden. Detta argument har visserligen

framförts i meddelandet om invändningar men kommissionen har inte upprepat det i det angripna beslutet, efter det att sökandena tillbakavisat det.

120 Kommissionen har tillbakavisat sökandenas påståenden.

— Tribunalens bedömning

121 Sökandena har huvudsakligen grundat sitt påstående om felaktig rättstillämpning på dels den omständigheten att kommissionen i skäl 200 i det angripna beslutet medgett att konkurrensen på den aktuella marknaden inte var ineffektiv, dels att det i skälen 187 och 200 i det angripna beslutet anges att det finns en möjlighet att öka konkurrensen på den aktuella marknaden. Vad gäller sökandenas åberopande av det gemensamma sakkunnigutlåtandet ska detta inte beaktas utöver de begränsningar som angetts i punkt 53 ovan.

122 För att pröva huruvida dessa argument är välgrundade ska samtliga skäl i det angripna beslutet beaktas som ägnas åt analysen av det omtvistade beteendets konkurrensbegränsande effekter i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

123 Härav framgår att kommissionen grundade sig på flera omständigheter, dels avseende den befintliga konkurrensen på marknaden, dels avseende den potentiella konkurrensen. Vad avser den första aspekten fann kommissionen i likhet med vad som angetts i punkterna 108 och 109 ovan att strukturen på den aktuella marknaden kännetecknades av en hög grad av koncentration och att den höll på att konsolideras. Vad gäller

den potentiella konkurrensen ansåg kommissionen i skälen 169–174 i det angripna beslutet att denna endast omfattade stora internationella banker eller stora internationella kortföretag som kunde uppnå den nödvändiga storleken för att kunna bli konkurrenter till de befintliga inlösenföretagen. Kommissionen påpekade att Morgan Stanley utgjorde den enda potentiella nya marknadsaktör som gett uttryck för sin avsikt att träda in på denna marknad.

- 124 En sådan analys är inte rättsligt felaktig på det sätt som sökandena har påstått.
- 125 Enligt ovan i punkt 68 angiven rättspraxis ska bedömningen av konkurrensvillkoren på en given marknad inte bara baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den aktuella marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen.
- 126 Det följer även av domstolens praxis att artikel 81 EG, i likhet med övriga konkurrensregler i fördraget, inte enbart har till syfte att skydda konkurrenternas eller konsumenternas direkta intressen, utan den ska även skydda marknadens struktur och därmed konkurrensen som sådan (domstolens dom av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., REG 2009, s. I-4529, punkt 38, och av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmith-Kline Services m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-9291, punkt 63).
- 127 Följaktligen har kommissionen, när den grundade sin bedömning av det omtvistade beteendets konkurrensbegränsande effekter på den potentiella konkurrensen från Morgan Stanley och på den aktuella marknadsstrukturen, gjort en riktig tolkning av artikel 81.1 EG och således inte gjort sig skyldig till den felaktiga rättstillämpning som sökandena har påstått.

- 128 Vidare, vad gäller skäl 200 i det angripna beslutet, innebär detta i likhet med vad som redan påpekats i punkterna 60–62 ovan, endast att kommissionen som svar på de argument som sökandena framfört under det administrativa förfarandet medgett att det förekom en viss grad av konkurrens mellan aktörerna på den aktuella marknaden.
- 129 Ett sådant medgivande hindrar emellertid inte att det omtvistade beteendet kan medföra sådana konkurrensbegränsande effekter som kommissionen har gjort gällande.
- 130 För det första, om sökandenas argumentation godtogs skulle detta innebära att en analys av det omtvistade beteendets konkurrensbegränsande effekter på den potentiella konkurrensen skulle villkoras av en undersökning av vilken omfattning den befintliga konkurrensen har på den aktuella marknaden. Ett sådant resonemang står i strid med ovan i punkt 68 nämnd rättspraxis enligt vilken undersökningen av konkurrensvillkoren på en given marknad inte bara baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den aktuella marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen.
- 131 För det andra kunde kommissionen mot bakgrund av den aktuella marknadens särdrag med fog dra slutsatsen att konkurrensen på en marknad som kännetecknades av en hög grad av koncentration hade ökats genom att en ny aktör inträdde på densamma. Det var följaktligen inte fel, såsom sökandena har påstått, att använda uttrycket möjligt att öka konkurrensen som användes i skälen 187 och 200 i det angripna beslutet.
- 132 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser grundens första del.

Grundens andra del: felaktig analys av graden av befintlig konkurrens på den aktuella marknaden

— Parternas argument

- ¹³³ Sökandena anser att kommissionen kraftfullt underskattat den befintliga faktiska konkurrensens intensitet på inlösenmarknaden. Sökandena har i princip instämt med huvuddelen av de omständigheter som beaktats men kritiserat kommissionen för att den gjort en felaktig bedömning av dem och därav dragit osammanhängande slutsatser. En riktig analys av dessa omständigheter skulle ha lett kommissionen till slutsatsen att det fanns en kraftig konkurrens på inlösenmarknaden.
- ¹³⁴ För det första gjorde kommissionen fel som inriktade sig på antalet aktörer på den aktuella marknaden och tendensen till konsolidering på densamma, eftersom sådana tecken i sig själva inte var avgörande för bedömningen av konkurrensnivån på marknaden. Kommissionen skulle enligt sökandena snarare ha grundat sin analys på sådana tecken på konkurrens som möjligheten till marknadsinträde, utvecklingen av marknadsandelar, utvecklingen av de avgifter som försäljningsställena betalar till inlösenbankerna, annan konkurrens än priskonkurrens och försäljningsställets byte av inlösenföretag.
- ¹³⁵ Sökandena har vidare kritiserat kommissionen för att den inte dragit samtliga slutsatser av de bevis som tillhandahållits den av sökandena.

- 136 De har för det första, som exempel, gjort gällande att kommissionen anser att faktiska inlösenföretags marknadsinträde medverkat till en högre grad av marknadskonsolidering – genom att de helt enkelt ersatt sin frontingpartner på marknaden – trots att den medgett att dessa nya aktörer kan bidra till en förbättring av inlösentjänsterna och en minskning av kostnaderna. Sökandena har påpekat att det framgår av det angräpningsbeslutet att vissa faktiska inlösenföretag samarbetat med banker som saknar egen kortutgivningsverksamhet eller med utländska banker.
- 137 För det andra gjorde kommissionen en oriktig bedömning när den medgav att vissa utländska banker trätt in på inlösenmarknaden i Förenade kungariket men inte beaktade denna omständighet, vilken av kommissionen betraktades som en nisch, medan det framgår av den bevisning kommissionen som hade tillgång till att andelen utländska inlösenföretag av den totala mängden företag ökat med hälften mellan 2002 och 2004. Sökandena har vidare kritiserat kommissionen för att den begränsat sin analys av den befintliga konkurrensen från utländska inlösenföretag och inte beaktat den potentiella konkurrensen från dessa.
- 138 För det tredje har sökandena anmärkt att kommissionen medgett att den aktuella marknaden kännetecknas av enkla och föga kostsamma förfaranden för att byta inlösenföretag. Sökandena har hävdat att kommissionen därav skulle ha dragit slutsatsen att detta enkla förfarande för att byta inlösenföretag medförde en kraftig konkurrens mellan de företag som redan var verksamma på marknaden i fråga.
- 139 Sökandena har slutligen kritiserat kommissionen för att ha baserat sig på erfarenheterna av det senaste inträdet av en bank på den aktuella marknaden år 1996 utan att ha tagit reda på hur konkurrensen såg ut vid denna tidpunkt. Det framgår emellertid av det gemensamma sakkunnigutlåtandet att konkurrensen då inte var lika effektiv varför denna erfarenhet saknar all betydelse.

- 140 Kommissionen har bestritt att sökandenas argument skulle vara välgrundade och gjort gällande att de inte ska godtas.

— Tribunalens bedömning

- 141 Sökandena anser i huvudsak att kommissionen har underskattat graden av konkurrens, såväl befintlig som potentiell, på den aktuella marknaden. De har även ifrågasatt att kommissionen skulle ha haft fog för att beakta effekterna på konkurrensen av det senaste inträdet på den aktuella marknaden år 1996.
- 142 Vad gäller den befintliga konkurrensen på den aktuella marknaden ska det erinras om att kommissionen kunde grunda sin analys på antalet aktörer och tendensen till konsolidering av marknaden. Sådana omständigheter, som hade samband med den aktuella marknadsstrukturen var mot bakgrund av ovan i punkt 126 angiven rättspraxis särskilt relevanta.
- 143 Vad gäller effekterna på konkurrensen av att flera faktiska inlösenföretag är verksamma på den aktuella marknaden slog kommissionen i skäl 115 i det angripna beslutet fast att i flertalet fall företräder ett faktiskt inlösenföretag en bank som är verksam på inlösenmarknaden. Kommissionen påpekade även, i skäl 169 i det angripna beslutet, att den omständigheten att stora banker och kortbehandlingsföretag är verksamma som faktiska inlösenföretag medverkar till en marknadskonsolidering, eftersom de tar över verksamheten från mindre inlösenföretag som önskar lämna denna marknad.

- 144 Denna analys är inte uppenbart oriktig och den kritik som riktats mot den av sökandena är inte övertygande. Det förhållandet att de faktiska inlösenföretagen kan medverka till en förbättring av inlösentjänsterna och till en nedsättning av kostnaderna för dessa motsäger inte kommissionens uppfattning som grundats på den aktuella marknadsstrukturen.
- 145 Vad avser de exempel på faktiska inlösenföretag som sökandena har gett, inlösenföretag som samarbetar med banker utan egen kortverksamhet eller med utländska banker, ska det erinras om att dessa avtal i allmänhet inte leder till att en ny aktör träder in på den aktuella marknaden utan till att de befintliga aktörernas ställning förstärks.
- 146 Vad gäller kommissionens medgivande av att det förekommer enkla och föga kostsamma förfaranden för att byta inlösenföretag, är det tillräckligt att, i likhet med vad som angetts i punkterna 129–131 ovan, påpeka att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att det förekom konkurrens mellan aktörerna på den aktuella marknaden, samtidigt som den slog fast att vägran att anta en potentiell konkurrent medfört en begränsning av konkurrens i den mening som avses i artikel 81.1 EG.
- 147 Vad vidare gäller den potentiella konkurrensen på den aktuella marknaden så har kommissionen i skälen 169–174 i det angripna beslutet, med anledning av den höga graden av koncentration och den konstaterade konsolideringen på den aktuella marknaden, dragit slutsatsen att potentiell konkurrens endast kan komma från stora banker eller stora internationella kortföretag som har den nödvändiga storleken för att konkurrera med de befintliga inlösenföretagen. Kommissionen beaktade särskilt att, för att bedriva inlösenverksamhet och vara lönsamma, företagen måste arbeta med betydande volymer och åstadkomma stora skalfördelar. Kommissionen påpekade att vad gäller inlösen av transaktioner är det nödvändigt att omsättningen räknat i antal

transaktioner är hög, eftersom inlösenföretagens huvudsakliga intäkter – avgifterna för försäljningsställena – beräknas som en procentandel av värdet på de genomförda transaktionerna.

