

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)

den 27 september 2006 *

I de förenade målen T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP,

Dresdner Bank AG, Frankfurt am Main (Tyskland), företrätt av advokaterna M. Hirsch och W. Bosch,

Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, tidigare Vereins- und Westbank AG, München (Tyskland), inledningsvis företrätt av advokaterna J. Schulte, M. Ewen och A. Neus, därefter av advokaterna W. Knapp, T. Müller-Ibold och C. Feddersen,

Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, München, inledningsvis företrätt av advokaterna W. Knapp, T. Müller-Ibold och B. Bergmann, därefter av advokaterna W. Knapp, T. Müller-Ibold, och C. Feddersen,

DVB Bank AG, tidigare Deutsche Verkehrsbank AG, Frankfurt am Main, företrätt av advokaterna M. Klusmann och F. Wiemer,

* Rättegångspråk: tyska.

Commerzbank AG, Frankfurt am Main, företrätt av advokaterna H. Satzky och B. Maassen,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av T. Christoforou, A. Nijenhuis och M. Schneider, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående kommissionens ansökan om återvinning av förstainstansrättens treds-kodomar som meddelades den 14 oktober 2004 i mål T-44/02, Dresdner Bank mot kommissionen och i mål T-54/02, Vereins- und Westbank mot kommissionen (ej publicerade i rättsfallssamlingen), i mål T-56/02, Bayerische Hypo- und Vereinsbank mot kommissionen (REG 2004, s. II-3495), och i målen T-60/02, Deutsche Verkehrsbank mot kommissionen och T-61/02, Commerzbank mot kommissionen (ej publicerade i rättsfallssamlingen),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna P. Lindh och V. Vadapalas,
justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 31 maj 2006,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Förevarande mål rör kommissionens beslut 2003/25/EG av den 11 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 EG (ärende COMP/E-1/37.919 (f.d. 37.391) — Bankavgifter för växling av valutor från euroområdet — Tyskland (EGT L 15, 2003, s. 1)) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

- 2 Bland tjänsterna för valutaväxling skall det göras åtskillnad mellan dels omräkning av giromedel, dels växling av mynt och sedlar, eller "kontantväxling". Den sistnämnda typen av tjänst, vilken är den enda som är relevant för förevarande talan, kan vidare delas in i två kategorier; för det första, kontantväxling i stor omfattning som gör det möjligt för banker att växla stora sedelkvantiteter (nedan kallat kontantväxling mellan banker) och, för det andra, kontantväxling i detalj, som är riktad till enskilda och som avser små sedelkvantiteter.

- 3 Innan euron infördes fakturerades i Tyskland i allmänhet inte avgiften för kontantväxlingen separat. Priset för denna tjänst var inkluderat i de kurser till vilka kreditinstituten och växlingskontoren köpte och sålde valutorna till sina kunder. Vid köp understeg den tillämpade kursen referenskursen på marknaden, och vid försäljning överskred den denna kurs (punkt 38 i det omtvistade beslutet). Denna skillnad i förhållande till marknadskursen kallas ibland för "spread".

- 4 I början av år 1999 inledde kommissionen ett granskningsförfarande beträffande omkring 150 banker, däribland sökandena, etablerade i sju medlemsstater, nämligen i Belgien, Tyskland, Irland, Nederländerna, Österrike, Portugal och Finland. Kommissionen misstänkte att dessa banker samverkade för att under övergångsperioden mellan den 1 januari 1999, då euron infördes som gemensam valuta, och den 1 januari 2002, då sedlar och mynt som anges i euro sattes i omlopp (nedan kallad övergångsperioden), fastställa avgifterna för kontantväxling för valutorna från vissa av de medlemsstater som deltar i euroområdet. Även om kommissionen först inledde förfarandet som ett ärende, fortsatte den sin granskning genom att inleda skilda förfaranden avseende frågan om samverkan inom de berörda medlemsstaterna.
- 5 Från den 8 februari 1999 begärde kommissionen upplysningar av tre tyska banksammanslutningar i enlighet med artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), huvudsakligen avseende avgiften för kontantväxling.
- 6 Den 16 och den 17 februari 1999 utförde kommissionen inspektioner vid Dresdner Banks och Deutsche Banks huvudkontor i Frankfurt-am-Main.
- 7 Den 19 oktober 1999 sände kommissionen en enkät till omkring 240 banker i euroområdet och anmodade dem, med stöd av artikel 11 i förordning nr 17, att tillhandahålla uppgifter om de växlingsprovisioner som de tog ut före och efter införandet av euron. Denna enkät skickades till 42 tyska banker, däribland till de banker som det omtvistade beslutet är riktat till (punkterna 22–24 i det omtvistade beslutet).
- 8 Den 20 och den 21 oktober 1999 genomförde kommissionen inspektioner i Nederländerna, vid huvudkontoret för GWK Bank (nedan kallad GWK) (punkt 21 i det omtvistade beslutet).