- 148 Kommissionen ansåg på grundval av en förteckning som sökandena tillhandahållit under det administrativa förfarandet att nio finansinstitut i Förenade kungariket, förutom Morgan Stanley, kunde betraktas som potentiella konkurrenter. Kommissionens påstående i detta avseende har inte uttryckligen bestritts av sökandena.
- 149 Sökandenas kritik avser nämligen att kommissionen inte har beaktat den potentiella konkurrensen från gränsöverskridande inlösenföretag. Det ska påpekas att trots den ökning av gränsöverskridande inlösenföretag mellan åren 2002 och 2004 som sökandena hänvisar till framgår det av skälen 65–68 i det angripna beslutet, vars innehåll i materiellt hänseende inte har ifrågasatts, att de huvudsakliga gränsöverskridande inlösenföretagens anslutning av försäljningsställen under år 2004 endast uppgick till 0,3 procent av samtliga anslutna försäljningsställen. Kommissionen gjorde mot bakgrund av denna uppgift en riktig bedömning när den ansåg att konkurrensvillkoren mellan de olika nationella inlösenmarknaderna i Europa inte var tillräckligt homogena för att gränsöverskridande inlösenverksamhet skulle kunna leda till ett konkurrenstryck på de aktörer som var verksamma på den aktuella marknaden och att den potentiella konkurrensen följaktligen skulle kunna utvecklas bland de etablerade aktörerna i Förenade kungariket.
- 150 Vad slutligen avser kritiken att kommissionen beaktat det senaste inträdet av en bank på den relevanta marknaden år 1996 är det tillräckligt att påpeka att kommissionens synsätt att analysera effekterna på konkurrensen av det senaste inträdet på den aktuella marknaden vid tiden för antagandet av det angripna beslutet inte är felaktigt.

151 Det framgår dessutom av skäl 181 i det angripna beslutet att detta inträde på marknaden skedde när priserna var fallande, en sänkning av priserna som denna banks närvaro på marknaden påskyndade. Det finns således en uppenbar likhet med situationen på marknaden under den aktuella tidsperioden, vilken också kännetecknades av en sänkning av de priser som försäljningsställena fakturerades. Således syftar ett sådant exempel till att visa att det förhållandet att priserna faller på referensmarknaden, på grund av konkurrensen mellan företag som redan är verksamma på denna marknad, inte tar bort de effekter på konkurrensen som en ny aktör på marknaden skulle ge. Mot bakgrund av de aktuella omständigheterna är detta exempel särskilt relevant.

152 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser grundens andra del.

Grundens tredje del: Otillräcklig och felaktig analys av effekterna på konkurrensen av vägran att anta Morgan Stanley som medlem

— Parternas argument

153 Sökandena har hävdats att kommissionen brustit i sin skyldighet att göra en jämförelse mellan konkurrenssituationen på den aktuella marknaden utan Morgan Stanley och hur situationen hade varit om Morgan Stanley hade antagits som Visamedlem före september 2006.

- 154 Med en första invändning har sökandena kritiserat kommissionen för att ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte ha tillämpat kriterierna från domen i det ovan i punkt 67 nämnda målet *European Night Services m.fl. mot kommissionen* på möjligheterna för Morgan Stanley att inträda på marknaden, då kommissionen nöjde sig med Morgan Stanleys tillkännagivande av sin avsikt att inträda på marknaden i Förenade kungariket.
- 155 Sökandena har ifrågasatt kommissionens analys av Morgan Stanleys möjligheter att inträda på inlösenmarknaden i Förenade kungariket i förhållande till analysen i det angripna beslutet avseende *Discoversystemets* eventuella inträde på den europeiska marknaden för betalkortssystem. Kommissionen hänvisade, i avsaknad av andra omständigheter – såsom ett officiellt tillkännagivande om lansering – till denna analys för att visa på förekomsten av en strategi för marknadsinträde. Enligt sökandena utgör detta en strikt tillämpning av kriterierna i förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål *BaByliss mot kommissionen* (T-114/02, REG 2003, s. II-1279), vilken angetts i det angripna beslutet. De har kritiserat kommissionen för att ha underlåtit att tillämpa dessa kriterier när den skulle avgöra huruvida Morgan Stanley potentiellt kunde inträda på inlösenmarknaden i Förenade kungariket.
- 156 Den teoretiska karaktär som utmärker kommissionens analys är även oförenlig med kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar (EGT C 291, 2000, s.1)
- 157 Med sin andra invändning har sökandena kritiserat kommissionen för att den utgått från att Morgan Stanley, när företaget väl blivit Visamedlem, skulle ha inträtt på inlösenmarknaden enbart på grund av en påstådd ”ständig avsikt” som inte har stöd i någon oberoende bevisning. Sökandena anser att Morgan Stanley inte sökt medlemskap i Visa för att genomföra en särskild strategi för inlösenverksamhet, i likhet med vad kommissionen har hävdad, utan endast på grund av möjligheten att ge ut Visa-kort. Sökandena har ifrågasatt kommissionens tolkning av Morgan Stanleys klagomål i detta avseende.

- 158 Sökandena har gjort gällande att Morgan Stanleys avsikt att inträda på inlösenmarknaden framkommit efter klagomålet i en intern handling, nämligen strategiplanen för anslutning av försäljningsställen i Europa från juni 2002, och att denna handling inte har något bevisvärde. Sökandena har även hävdats att den andra handling som kommissionen stöder sig på, Morgan Stanleys handlingsplan, ingår i bilaga 57 till den andra skrivelsen om sakförhållandena och att den av de skäl som angetts i punkterna 42 och 44 ovan ska avvisas. Handlingen saknar under alla omständigheter bevisvärde. Sökandena anser likaledes att det var fel av kommissionen att inte beakta det förhållandet att Morgan Stanley, efter att ha blivit Visamedlem, inte sökt inträde på inlösenmarknaden utan inriktat sig på utgivning av Visakort. Enligt sökandena var detta Morgan Stanleys verkliga syfte.
- 159 Med sin tredje invändning har sökandena klandrat kommissionen för att den inte själv gjort en fördjupad undersökning av effekterna av Morgan Stanleys inträde på den befintliga konkurrensen på den aktuella marknaden. Kommissionens slutsatser vad gäller de positiva följder som Morgan Stanleys inträde skulle ha haft utgör endast ogrundade påståenden.
- 160 Sökandena har särskilt gjort gällande att Morgan Stanley, mot bakgrund av marknadens särdrag, inte skulle ha kunnat tillföra ett mervärde med avseende på pris och kvalitet i förhållande till vad som redan förekom på marknaden. De har även ifrågasatt de olika omständigheter som kommissionen har fört fram för att kvalificera Morgan Stanley som ett ”effektivt, betydande och erfaret inlösenföretag”. Även om så skulle vara fallet skulle detta förhållande under alla omständigheter inte medföra att Morgan Stanley skiljde sig från andra inlösenföretag som redan fanns på marknaden. Kommissionen har inte anfört något argument som skulle visa att Morgan Stanley skulle vara överlägsen de befintliga inlösenföretagen.
- 161 Enligt kommissionen kan dessa invändningar inte godtas.

— Tribunalens bedömning

- 162 Med sin första invändning, avseende att kommissionen skulle ha tillämpat ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av Morgan Stanleys möjlighet att träda in på den aktuella marknaden, avser sökandena ifrågasätta kommissionens bedömning av Morgan Stanleys egenskaper som potentiell konkurrent.
- 163 Sökandenas kritik grundas huvudsakligen på att kommissionen nöjt sig med att Morgan Stanley sagt sig ha för avsikt att inträda på den aktuella marknaden.
- 164 Sökandena har även hänvisat till kommissionens definition av en ”potentiell leverantör” i dess riktlinjer om vertikala begränsningar. De har påpekat att enligt riktlinjerna är det inte tillräckligt med ett möjligt marknadsinträde om det är en enbart teoretisk möjlighet, och att inträdet ska ske inom ett år.
- 165 För det första ska det erinras om att Morgan Stanleys avsikt att träda in på den aktuella marknaden inte är den enda omständigheten kommissionen lade till grund för sin bedömning att Morgan Stanley utgjorde en potentiell konkurrent. Det framgår nämligen av det angripna beslutet, särskilt av skälen 190–198, att kommissionen lade två motiveringsled till grund för att komma till denna slutsats, nämligen Morgan Stanleys avsikt att inträda på den aktuella marknaden men även dess kapacitet till marknadsinträde. Vad avser den andra aspekten fann kommissionen att Morgan Stanley hade lång erfarenhet av anslutning av försäljningsställen. Kommissionen hänvisade även till den erfarenhet som Morgan Stanley fått i egenskap av MasterCardmedlem, av

regler och förfaranden i ett fyrpartssystem. Kommissionen drog på denna grundval följande slutsats i skäl 198:

”Morgan Stanley förekommer, vad gäller koncentrationen av inlösenmarknaderna ... bland de få stora internationella banker som kan betraktas som seriösa potentiella inlösenföretag på europeisk nivå. Morgan Stanley har gett uttryck för sin avsikt att träda in på inlösenmarknaderna i Förenade kungariket och flera EES-stater samt sitt intresse för gränsöverskridande inlösenverksamhet, ett område som också är stängt för Morgan Stanley utan licens från Visa.”

¹⁶⁶ För det andra, vad gäller de rättsliga kriterier som skulle ha tillämpats vid kontrollen av huruvida Morgan Stanley utgjorde en potentiell konkurrent på den aktuella marknaden, framgår det av ovan i punkterna 68 och 69 angiven rättspraxis att kommissionen – då regeln inte tillämpades med avseende på Morgan Stanley – skulle ha kontrollerat om det fanns verkliga och konkreta möjligheter för denna bank att inträda på inlösenmarknaden i Förenade kungariket och konkurrera med de där verk samma företagen.

¹⁶⁷ Det framgår även av rättspraxis att en sådan bevisning inte enbart kan vila på ett antagande utan måste ha stöd i de faktiska omständigheterna eller en analys av den relevanta marknadsstruktur (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 67 nämnda målet *European Night Services m.fl. mot kommissionen*, punkterna 142–145). Således kan ett företag inte kvalificeras som en potentiell konkurrent om inte dess marknadsinträde åtföljs av en hållbar ekonomisk strategi (se för ett liknande resonemang, analogt, förstainstansrättens dom av den 4 juli 2006 i mål T-177/04, *easyjet mot kommissionen*, REG 2006, s. II-1931, punkterna 123–125).

- 168 Härav följer med nödvändighet att om ett företags avsikt att inträda på en marknad eventuellt är av betydelse för att kontrollera huruvida företaget kan betraktas som en potentiell konkurrent på denna marknad, är den grundläggande omständighet som en sådan kvalificering ska grundas på likväl dess förmåga att inträda på denna marknad.
- 169 Det ska erinras om att en begränsning av den potentiella konkurrensen, som enbart kan bestå av ett företag som finns utanför marknaden, inte kan villkoras av att det visas att detta företag inom kort tid avser att inträda på denna marknad. Detta företag kan nämligen genom sin blotta existens ge upphov till ett konkurrenstryck på de företag som finns på denna marknad, ett tryck som består av risken för att en ny konkurrent inträder på marknaden om denna utvecklas i en positiv riktning.
- 170 Vad gäller frågan huruvida även de kriterier som kommissionen angett i riktlinjerna om vertikala begränsningar ska beaktas ska det påpekas att mot bakgrund av omständigheterna i målet saknar sökandenas hänvisning till definitionen av ”potentiell leverantör” i riktlinjerna betydelse. Det är snarare definitionen i riktlinjerna för tillämpningen av artikel 81 [EG] på horisontella samarbetsavtal (EGT C 3, 2001, s. 2, nedan kallade riktlinjer om samarbetsavtal), vilken för övrigt är huvudsakligen densamma, som ska användas.
- 171 Det preciseras nämligen i fotnot 9 i riktlinjerna om samarbetsavtal att ”[e]tt företag betraktas som en potentiell konkurrent om det finns tecken som tyder på att företaget utan ett avtal skulle kunna och sannolikt skulle göra de nödvändiga ytterligare investeringarna eller ta på sig andra nödvändiga omställningskostnader för att kunna träda in på den relevanta marknaden som svar på en liten och bestående höjning av de relativa priserna”. Vidare måste ”[d]enna bedömning ... ha en realistisk grund – en

rent teoretisk möjlighet till marknadsinträde är inte tillräcklig”. Det anges även att ”[m]arknadsinträdet måste äga rum tillräckligt snabbt för att hotet om potentiella nya operatörers inträde på marknaden skall sätta press på de befintliga marknadsaktörerna” och att ”[n]ormalt innebär detta att inträdet måste genomföras på kort tid”. Kommissionen har angett en frist på ett år men påpekat att ”i enskilda fall kan dock längre tidsperioder komma i fråga” samt att ”[f]ör att fastställa periodens längd kan man utgå från den tid de företag som redan är aktiva på marknaden behöver för att anpassa sin kapacitet”.

- 172 Denna definition upprepar, och förklarar, de kriterier som följer av ovan i punkterna 166 och 167 nämnd rättspraxis. Då den inte motsäger relevant rättspraxis kan den således beaktas vid prövningen av huruvida kommissionen hade fog för att betrakta Morgan Stanley som en potentiell konkurrent.
- 173 Vad för det tredje gäller tillämpningen av kriterierna i det aktuella fallet har sökandena, såsom de uttryckligen angett vid förhandlingen, inte ifrågasatt kommissionens bedömningar avseende Morgan Stanleys kapacitet att inträda på den aktuella marknaden.
- 174 Således riktar sig sökandenas kritik, som i allt väsentligt grundas på påståendet att Morgan Stanley saknade avsikt att inträda på den aktuella marknaden, huvudsakligen mot bedömningar som av de skäl som angetts i punkterna 166–169 ovan inte utgör den grundläggande omständigheten för att bedöma huruvida kvalificeringen av Morgan Stanley som potentiell konkurrent var riktig.

- 175 Kommissionen kan i vilket fall som helst inte klandras för att den beaktat möjligheten av att Morgan Stanley utan det omtvistade beteendet skulle inträda på den aktuella marknaden.
- 176 Mot bakgrund av omständigheterna i målet saknas det för det första stöd för den kritik från sökandena som vilar på att Morgan Stanley inte vidtagit några konkreta åtgärder för att inträda på marknaden.
- 177 För att kunna inträda på inlösenmarknaden är det en nödvändig förutsättning att vara Visamedlem. Det kan därför inte dras några slutsatser av att åtgärder, såsom genomförande av en strategi för marknadsinträde, inte vidtagits av Morgan Stanley före medlemskapet i Visa den 22 september 2006. Det är därvidlag inte nödvändigt att kontrollera huruvida kommissionen åsidosatt kriterierna i den ovan i punkt 155 nämnda domen BaByliss mot kommissionen, till vilken sökandena hänvisat. Det är tillräckligt att ange att omständigheterna i förevarande mål skiljer sig från omständigheterna i det mål som gett upphov till nämnda dom.
- 178 Vidare – vad gäller den omständigheten att Morgan Stanley inte vidtagit några åtgärder för att inträda på inlösenmarknaden efter sitt medlemskap – ska det erinras om att Morgan Stanley blev medlem mer än sex år efter sin ansökan. Det går därför inte att härav dra några som helst slutsatser avseende vad som kunde ha varit Morgan Stanleys avsikter eller hur denna bank hade kunnat agera för den händelse Visamedlemskapet hade godkänts tidigare.
- 179 För det andra är det visserligen riktigt att Morgan Stanley inte uttryckligen angett inlösenmarknaden i sitt klagomål till kommissionen av den 12 april 2000, men denna marknad nämns i minst två handlingar från Morgan Stanley.

- 180 Morgan Stanley angav uttryckligen i sin ansökan vid High Court of Justice den 27 september 2000 att tillämpningen av regeln lett till att Morgan Stanley hindrats från att inträda på inlösenmarknaden i Förenade kungariket.
- 181 Morgan Stanley utarbetade vidare en strategiplan för anslutning av försäljningsstäl-
len, vilken antogs i juni 2002. Det är visserligen riktigt att denna plan endast tillhand-
dahållits sökandena i en icke-konfidentiell version i vilken många delar strukits. I den
plan som tillhandhållits sökandena framgår icke desto mindre olika delar av analysen
av inlösenmarknaden i Förenade kungariket och i andra EES-stater. Det är även möj-
ligt att av planen utläsa vad som kunde ha varit Morgan Stanleys inträdesstrategi.
- 182 Vad gäller bevisvärdet av dessa två handlingar ska det påpekas att det är principen om
fri bevisprövning som gäller i unionsrätten och det enda relevanta kriteriet för att vär-
dera den förebringade bevisningen utgörs av dess trovärdighet (förstainstansrättens
dom av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen,
REG 2004, s. II-2223, punkt 84). Vid bedömningen av ett dokumentets bevisvär-
de ska det bedömas om dokumentet innehåller tillförlitliga uppgifter och därvidlag-
tas hänsyn till dokumentets ursprung, omständigheterna kring dess tillkomst, till
vem det är ställt och huruvida dess innehåll verkar förnuftigt och trovärdigt (för-
stainstansrättens dom i det ovan i punkt 56 nämnda målet Cimenteries CBR m.fl.
mot kommissionen, punkt 1838, och av den 27 september 2006 i de förenade målen
T-44/02 OP, T-54/02 OP och T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP, REG 2006,
s. II-3567, punkt 121).
- 183 Dessa två handlingar har visserligen upprättats av Morgan Stanley under det admi-
nistrativa förfarandet och dessa omständigheter påverkar deras bevisvärde.

- 184 I likhet med vad som påpekats i punkt 177 ovan och mot bakgrund av omständigheterna i målet och då Visamedlemskapet utgör en nödvändig förutsättning för att inträda på inlösenmarknaden, kunde kommissionen emellertid inte grunda sig på omständigheter som hade större bevisvärde, som genomförande av en strategi för marknadsinträde.
- 185 Bevisningens trovärdighet förstärks dessutom av det förhållandet som kommissionen angett, att Morgan Stanley hade erfarenhet av anslutning av försäljningsställen på andra marknader.
- 186 Möjligheten att Morgan Stanley skulle inträda på den aktuella marknaden var således inte enbart teoretisk utan utgjorde i stället ett sannolikt antagande. Kommissionen hade således fog för sin slutsats att Morgan Stanleys uppgifter tydde på en avsikt att inträda på den aktuella marknaden.
- 187 Av vad som anförts framgår att kommissionens bedömning av Morgan Stanleys kapacitet att inträda på den aktuella marknaden inte har ifrågasatts och att möjligheten att Morgan Stanley skulle träda in på marknaden inte var enbart teoretisk. Kommissionen gjorde sig således inte skyldig till en felaktig rättstillämpning när den kvalificerade Morgan Stanley som en potentiell konkurrent. Den första invändningen kan således inte godtas.
- 188 Denna slutsats påverkas inte av att kommissionen inte angett en uppskattning av den tid det skulle ha tagit Morgan Stanley att inträda på den aktuella marknaden, vilket förefaller strida mot definitionen i riktlinjerna om samarbetsavtal, i vilka en frist på ett år anges.