9 Genom skrivelser av den 3 och den 10 augusti 2000, skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till följande banker:

- Commerzbank,
- Deutsche Verkehrsbank (DVB),
- Bayerische Hypo- und Vereinsbank (HVB),
- Reisebank,
- Dresdner Bank,
- Vereins- under Westbank (VUW)
- Bayerische Landesbank Girozentrale,
- SEB Bank (tidigare kallad BfG),
- Hamburgische Landesbank Girozentrale,
- Westdeutsche Landesbank Girozentrale (West LB),
- Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale, och
- GWK och dess moderbolag Fortis NV, Fortis Services Nederland NV, och Fortis Bank Nederland NV.

- 10 Den 1 och den 2 februari 2001 hörde förhørsombudet mottagarna av meddelandet om invändningar.
- 11 Den 11 december 2001 antog kommissionen det omtvistade beslutet.
- 12 Enligt det omtvistade beslutet (punkt 2), hade de banker som deltog i det möte som hölls den 15 oktober 1997 i DVB:s lokaler i Frankfurt-am-Main (nedan kallat mötet den 15 oktober 1997) kommit överens om att ta ut en provision på ungefär 3 procent på köp och försäljning av sedlar från euroområdet under övergångsperioden.
- 13 Det skall ha varit GWK som tog initiativet till detta möte. I det omtvistade beslutet påpekas nämligen att denna bank, under ett möte den 29 april 1997, uppmuntrade Reisebank att inleda diskussioner med andra tyska banker, med det huvudsakliga syftet att försäkra sig om att Deutsche Bundesbank, Tysklands centralbank, inte skulle erbjuda konsumenterna avgiftsfri kontantväxling (punkterna 60 och 63–68 i det omtvistade beslutet).
- 14 Enligt det omtvistade beslutet (punkt 62) finns de skriftliga bevisen för överträdelsen i de rapporter över möten och telefonsamtal som hittades vid inspektionerna i GWK:s lokaler, särskilt rapporterna från mötet den 15 oktober 1997, som upprättats av en anställd vid GWK (nedan kallat GWK-rapporten), och av en anställd vid Commerzbank (nedan kallad Commerzbank-rapporten).

- 15 I det omtvistade beslutet noterade kommissionen inledningsvis att deltagarna hade kommit överens om att informera Deutsche Bundesbank om att de från den 1 januari 1999 "skulle växla sedlar från euroområdet till de låsta växelkurserna och ta ut en särskild provision" (punkt 88 i det omtvistade beslutet).
- 16 Kommissionen påpekade därefter (punkt 89 i det omtvistade beslutet) att eftersom deltagarna i mötet den 15 oktober 1997, inte hade kunnat enas om en enhetlig prissättning "[satte de] själva upp det gemensamma målet att ersätta växelkursmarginalerna med en eller flera procentuella provisionssatser i syfte att återfå 90% av den förlorade inkomsten från växelkursmarginaler. Det skulle innebära en övergripande provision på ca 3%." Med Commerzbank-rapporten som grund gjorde kommissionen gällande "att det rådde samförstånd om att använda fasta växelkurser för valutorna från euroområdet (dvs. inga köp- och säljkurser) tillsammans med avgifter som skulle beräknas som en provision uttryckt i procent" (punkt 95 i det omtvistade beslutet).
- 17 Slutligen ansåg kommissionen att både GWK-rapporten och Commerzbank-rapporten visade på förekomsten av en överenskommelse avseende avgifterna för kontantväxling i form av en provision uttryckt i en procentandel av det växlade beloppet. I Commerzbank-rapporten nämns inte storleken på denna provision, till skillnad från i GWK-rapporten, i vilken 3 procent anges som en ungefärlig siffra. Kommissionen beaktade emellertid den omständigheten att Bayerische Landesbank Girozentrale, under hearingen den 1 och den 2 februari 2001, försäkrade att dess representant på mötet den 15 oktober 1997 hade erinrat om att "vissa representanter för enskilda banker hade nämnt vissa siffror, och de låg någonstans mellan 2 och 4 procent", även om denne representant inte hade något minne av siffran 3 procent (punkt 96 i det omtvistade beslutet).
- 18 På grundval av dessa omständigheter ansåg kommissionen att "de banker som deltog [i] mötet den 15 oktober 1997 hade kommit överens om att införa en övergripande

provision på cirka 3% (för att återfå 90% av förlorad inkomst) efter den 1 januari 1999” och att detta avtal ”hade både till syfte och som resultat att begränsa konkurrensen inom gemenskapen” (punkterna 120 och 128 i det omtvistade beslutet). Detta avtal hade ingåtts för att gälla under övergångsperioden (punkt 173 i det omtvistade beslutet).