- 189 Det framgår av ordalydelsen av denna definition, vilken återges i punkt 171 ovan, att den nödvändiga beståndsdel är att inträdet måste äga rum tillräckligt snabbt för att sätta press på de befintliga marknadsaktörerna och ettårsfristen är endast vägledande.
- 190 Kommissionen slog emellertid fast i skäl 186 i det angripna beslutet att det fanns "omständigheter som underlättar en ny aktörs marknadsinträde". Bland dessa finns enkla och föga kostsamma förfaranden för försäljningsställena att byta inlösenföretag. Denna omständighet, vilken för övrigt inte har bestritts av sökandena vilka har åberopat densamma till stöd för sina argument, tillsammans med de omständigheter kommissionen angett i skälen 193–198 i det angripna beslutet för att visa att Morgan Stanley hade kapacitet att inträda på den aktuella marknaden och bland vilka dess långa erfarenhet av anslutning av försäljningsställen återfinns kan visa att det aktuella marknadsinträdet skulle ha kunnat ske tillräckligt snabbt i den mening som avses i den definition kommissionen gjort av en potentiell konkurrent i riktlinjerna om samarbetsavtal. Kommissionens analys står följaktligen i överensstämmelse inte bara med ovan i punkterna 166 och 167 nämnd rättspraxis utan även med dess egna kriterier, såsom de som anges i riktlinjerna om samarbetsavtal.
- 191 Vad gäller sökandenas andra invändning, enligt vilken kommissionen felaktigt funnit att Morgan Stanley skulle inträda på den aktuella marknaden, ska den ogillas av skäl som anges i punkterna 175–186 ovan. Det saknas härvidlag anledning att ta reda på huruvida det handlingsprogram från Morgan Stanley som anges i bilaga 57 till den andra skrivelsen om sakförhållandena utgör ett bevis som ska tas upp till prövning.
- 192 Sökandena kan inte vinna framgång med sin tredje invändning, avseende att kommissionen inte gjort en fördjupad undersökning av de möjliga effekterna av Morgan Stanleys inträde på den aktuella marknaden.

- 193 För det första har sökandena i detta sammanhang upprepat sin analys enligt vilken analysen av det omtvistade beteendets konkurrensbegränsande effekter på den potentiella konkurrensen skulle villkoras av undersökningen av vilken omfattning den befintliga konkurrensen har på den aktuella marknaden. Såsom redan angetts i punkt 130 ovan kan ett sådant resonemang inte godtas.
- 194 Under alla omständigheter vilar för det andra sökandenas argumentation inom ramen för denna invändning på ett felaktigt antagande om sakförhållandena, nämligen att det förekom en hög grad av konkurrens på den aktuella marknaden. Såsom påpekats i svaret på denna grunds första del hindrar inte den omständigheten – att det förekom en viss grad av konkurrens mellan aktörerna på marknaden – kommissionens slutsatser avseende en hög grad av koncentration på den aktuella marknaden.
- 195 På en marknad med mycket få konkurrenter kan emellertid kommissionen med fog dra slutsatsen att en ny aktörs marknadsinträde skulle ha kunnat leda till förbättring av konkurrensen enbart på grund av det begränsade antalet konkurrenter. Det saknas härvidlag anledning att visa att den nya konkurrenten på något sätt är överlägsen de befintliga aktörerna.
- 196 Diskussionen avseende Morgan Stanleys förmåga i förhållande till de befintliga marknadsaktörerna är därför utan verkan, eftersom sökandena inte har bestritt att Morgan Stanley har kapacitet att inträda på marknaden i fråga. Det saknas således anledning att pröva sökandenas argument med vilka de har bestritt Morgan Stanleys erfarenhet och kvalifikationer.

197 Den tredje invändningen kan således inte godtas och följaktligen kan talan inte vinna bifall såvitt avser någon del av denna grund.

198 Av vad ovan anförts följer att talan om ogiltigförklaring ska ogillas.

B — Yrkandet om upphävande eller minskning av bötesbeloppet

199 Sökandena anser i första hand att åläggande av böter i förevarande fall utgör felaktig rättstillämpning och en oriktig bedömning. De har yrkat att böterna ska upphävas. I andra hand har de yrkat att bötesbeloppet ska nedsättas.

1. Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning vad avser åläggande av böter

200 Denna grund består av tre delar. Den första avser åsidosättande av principen om lika-behandling och rättssäkerhetsprincipen samt bristfällig motivering. Med den andra delen gör sökandena gällande att det angripna beslutet inte antagits inom en rimlig tidsfrist. Den tredje delen gäller att kommissionen har underlåtit att beakta att det har förekommit rimliga tvivel angående det omtvistade beteendets karaktär av överträdelse.

a) Grundens första del: Åsidosättande av principen om likabehandling och rätts-säkerhetsprincipen samt bristfällig motivering

Parternas argument

- ²⁰¹ Sökandena har kritiserat kommissionen för att ha ålagt dem böter trots att regeln anmäls till kommissionen enligt förordning nr 17. De har påpekat att kommissionen som utgångspunkt för beräkning av bötesbeloppet inte valt ikraftträdandet av rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) utan tidpunkten för mottagandet av meddelandet om invändningar. Kommissionen har således själv medgett att sökandena hade berättigade förväntningar avseende immunitet med avseende på böter fram till denna tidpunkt. De har vidare anmärkt att det är fråga om det enda ärende där böter har utdömts enligt förordning nr 1/2003 med avseende på ett anmält avtal.
- ²⁰² Vidare har de tjänstemän vid kommissionen som handlagt ärendet vid upprepade tillfällen gett uttryck för uppfattningen att böter inte skulle utdömas i ärendet.
- ²⁰³ Sökandena har jämfört utdömandet av böter med kommissionens inställning i två ärenden som de anser vara jämförbara, nämligen MasterCard (ärende COMP/34.579, nedan kallat ärendet MasterCard) och Groupement des cartes bancaires (ärende COMP/38.606, nedan kallat ärendet GCB). Sökandena har gjort gällande att kommissionen inte utdömt böter i dessa ärenden med motiveringen att de aktuella åtgärderna anmäls enligt förordning nr 17. Vad särskilt avser ärendet GCB har sökandena

hävdad att det gällde en allvarligare överträdelse än i förevarande mål, eftersom det dels var fråga om en konkurrensbegränsning som inte endast hade till effekt, utan även till syfte, att begränsa konkurrensen, dels att dess effekter varade fram till dess kommissionens beslut antogs.

204 Sökandena har bestritt att de skillnader som kommissionen anfört i sitt svaromål skulle vara för handen.

205 Sökandena anser för det första att den skillnad som avser att det i ärendet MasterCard inte omnämns någon möjlighet att utdöma böter i meddelandet om invändningar är utan betydelse. Det viktiga är varför kommissionen i det ärendet intog en annan ståndpunkt redan i meddelandet om invändningar. Enligt denna ståndpunkt saknades anledning att utdöma böter enbart av den anledningen att det skett en anmälan.

206 För det andra har sökandena invänt mot påståendet att det omtvistade beteendet inte har anmälts. De har inledningsvis anmärkt att det framgår av det angripna beslutet, särskilt fotnot nr 312, att regelns tillämpning på Morgan Stanley anmälts och att denna omständighet medför att de ska ha immunitet med avseende på böter fram till meddelandet om invändningar. De har vidare hävdad denna ståndpunkt under hela det administrativa förfarandet utan att kommissionen en enda gång invänt mot den. Sökandena har slutligen, under alla omständigheter, påmint om att inte bara regeln utan den omständigheten att de betraktat Morgan Stanley som konkurrent, hade anmälts 1990. I samtliga versioner av Visas medlemsbestämmelser som därefter anmälts till kommissionen har det angetts att Morgan Stanley betraktades som en konkurrent till Visa. Kommissionen har dessutom redan i juli eller augusti 2000, som svar på en begäran om upplysningar, informerats om skälen till att Morgan Stanley inte uppfyllde kraven för att antas som Visamedlem.

- 207 För det tredje, vad avser jämförelsen med ärendet GCB, har sökandena hävdats att den omständigheten att effekterna av de aktuella åtgärderna fortsatt trots att åtgärderna upphört inte kan motivera en skillnad i behandling till sökandenas nackdel. De har vidare anmärkt att den omtvistade åtgärden i ärendet MasterCard inte upphörde och att detta trots allt inte medförde att några böter utdömdes.
- 208 Av det ovan anförda har sökandena dragit slutsatsen att såväl principen om likabehandling som rättssäkerhetsprincipen har åsidosatts. De har, eftersom kommissionen i det angripna beslutet inte gett någon förklaring i detta avseende, även hävdats att motiveringskyldigheten har åsidosatts.
- 209 Kommissionen har tillbakavisat sökandenas påståenden.

Tribunalens bedömning

- 210 För det första, vad avser invändningen om åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen, ska det erinras om att även om det skulle antas att det omtvistade beteendet – och inte bara regeln – skulle ha anmälts, kan sökandena inte vinna framgång med sitt resonemang.
- 211 Kommissionens möjlighet att utdöma böter avseende ett avtal som anmälts enligt förordning nr 17 följer av artikel 34.1 i förordning nr 1/2003, i vilken det anges att anmälningar ska upphöra att gälla från och med förordningens tillämpningsdag. Härav följer med nödvändighet att immunitet mot böter för avtal som anmälts enligt artikel 15.5 i förordning nr 17 upphör från och med ikraftträdandet av förordning

nr 1/2003. Kommissionen hade således under alla omständigheter rätt att ålägga sökandena böter för det omtvistade beteendet efter det att förordning nr 1/2003 trätt i kraft. Kommissionen har emellertid iakttagit denna skyldighet genom att som utgångspunkt för fastställande av bötesbeloppet använda sig av tidpunkten för meddelandet om invändningar, det vill säga den 2 augusti 2004, vilket är efter den tidpunkt då förordning nr 1/2003 trädde i kraft den 1 maj 2004.

- 212 Det ska vidare erinras om att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet, eftersom dessa utgör ett instrument i konkurrenspolitiken (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59). Detta utrymme för skönsmässig bedömning omfattar med nödvändighet möjligheten att utdöma böter eller ej (förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, punkt 239).
- 213 Vad för det tredje avser den omständigheten att kommissionen tidigare inte utdömt böter för överträdelser som haft till effekt att begränsa konkurrensen hindrar inte detta den från att utdöma böter om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av konkurrenspolitiken. En effektiv tillämpning av konkurrensreglerna kräver nämligen att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver (se, för ett liknande resonemang och analogt, domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 169 och där angiven rättspraxis).
- 214 Det ska slutligen påpekas att sökandena upplystes, från tidpunkten för meddelandet om invändningar, om att kommissionen avsåg att utdöma böter.

- 215 Kommissionen har följaktligen inte åsidosatt rättssäkerhetsprincipen när den ålade sökandena böter i förevarande ärende.
- 216 Vad avser invändningen om ett påstått åsidosättande av principen om likabehandling har sökandena hävdade att kommissionen med avseende på dem skulle ha intagit samma inställning som i ärendena MasterCard och GCB.
- 217 Det följer visserligen av fast rättspraxis att den allmänna likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se domstolens dom av den 15 april 2005 i mål C-110/03, Belgien mot kommissionen, REG 2005, s. I-2801, punkt 71 och där angiven rättspraxis).
- 218 Det är emellertid mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall som kommissionen, vid utövandet av sitt utrymme för skönsmässig bedömning, beslutar huruvida det är lämpligt att ålägga böter för att beivra den konstaterade överträdelsen och upprätthålla effektiviteten i konkurrensrätten (domen i det ovan i punkt 212 nämnda målet SCK och FNK mot kommissionen, punkt 239).
- 219 Även om det skulle antas att kommissionen felaktigt avstått från att utdöma böter i ärendena MasterCard och GCG, syftar under alla omständigheter sökandenas argumentation till att till sin egen förmån åberopa en rättsstridig åtgärd som gynnat någon annan, något som strider mot legalitetsprincipen (se, förstainstansrättens dom av den 16 november 2006 i mål T-120/04, Peróxidos Orgánicos mot kommissionen, REG 2006, s. II-4441, punkt 77, och där angiven rättspraxis).

- 220 Invändningen om åsidosättande av principen om likabehandling kan följaktligen inte godtas.
- 221 Vad för det tredje gäller invändningen om åsidosättande av motiveringsskyldigheten framgår det av fast rättspraxis att, när det gäller fastställande av böter enligt de konkurrensrättsliga bestämmelserna, kommissionen har uppfyllt sin motiveringsskyldighet, om den i beslutet angett de omständigheter i bedömningen som gjort det möjligt för den att fastställa överträdelsens allvar och varaktighet, och den är inte skyldig att ange någon mer detaljerad redogörelse eller några sifferuppgifter avseende beräkningen av böterna (se förstainstansrättens dom av den 8 oktober 2008 i mål T-68/04, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2008, s. II-2511, punkt 31 och där angiven rättspraxis). Sådana omständigheter som allvaret i och varaktigheten av det beteende som läggs sökandena till last, även om de främst avser fastställandet av bötesbeloppet, kan även tjäna till att förstå skälen till varför kommissionen funnit det lämpligt att ålägga böter. Denna invändning kan således inte godtas, eftersom det angripna beslutet i skälen 350–370 innehåller den bedömning som är nödvändig.
- 222 För det fjärde och slutligen, vad avser sökandenas åberopande av påstådda uttalanden från kommissionens tjänstemän, så framgår det inte av sökandenas inlagor att de har hävdat att sådana uttalanden gett upphov till berättigade förväntningar om att böter inte skulle utdömas. Även om det skulle anses att det är detta de avser med sina argument, är villkoren för att de skulle kunna förlita sig på principen om skydd för berättigade förväntningar under alla omständigheter inte uppfyllda.
- 223 Enligt fast rättspraxis tillkommer rätten att göra anspråk på skydd för berättigade förväntningar varje enskild person som befinner sig i en situation av vilken det framgår att administrationen har väckt grundade förhoppningar hos denne. Däremot kan ingen göra gällande att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts om administrationen inte har gett tydliga, ovillkorliga och samstämmiga försäkringar från behöriga och tillförlitliga källor (se förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01,

Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkt 152 och där angiven rättspraxis).

224 De uttalanden som sökandena har åberopat kan emellertid inte anses innehålla tydliga, ovillkorliga och samstämmiga försäkringar. Detta förefaller sökandena ha medgett när de i sina inlagor hänvisar till ”uttalanden som ger vid handen” att kommissionen inte betraktade det aktuella ärendet som ett ärende där böter skulle komma att utdömas.

225 Av det anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna grundns första del.

b) Grundens andra del: Åsidosättande av skyldigheten att anta det angripna beslutet inom en rimlig tidsfrist

Parternas argument

226 Enligt sökandena är den tid som det administrativa förfarandet tagit, över sju år, orsaklig och har förorsakat dem betydande skada vilket skulle motivera ett upphävande av böterna. Utan denna tidsutdräkt skulle kommissionen ha antagit det angripna beslutet enligt förordning nr 17 och följaktligen skulle inga böter ha ålagts dem. De har

påpekat att enligt artikel 15.6 i förordning nr 17 kan böter endast utdömas om ett officiellt beslut om upphävande av immuniteten antagits. Kommissionen har emellertid inte antagit ett sådant beslut, trots Morgan Stanleys uttryckliga begäran.

- 227 Sökandena har vidare påpekat att iakttagande av en rimlig tidsfrist i administrativa förfaranden i konkurrensärenden utgör en allmän rättsprincip och att ett åsidosättande av denna princip kan motivera att ett beslut ogiltigförklaras, om beslutet samtidigt utgör ett åsidosättande av det berörda företags rätt till försvar.
- 228 Vid kontrollen av huruvida förfarandet tagit onormalt lång tid ska hela den tid som förfarandet tagit i anspråk beaktas. Sökandena har erinrat om ärendets kronologiska ordning och hävdar att det därav framgår att kommissionen har lagt den ena förse-ningen till den andra. Sökandena har särskilt gjort gällande att under de tre år som följde efter det att klagomålet ingavs har kommissionen endast riktat en begäran om upplysningar till sökandena vid två tillfällen och ingen begäran om upplysningar har riktats till försäljningsställena.
- 229 Det aktuella administrativa förfarandets tidsutdräkt förtjänar än mer kritik, då Morgan Stanley själv begärt att kommissionen ska handlägga ärendet skyndsamt och ett parallellt förfarande vilandeförklarats vid domstolarna i Förenade kungariket. Dessa omständigheter ger vid handen att ärendet skulle ha getts en prioriterad behandling.
- 230 Kommissionen har förnekat att tidsutdräkten varit överdriven och oberättigad från dess sida, mot bakgrund av ärendets komplexitet. Kommissionen har under alla om-ständigheter iakttagit den preskriptionsfrist som anges i artikel 25.1 i förordning nr 1/2003, vilket är det enda som är av betydelse.

Tribunalens bedömning

- 231 Iakttagandet av en rimlig tidsfrist i handläggningen av administrativa förfaranden som rör konkurrenspolitik är en allmän unionsrättslig princip som säkerställs av domstolen (domstolens dom av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen*, REG 2006, s. I-8725, punkt 35). Denna princip återges i artikel 41.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1).
- 232 Ett åsidosättande av denna princip kan leda till att beslutet ogiltigförklaras om det samtidigt medfört ett åsidosättande av det berörda företags möjlighet att försvara sig, och därmed dess rätt till försvar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 231 nämnda målet *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen*, punkterna 42 och 43).
- 233 Sökandena har emellertid inte hävdats att tidsutdräkten för det administrativa förfarandet påverkat deras rätt till försvar.
- 234 Det ska mot denna bakgrund erinras om den fasta rättspraxis avseende rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Europeiska ekonomiska gemenskapens transport- och konkurrensregler (EGT L 319, s. 1; svensk specialutgåva, område 8, volym 1 s. 48), vilken är tillämplig på böter som utdömts enligt förordning nr 17. Enligt denna rättspraxis och mot bakgrund av heltäckande bestämmelser i vilka det i detalj fastställs inom vilka frister kommissionen har rätt att ålägga företag som är

föremål för förfaranden med tillämpning av konkurrensreglerna böter, utan att gå emot det grundläggande kravet på rättssäkerhet, kan inte något övervägande som avser kommissionens skyldighet att utöva sin befogenhet att ålägga böter inom en rimlig tid godtas (se förstainstansrättens dom av den 1 juli 2008 i mål T-276/04, *Compagnie maritime belge* mot kommissionen, REG 2008, s. II-1277, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

²³⁵ Preskriptionstiderna i förordning nr 1/2003 anges i artikel 25 i vilken artikel de relevanta bestämmelserna i förordning nr 2988/74 återges och på grundval av vilken den rättspraxis som nämns ovan i punkt 234 har fastställts.

²³⁶ I artikel 25.1 b i förordning nr 1/2003 föreskrivs således att en preskriptionstid på fem år gäller kommissionens befogenheter att ålägga böter. Enligt artikel 25.2 i förordningen ska preskriptionstiden räknas från och med den dag då överträdelsen begicks. Vid fortsatta eller upprepade överträdelser ska dock tiden räknas från och med den dag då överträdelsen upphörde. Preskriptionstiden kan emellertid avbrytas eller upphöra enligt artikel 25.3, 25.4 eller 25.6. Enligt artikel 25.5 i förordning nr 1/2003 ska, efter varje avbrott, preskriptionstiden börja löpa på nytt. Preskriptionstiden ska dock löpa ut senast den dag då en period som är lika med den dubbla preskriptionstiden har förflutit utan att kommissionen har ålagt böter eller förelagt viten.

²³⁷ Följaktligen är den rättspraxis som avser förordning nr 2988/74 även tillämplig på böter som ålagts inom ramen för tillämpningen av förordning nr 1/2003.

- 238 Den aktuella överträdelsen är varaktig och upphörde då Morgan Stanley godkändes som Visamedlem den 22 september 2006. Tidsperioden mellan den tidpunkt då överträdelsen upphörde och det angripna beslutet i vilket böterna ålades understiger således betydligt den preskriptionstid som föreskrivs i artikel 25 i förordning nr 1/2003.
- 239 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser denna grunds andra del.

c) Grundens tredje del: Osäkerheten huruvida det omtvistade beteendet utgjorde en överträdelse har inte beaktats

Parternas argument

- 240 Sökandena har kritiserat kommissionen för att den inte iakttagit riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [EKSG] (EGT C 9, 1998, s. 3, nedan kallade 1998 års riktlinjer), vilka är tillämpliga i förevarande mål. Sökandena har påpekat att den omständigheten att det i riktlinjerna föreskrivs att "det från företagets sida har förekommit rimliga tvivel angående det begränsande förfarandets karaktär av överträdelse" utgör en förmildrande omständighet som kan motivera en nedsättning av bötesbeloppet. Sökandena har, med hänvisning till synsättet i ärendet COMP/38.096 (nedan kallat ärendet Clearstream), hävdats att när det finns en verklig rättslig osäkerhet huruvida det omtvistade beteendet utgör en överträdelse ska kommissionen inte utdöma böter. Det aktuella ärendets

komplexitet, vilket kommissionen själv medgett, skulle ha lett kommissionen till ett liknande synsätt i förevarande fall.

241 För det första fanns det nämligen inte någon beslutspraxis från kommissionen avseende den aktuella frågan, inte heller någon gemenskapsrättslig praxis utan det enda rättsfallet utgjordes av ett avgörande från en domstol i Förenta staterna. Följaktligen var sökandena tvungna att tolka befintlig gemenskapsrättslig praxis analogt för att avgöra huruvida de hade rätt att vägra Morgan Stanley medlemskap, och i förekommande fall, under vilka villkor. Den intensiva debatt avseende tillämpligheten av artikel 81.1 och 81.3 EG som mötte sökandena vid kommissionen vittnar om denna svårighet.

242 Sökandena har för det andra hävdad att den omständigheten att det aktuella ärendet avser effekterna av en konkurrensbegränsning har gett upphov till dess komplexitet och, följlaktligen, till ytterligare rättslig osäkerhet. Även kommissionen har haft svårigheter inför den omständigheten att ärendet avsåg en ny frågeställning och dess komplexitet. Sökandena har i detta avseende erinrat om sin argumentation inom ramen för yrkandena om ogiltigförklaring och enligt vilken kommissionen skulle ha utvecklat sin bedömning av den befintliga konkurrensen på den aktuella marknaden. Sökandena har även anmärkt att kommissionen först i och med den andra skrivelsen om sakförhållandena tog upp frågan om Morgan Stanleys möjlighet att inträda på den aktuella marknaden med hjälp av ett frontingavtal.

243 Sökandena har inte ifrågasatt att det i princip är möjligt att utdöma böter vid beteenden som har konkurrensbegränsande effekter, men de har påpekat att kommissionen likväl aldrig utdömt böter i ett ärende där det inte fastställts att det fanns ett konkurrensbegränsande syfte.

- 244 För det tredje hade kommissionens tjänstemän upplyst sökandena om att det främst var regeln som sådan och inte hur den tillämpades med avseende på Morgan Stanley som var av betydelse, då regeln inte i tillräcklig grad var föremål för insyn och inte heller objektiv. Det förelåg följaktligen en osäkerhet vad gäller den aktuella invändningens innehåll.
- 245 Kommissionen anser inte att sökandena haft verkliga och goda skäl att tro att deras vägran att anta Morgan Stanley inte skulle ha utgjort en överträdelse av gemenskapsrätten.

Tribunalens bedömning

- 246 Det följer av fast rättspraxis att kommissionen inte kan avvika från de regler som den har ålagt sig (se förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 53 och där angiven rättspraxis; svensk specialutgåva, volym 11, del II, s. 83). När kommissionen utfärdar riktlinjer för att i enlighet med fördragets bestämmelser ange de kriterier som den har för avsikt att tillämpa inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning begränsar dessa riktlinjer detta utrymme, eftersom kommissionen då är skyldig att följa nämnda riktlinjer (förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i mål T-380/94, AIUFFASS och AKT mot kommissionen, REG 1996, s. II-2169, punkt 57, av den 30 april 1998 i mål T-214/95, Vlaams Gewest mot kommissionen, REG 1996, s. II-717, punkt 89, och av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2003, s. II-2597, punkt 267).
- 247 Det framgår av skälen 350–370 i det angripna beslutet att kommissionen däri tillämpat den metod som anges i 1998 års riktlinjer vid beräkningen av det bötesbelopp som ålagts sökandena.

- 248 I punkt 3 i 1998 års riktlinjer föreskrivs att grundbeloppet för böterna kan varieras om vissa förmildrande omständigheter föreligger. Bland dessa omständigheter anges att det från företags sida har förekommit rimliga tvivel vad gäller det begränsande förfarandets karaktär av överträdelse.
- 249 Sökandena anser att osäkerheten kring det omtvistade beteendets karaktär av överträdelse i förevarande fall skulle ha medfört att kommissionen med tillämpning av 1998 års riktlinjer inte skulle ha utdömt några böter.
- 250 För att kontrollera huruvida kommissionen hade varit skyldig att medge att det förekom förmildrande omständigheter med avseende på sökandena på grund av att det förelåg rimliga tvivel samt att, i förekommande fall och i likhet med vad sökandena har yrkat inom ramen för denna grund, avstå från att ålägga dem böter, ska det kontrolleras huruvida sökandena rimligen borde ha varit medvetna om att de överträtt artikel 81 EG (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02–T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-5169, punkt 503).
- 251 Det ska noteras att böter inte ådömts för hela den period överträdelsen varade utan endast räknat från meddelandet om invändningar.
- 252 I denna handling gav emellertid kommissionen uttryck för invändningar avseende det omtvistade beteendet och utvecklade skälen varför den ansåg att detta beteende stred mot artikel 81 EG. Från denna tidpunkt kunde sökandena därmed inte längre hävda att de inte varit medvetna om att de överträtt artikel 81 EG (se, för ett liknande resonemang och analogt, förstainstansrättens dom av den 17 december 2003 i mål T-219/99, British Airways mot kommissionen, REG 2003, s. II-5917, punkt 314).

- 253 Häri föreligger en skillnad jämfört med ärendet Clearstream, som åberopats av sökandena och i vilket ärende det omtvistade beteendet hade upphört, till och med före meddelandet om invändningar.
- 254 Sökandenas argument avseende påståendet att det skulle saknas tidigare beslutspraxis eller avseende ärendets komplexitet är således utan verkan. Dessa argument kan nämligen – under alla omständigheter – endast visa att det förelåg rimliga tvivel före meddelandet om invändningar, det vill säga under en period som inte tagits med i beräkningen av bötesbeloppet.
- 255 Slutligen saknar det betydelse att kommissionen angett vissa argument i det angripna beslutet men inte i meddelandet om invändningar, såsom att marknadsinträde på den aktuella marknaden med hjälp av ett frontingavtal är ineffektivt. De upplysningar som finns i meddelandet om invändningar är nämligen i sig själva tillräckliga för att sökandena inte längre ska kunna hysa rimligt tvivel om det omtvistade beteendets karaktär av överträdelse.
- 256 Talan kan inte vinna bifall såvitt avser denna grunds tredje del och följaktligen inte såvitt avser grunden i dess helhet.

2. Den femte grunden: Felaktig rättstillämpning och en oriktig bedömning vid beräkningen av bötesbeloppet

- 257 Sökandena har med denna grund ifrågasatt kommissionens bedömningar vad gäller, för det första fastställandet av grundbeloppet för böterna, för det andra att förmildrande omständigheter inte beaktats och för det tredje överträdelsens varaktighet.

a) Grundens första del: Fastställande av grundbeloppet för böterna

258 Sökandena har i första hand invänt mot att överträdelsen kvalificerats som allvarlig och i andra hand, mot valet av grundbeloppet på 8,5 miljoner euro.

Överträdelsens karaktär

— Parternas argument

259 Enligt sökandena skulle den överträdelse som lagts dem till last, mot bakgrund av 1998 års riktlinjer, ha kvalificerats som ”mindre allvarlig”. Även om det skulle antas att den haft en effekt på marknaden, kan den inte ha haft den ekonomiska påverkan som kommissionen har påstått, eftersom den avsåg en ensam aktör, på en mycket speciell marknad och i en enda medlemsstat.

260 Sökandena har gjort gällande att om det är tillräckligt att konstatera en potentiell påverkan för att en överträdelse av artikel 81 EG ska vara för handen, borde kommissionen när det gäller beräkningen av bötesbeloppet kunna visa att det förekommit en verklig påverkan på marknaden. I förevarande mål har kommissionen emellertid medgett att den inte uppskattat den verkliga påverkan och att den dragit slutsatsen av sina konstateranden avseende överträdelsen att en sådan påverkan förelåg.

261 Kommissionen anser att den inte gjort några fel i sin kvalificering av överträdelsen.

— Tribunalens bedömning

- 262 Kommissionen har i det angripna beslutet grundat sin bedömning att det är fråga om en allvarlig överträdelse på flera omständigheter.
- 263 Kommissionen påpekade för det första i punkterna 358 och 359 i det angripna beslutet att Morgan Stanley hindrats att erbjuda inlösentjänster för kredit- och betalkort i allmänhet och inte enbart för Visakort.
- 264 Kommissionen gjorde därefter bedömningen att överträdelsen haft en faktisk påverkan på konkurrensen. Kommissionen medgav i skäl 357 i det angripna beslutet att det inte var möjligt att göra en exakt bedömning av en sådan påverkan. Den drog emellertid av det faktum att det omtvistade beteendet verkställdes slutsatsen att det rimligen "kunde antas att överträdelsen haft en stor påverkan på marknaden". Kommissionen hänvisade även, i skäl 360 i det angripna beslutet, till olika omständigheter som den lagt till grund för sin bedömning att det förekommit en överträdelse.
- 265 Slutligen hänvisade kommissionen, i skäl 362 i det angripna beslutet, till den omständigheten att begränsningen avsåg Förenade kungariket som är en betydande marknad för betalkort.
- 266 Tribunalen erinrar om att i enlighet med fast rättspraxis bestäms frågan hur allvarlig en överträdelse är med beaktande av ett stort antal faktorer, såsom omständigheterna i det enskilda fallet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan, varvid kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning (se förstainstansrättens dom av den 8 oktober 2008 i mål T-69/04, Schunk och Schunk Kohlenstoff-Technik mot kommissionen, REG 2008, s. II-2567, punkt 153 och där angiven rättspraxis).

- 267 Såsom tribunalen redan erinrat om i punkt 247 ovan tillämpade kommissionen den metod som anges i 1998 års riktlinjer vid beräkningen av det bötesbelopp som sökandena ålagts.
- 268 Enligt punkt 1 A första stycket i 1998 års riktlinjer ska, vid bedömningen av överträdelsens allvar, överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden – om den är mätbar – och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden beaktas.
- 269 Det följer av beskrivningen av mindre allvarliga och allvarliga överträdelser i 1998 års riktlinjer att dessa i huvudsak skiljer sig åt genom dess påverkan på konkurrensen och den geografiska räckvidden av dess effekter. Allvarliga överträdelser beskrivs nämligen som att "[d]et ... oftast [är] fråga om horisontella eller vertikala begränsningar av samma slag som [vid mindre allvarliga överträdelser], men som tillämpas strängare, har en större påverkan på marknaden och som kan få konsekvenser för stora områden av den gemensamma marknaden". Mindre allvarliga överträdelser beskrivs som att de "har en begränsad påverkan på marknaden och berör en betydande men relativt smal del av den gemensamma marknaden".
- 270 För det första, vad gäller överträdelsens påverkan på marknaden, så har sökandena kritiserat kommissionen för att den inte visat en sådan påverkan. De har även gjort gällande att påverkan under alla omständigheter endast kan vara begränsad.
- 271 Enligt fast rättspraxis ska kommissionen, vid bedömningen av en överträdelses faktiska påverkan på konkurrensen, jämföra med den situation som skulle ha förelegat om överträdelsen inte hade inträffat (se, förstainstansrättes dom av den 8 oktober 2008 i mål T-73/04, Carbone-Lorraine mot kommissionen, REG 2008, s. II-2661, punkt 83 och där angiven rättspraxis).

272 Kommissionen påpekade i skäl 357 i det angripna beslutet följande:

”Det är inte möjligt att göra en exakt bedömning av en faktisk påverkan på marknaden. Beslutet att inte anta Morgan Stanley verkställdes dock och det kan antas att överträdelsen haft en stor påverkan på marknaden”.

273 Det är visserligen riktigt att påståendet att det finns ett automatiskt samband mellan ett konkurrensbegränsande beteende och marknadspåverkan är felaktigt (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i mål T-30/05, Prym och Prym Consumer mot kommissionen, ej publicerad i rättsfalls-samlingen, punkterna 109 och 110).

274 Det framgår emellertid av skälen 358–360 i det angripna beslutet att kommissionen även grundade sig på två andra överväganden, nämligen dels att det omtvistade beteendet lett till att Morgan Stanley hindrats att erbjuda inlösentjänster för samtliga kort och inte enbart för Visakort, dels de positiva effekter som Morgan Stanleys närvaro på marknaden hade kunnat medföra.

275 Sökandena har för det första inte ifrågasatt att det omtvistade beteendet lett till att Morgan Stanley hindrats erbjuda inlösentjänster för samtliga kort och inte bara för Visakort.

276 För det andra har det inom ramen för prövningen av yrkandena om ogiltigförklaring slagits fast att kommissionens bedömningar av det omtvistade beteendets

konkurrensbegränsande effekter, det vill säga graden av befintlig och potentiell konkurrens, huruvida Morgan Stanley utgör en potentiell konkurrent och dess avsikt att träda in på den aktuella marknaden, inte var rättsstridiga.

- 277 Det ska erinras om att kommissionen i skäl 174 i det angripna beslutet påpekat att den frågat samtliga de finansinstitut som identifierats som potentiella konkurrenter huruvida de avsåg att inträda på den aktuella marknaden, och därav dragit slutsatsen att Morgan Stanley utgjorde den enda av de potentiella konkurrenterna som gett uttryck för sin avsikt att inträda på nämnda marknad.
- 278 Kommissionen gjorde sig följaktligen inte skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den på grundval av dessa omständigheter fann att det omtvistade beteendet haft en betydande påverkan på marknaden.
- 279 För det andra, vad gäller kommissionens undersökning av den geografiska räckvidden av effekterna av det omtvistade beteendet, anser sökandena att då endast marknaden i Förenade kungariket påverkas av det omtvistade beteendet, skulle kommissionen ha kvalificerat överträdelsen som mindre allvarlig.
- 280 Det ska erinras om att det följer av fast rättspraxis att en geografisk marknad av nationell dimension motsvarar en väsentlig del av den gemensamma marknaden (se förstainstansrättens dom av den 27 juli 2005 i de förenade målen T-49/02–T-51/02, Brasserie nationale m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-3033, punkt 176 och där angiven rättspraxis).

- 281 I skäl 362 i det angripna beslutet åberopade kommissionen den omständigheten att "Förenade kungariket utgör en betydande marknad för betalkort". Mot bakgrund av denna marknads ekonomiska betydelse, vilken sökandena dessutom inte ifrågasatt, gjorde kommissionen en riktig bedömning när den fann att den aktuella marknaden tillhörde en "omfattande del av den gemensamma marknaden" i den mening som avses i 1998 års riktlinjer.
- 282 Mot denna bakgrund kan sökandenas invändningar om överträdelsens karaktär inte godtas.

Grundbeloppet för böterna

— Parternas argument

- 283 Enligt sökandena är det grundbelopp på 8,5 miljoner euro som kommissionen använt sig av oproportionerligt och saknar motivering. Kommissionen borde således ha fastställt ett grundbelopp i den lägre delen av den skala som föreskrivs för allvarliga överträdelser i 1998 års riktlinjer. Detta mot bakgrund av överträdelsens påverkan, att det är fråga om en konkurrensbegränsnings effekter samt kommissionens praxis vid fastställande av böter. Sökandena har påpekat att om kommissionen har rätt att avvika från sin tidigare praxis för fastställande av böter så ska den likväl tillämpa 1998 års riktlinjer och ange sakliga skäl för det fastställda beloppet.

- 284 Sökandena har i sin replik hävdad att den omständigheten att kommissionen använt sig av motsvarande grundbelopp i flera tidigare beslut visar att det i förevarande fall aktuella beloppet är oproportionerligt, eftersom de beteenden som avsågs i dessa beslut utgjorde betydligt allvarligare överträdelser av konkurrensrätten.
- 285 Kommissionen anser att grundbeloppet inte är oproportionerligt och att beslutet är tillräckligt motiverat.

— Tribunalens bedömning

- 286 För det första, vad gäller invändningen om bristande motivering på grund av att kommissionen inte angett varför den fastställt grundbeloppet för de böter som ålagts sökandena till 8,5 miljoner euro, kan denna invändning inte godtas.
- 287 Det finns visserligen inte någon uttrycklig motivering till hur grundbeloppet fastställts, då kommissionen nöjt sig med att i skäl 353 i det angripna beslutet hänvisa till varför den kommit fram till att det var en allvarlig överträdelse.
- 288 Kommissionen var emellertid inte skyldig att tillhandahålla någon förklaring i detta avseende. Såsom redan angetts i punkt 221 ovan framgår det nämligen av fast rättspraxis avseende fastställande av bötesbeloppen vid överträdelser av konkurrensrätten att kommissionen har uppfyllt sin motiveringsskyldighet när den i sitt beslut angett de omständigheter som gjort det möjligt för den att bedöma överträdelsens allvar

och varaktighet. Kommissionen är därvidlag inte skyldig att göra en mer detaljerad redogörelse.

289 Kommissionen var således inte skyldig att uttryckligen ange skälen till att den fastställt grundbeloppet för böterna till just 8,5 miljoner euro. Det angripna beslutet är följaktligen inte otillräckligt motiverat i detta avseende.

290 För det andra, vad gäller påståendet att beloppet är oproportionerligt, ska det erinras om att i 1998 års riktlinjer föreskrivs att grundbeloppet för allvarliga överträdelser ska ligga mellan en och 20 miljoner euro.

291 I punkt 1 A tredje, fjärde och femte styckena i 1998 års riktlinjer, föreskrivs följande:

”Inom var och en av dessa kategorier gör sanktionsskalorna det möjligt att variera behandlingen av företagen alltefter arten av de överträdelser de begått. Detta gäller särskilt kategorierna allvarliga och mycket allvarliga överträdelser.

Det kommer vidare att vara nödvändigt att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande.

I allmänhet kommer man även att beakta det faktum att stora företag i flertalet fall förfogar över en juridisk och ekonomisk kunskap och infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma den olagliga karaktären av deras beteenden och de konsekvenser dessa får ur konkurrenssynpunkt.”

- 292 Det är således, då sökandena inte har ifrågasatt lagenligheten hos 1998 års riktlinjer, mot bakgrund av de kriterier som anges i punkt 291 ovan som det ska bedömas huruvida det av kommissionen fastställda grundbeloppet är proportionerligt eller ej.
- 293 Mot bakgrund av dels sökandenas ekonomiska styrka, dels behovet av att bevara böternas avskräckande verkan, förefaller ett belopp på 8,5 miljoner euro – som återfinns i den nedre hälften av intervallet för allvarliga överträdelser i 1998 års riktlinjer – inte uppenbart oproportionerligt.
- 294 Mot bakgrund av det ovanstående kan talan inte vinna bifall såvitt avser denna grundens första del.

b) Grundens andra del: Förmildrande omständigheter

Parternas argument

- 295 Sökandena har hävdat att osäkerheten kring det omtvistade beteendets karaktär av överträdelse åtminstone ska utgöra en förmildrande omständighet. Av detta skäl skulle kommissionen, bland annat, inte ha ökat beloppet med anledning av överträdelsens

varaktighet. Sökandena har även klandrat kommissionen för att inte ha beaktat att sökandena dels föreslagit ändringar, och faktiskt ändrat, i regeln, dels att sökandena slutit ett avtal med Morgan Stanley under tiden det administrativa förfarandet pågick. Slutligen skulle kommissionens tidsutdräkt vid behandlingen av ärendet ha motiverat åtminstone en nedsättning av böterna.

- ²⁹⁶ Kommissionen anser sig ha gjort en riktig bedömning när den inte fann att det förelåg några förmildrande omständigheter. Den har särskilt tillbakavisat påståendet att regeln skulle ha ändrats, då det endast var fråga om att lägga till utvärderingskriterier som ändå inte ägde tillämpning på Morgan Stanley.

Tribunalens bedömning

- ²⁹⁷ Vad för det första avser invändningen om att osäkerheten huruvida det omtvistade beteendets karaktär av överträdelse skulle ha betraktats som en förmildrande omständighet, så kan denna inte godtas av de skäl som angetts i punkterna 250–255 ovan. Det ska nämligen erinras om att kommissionen beräknat bötesbeloppet med utgångspunkt från en period som inleds med meddelandet om invändningar. Vid denna tidpunkt kunde sökandena emellertid inte längre hysa rimliga tvivel omkring det omtvistade beteendets karaktär av överträdelse.
- ²⁹⁸ Vad för det andra avser invändningen om att kommissionens tidsutdräkt i behandlingen av ärendet också skulle ha motiverat en nedsättning av bötesbeloppet, kan den inte godtas av skäl som anges i punkterna 231–238 ovan, då tiden mellan överträdelsens

upphörande och det angripna beslutet understiger den preskriptionstid som anges i artikel 25 i förordning nr 1/2003.

- 299 För det tredje, gällande hänvisningen till det avtal som slöts med Morgan Stanley och dess antagande som Visamedlem, ska det erinras om att sökandena därigenom bringade den överträdelse som lagts dem till last att upphöra flera år efter det att kommissionen uppmärksammat dem på att deras beteende utgjorde en överträdelse. Kommissionen gjorde följaktligen en riktig bedömning när den inte satte ned sökandenas böter av detta skäl.
- 300 För det fjärde kan inte heller sökandenas invändning om att kommissionen skulle ha beaktat den omständigheten att sökandena hade ändrat regeln under det administrativa förfarandet.
- 301 Det är visserligen riktigt att sökandena ändrade regeln den 24 maj 2006. Denna ändring kan betraktas som ett svar på en av kommissionens invändningar i meddelandet om invändningar, i vilket det i punkterna 247 och 248 påpekades att regelns utformning ledde till en diskriminerande tillämpning, bland annat med avseende på begreppet konkurrent, vilket inte var tillräckligt objektivet och precist. Denna invändning tas inte heller upp i det angripna beslutet, vilket antogs efter ändringen.
- 302 Kommissionen hade emellertid ingen skyldighet över huvud taget att betrakta denna ändring av regeln som en förmildrande omständighet och sätta ned det bötesbelopp som ålagts sökandena.
- 303 Lämpligheten av en eventuell nedsättning av böterna på grund av förmildrande omständigheter enligt punkt 3 i 1998 års riktlinjer ska nämligen prövas vid en helhetsbedömning, i vilken samtliga relevanta omständigheter beaktas. Eftersom det inte finns några tvingande anvisningar i riktlinjerna vad gäller de förmildrande omständigheter som kan beaktas, anser tribunalen att kommissionen har behållit ett visst

utrymme för att skönsmässigt göra en helhetsbedömning av storleken på en eventuell nedsättning av bötesbeloppet på grund av förmildrande omständigheter (domen i det ovan i punkt 182 nämnda målet Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, punkt 275).

304 Mot bakgrund av att det omtvistade beteendet inte avser regeln som sådan lika mycket som det avser dess tillämpning på Morgan Stanley, vilket sökandena själva har medgett, och att vägran att anta Morgan Stanley som medlem har fortgått under mer än två år efter meddelandet om invändningar, kunde kommissionen underlåta att beakta sökandenas ändring av regeln. Denna ändring skedde dessutom vid en tidpunkt då det administrativa förfarandet pågått under en längre tid.

305 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser grundens andra del.

c) Grundens tredje del: Överträdelsens varaktighet

Parternas argument

306 Sökandena har ifrågasatt hur kommissionen fastställt tidpunkterna för när överträdelsen inleddes och upphörde. De anser att överträdelsen som mest varade under sju månader, mellan augusti 2005 och februari 2006. Kommissionen borde följaktligen inte ha höjt bötesbeloppet på grund av överträdelsens varaktighet.

- 307 Sökandena anser för det första att överträdelsen inte tog sin början förrän augusti 2005. De har grundat sig på den omständigheten att inträde på den aktuella marknaden nödvändigtvis skulle kräva att en konkret handlingsplan antogs. Morgan Stanley hade inte kunnat inträda på den aktuella marknaden före augusti 2005, eftersom de första bevisen som tyder på en handlingsplan är från den 20 maj 2005 och genomförandet av en sådan plan dessutom i allmänhet kräver minst tre månader.
- 308 Kommissionen gjorde således en felaktig bedömning när den ansåg att överträdelsen tog sin början i och med att marknaden stängdes den 22 mars 2000. Sökandena har även förnekat att Morgan Stanley skulle ha haft en verklig avsikt att inträda på inlösenmarknaden redan 1998. Bevisen för en sådan avsikt avser egentligen endast kortutgivningsmarknaden. Sökandena har dessutom klandrat kommissionen, bland annat för att den inte analyserat de bevis som sökandena lagt fram. Dessa bevis visar nämligen att Morgan Stanley inte hade för avsikt att inträda på den aktuella marknaden.
- 309 För det andra har sökandena, i den mån kommissionen grundat sin bedömning av överträdelsens varaktighet på Morgan Stanleys påstådda ständiga avsikt att bedriva inlösenverksamhet, hävdats att kommissionen skulle ha bevisat att en sådan avsikt förelåg under hela den period överträdelsen varade. I det angripna beslutet anges emellertid inte några bevis för denna avsikt för perioden mellan maj 2005 och den 22 september 2006. Kommissionen har således underlåtit att uppfylla sina skyldigheter såsom de angetts i förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen (REG 1994, s. II-441, punkterna 79 och 80). Kommissionen skulle under alla omständigheter ha kommit fram till att överträdelsen upphörde i februari 2006, när förhandlingarna om Morgan Stanleys medlemskap inleddes, då det sistnämnda företaget inte vid detta tillfälle gett uttryck för någon som helst avsikt att inträda på inlösenmarknaden.

- 310 Vad avser kommissionens svar att det är tillräckligt att vara Visamedlem för att få rätt att bedriva inlösenverksamhet, har sökandena påpekat att detta resonemang är felaktigt. Den centrala frågeställningen är i stället huruvida Morgan Stanley avsåg att inträda på den aktuella marknaden eller ej. Den omständigheten att Morgan Stanley inte önskade besvara sökandenas frågor i detta avseende under anslutningsförhandlingarna är således helt relevant. Sökandena har vidare påpekat att Morgan Stanley inte inträtt på den aktuella marknaden sedan detta företag blev Visamedlem.
- 311 Kommissionen anser att den inte gjort några fel när den fastställde tidpunkterna för när överträdelsen inleddes och när den upphörde.

Tribunalens bedömning

- 312 Sökandena har hävdats att fastställelsen av överträdelsens varaktighet är felaktig, eftersom Morgan Stanley inte haft för avsikt att inträda på den aktuella marknaden under hela den period som kommissionen ansett att överträdelsen pågått. Sökandena har även kritiserat kommissionen för att den inte räknat bort den tid som ett marknadsinträde med nödvändighet tar.
- 313 Kommissionen gjorde emellertid, i likhet med vad som angetts inom ramen för yrkandena om ogiltigförklaring, en riktig bedömning när den fann att Morgan Stanley utgjorde en potentiell konkurrent på den aktuella marknaden. Det omtvistade beteendet hade följaktligen till effekt att begränsa konkurrensen med avseende på Morgan Stanley under hela den tid som detta företag var utestängt från denna marknad. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den fann att överträdelsen varat under samma tid som Visa vägrat Morgan Stanley medlemskap. Då denna vägran pågått mellan den 22 mars 2000 och den 22 september 2006 har det skett en varaktig

överträdelse av konkurrensreglerna under denna period. Kommissionen gjorde således inte en felaktig bedömning när den fastställde tidpunkterna för när överträdelsen inleddes och när den upphörde.

- 314 Det finns således inte några tvivel avseende den exakta period som överträdelsen varade. Förevarande mål skiljer sig därvid från vad som var fallet i det ovan i punkt 309 nämnda målet Dunlop Slazenger mot kommissionen (punkterna 79 och 80) som åberopats av sökandena.
- 315 Talan kan inte vinna bifall såvitt avser denna grunds tredje del och följaktligen inte såvitt avser någon del av denna grund.
- 316 Mot bakgrund av vad som anförts ovan, ska samtliga yrkanden i förevarande mål ogillas.

Rättegångskostnader

- 317 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Visa Europe Ltd och Visa International Service ska ersätta rättegångskostnaderna.

Jaeger

Vadapalas

Prek

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	II - 1741
Det angripna beslutet	II - 1745
A — Definition av den relevanta marknaden	II - 1745
B — Det beteende som läggs sökandena till last	II - 1746
C — Tillämpning av artikel 81 EG	II - 1747
D — Beräkningen av bötesbeloppet	II - 1749
Förfarandet	II - 1750
Parternas yrkanden	II - 1751
Rättslig bedömning	II - 1752
A — Yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet	II - 1752
1. Inledande frågor	II - 1753
a) Huruvida vissa argument och en handling ska avvisas	II - 1753
b) Huruvida en bilaga till ansökan ska avvisas	II - 1754
2. Den andra grunden: Åsidosättande av sökandenas rätt till försvar	II - 1756
a) Parternas argument	II - 1756
b) Tribunalens bedömning	II - 1757

3. Den första och den tredje grunden: Huruvida det omtvistade beteendet begränsar konkurrensen	II - 1759
a) Den första grunden: Kommissionen har inte beaktat Morgan Stanleys möjlighet till marknadsinträde med hjälp av ett frontingsavtal ..	II - 1762
Parternas argument	II - 1762
Tribunalens bedömning	II - 1764
b) Den tredje grunden: Inverkan på konkurrensen av att Morgan Stanley skulle vara verksamt på den aktuella marknaden	II - 1772
Grundens första del: Tillämpning av ett felaktigt ekonomiskt och rättsligt kriterium	II - 1772
— Parternas argument	II - 1772
— Tribunalens bedömning	II - 1774
Grundens andra del: felaktig analys av graden av befintlig konkurrens på den aktuella marknaden	II - 1777
— Parternas argument	II - 1777
— Tribunalens bedömning	II - 1779
Grundens tredje del: Otillräcklig och felaktig analys av effekterna på konkurrensen av vägran att anta Morgan Stanley som medlem	II - 1782
— Parternas argument	II - 1782
— Tribunalens bedömning	II - 1785

B — Yrkandet om upphävande eller minskning av bötesbeloppet	II - 1794
1. Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning vad avser åläggande av böter	II - 1794
a) Grundens första del: Åsidosättande av principen om likabehandling och rättssäkerhetsprincipen samt bristfällig motivering	II - 1795
Parternas argument	II - 1795
Tribunalens bedömning	II - 1797
b) Grundens andra del: Åsidosättande av skyldigheten att anta det angripna beslutet inom en rimlig tidsfrist	II - 1801
Parternas argument	II - 1801
Tribunalens bedömning	II - 1803
c) Grundens tredje del: Osäkerheten huruvida det omtvistade beteendet utgjorde en överträdelse har inte beaktats	II - 1805
Parternas argument	II - 1805
Tribunalens bedömning	II - 1807
2. Den femte grunden: Felaktig rättstillämpning och en oriktig bedömning vid beräkningen av bötesbeloppet	II - 1809
a) Grundens första del: Fastställande av grundbeloppet för böterna	II - 1810
Överträdelsens karaktär	II - 1810
— Parternas argument	II - 1810
— Tribunalens bedömning	II - 1811

Grundbeloppet för böterna	II - 1815
— Parternas argument	II - 1815
— Tribunalens bedömning	II - 1816
b) Grundens andra del: Förmildrande omständigheter	II - 1818
Parternas argument	II - 1818
Tribunalens bedömning	II - 1819
c) Grundens tredje del: Överträdelsens varaktighet	II - 1821
Parternas argument	II - 1821
Tribunalens bedömning	II - 1823
Rättegångskostnader	II - 1824