- 19 Enligt artikel 1 i det omtvistade beslutet har Commerzbank, Dresdner Bank, HVB, DVB och VUW överträtt artikel 81 EG, ”genom att delta i ett avtal vars syfte var att fastställa a) sättet att ta ut avgifter för växling av sedlar från euroområdet (dvs. en procentuell provision) och b) en riktnivå på cirka 3% (för att återfå 90% av inkomstbortfallet på grund av avskaffandet av den så kallade spreaden [skillnaden mellan köp- och säljkurser]) under ... övergångsperiod[en]”.
- 20 Kommissionen ansåg att det rörde sig om en allvarlig överträdelse med en varaktighet på ungefär fyra år och ålade följande böter (artikel 3 i det omtvistade beslutet):

Commerzbank	28 000 000 euro
Dresdner Bank	28 000 000 euro
HVB	28 000 000 euro
DVB	14 000 000 euro
VUW	2 800 000 euro

Förfarandet

- 21 Dresdner Bank, VUW, HVB, DVB och Commerzbank väckte genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli mellan den 26 februari och den 1 mars 2002 talan mot det omtvistade beslutet (mål T-44/02, T-54/02, T-56/02, T-60/02 och T-61/02).

- 22 Kommissionen inkom, efter att ha delgivits ansökan, inte med något svaromål inom den fastställda fristen. Genom skrivelser som inkom till kansliet mellan den 25 juni och den 2 juli 2002 begärde sökandena att förstainstansrätten skulle bifalla dess talan genom tredskodom, med stöd av artikel 122.1 i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 23 Förstainstansrätten ogiltigförklarade, genom tredskodomar som meddelades den 14 oktober 2004 (nedan kallade tredskodomarna), det omtvistade beslutet i den utsträckning det avsåg var och en av sökandena. Förstainstansrätten drog slutsatsen, mot bakgrund av ansökningarna, att kommissionen inte med tillräcklig säkerhet hade bevisat förekomsten av det avtal som den påstod föreligga, och som rör såväl prissättningen för kontantväxling av valutor som deras avgiftsstrukturer. Förstainstansrätten ansåg att talan skulle vinna bifall på de grunderna att kommissionen felaktigt har fastställt sakförhållandena och att de indicier som anförts mot sökandena saknar erforderligt bevisvärde, utan att pröva övriga grunder som åberopats till stöd för talan.
- 24 Genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli mellan den 27 november och den 4 december 2004 har kommissionen ansökt om återvinning av tredskodomarna i enlighet med artikel 122.4 i rättegångsreglerna.
- 25 Den 14 januari 2005 slogs VUW samman med HVB, som därmed övertog VUW:s rättigheter i mål T-54/02 OP.
- 26 Genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli mellan den 11 och den 21 februari 2005 inkom sökandena med skriftliga yttranden avseende ansökan om återvinning i enlighet med artikel 122.5 i rättegångsreglerna.

- 27 Genom beslut av den 12 juli 2005 förenades, sedan parterna hörts, målen T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP vad gäller det muntliga förfarandet och domen, i enlighet med artikel 50 i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 28 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade parterna att, såsom åtgärd för processledning, svara på vissa frågor. Parterna efterkom förstainstansrättens begäran.
- 29 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 31 maj.

Parternas yrkanden

- 30 Kommissionen har i alla målen yrkat att förstainstansrätten skall:
- upphäva tredskodomarna,

 - ogilla talan i dess helhet, och

 - förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive dem som avser återvinningsförfarandet.

31 Dresdner Bank har i mål T-44/02 OP yrkat att förstainstansrätten skall:

- avslå ansökan om återvinning och fastställa tredskodomen, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive dem som avser återvinningsförfarandet.

32 HVB har i målen T-54/02 OP och T-56/02 OP yrkat att förstainstansrätten skall:

- fastställa tredskodomarna,
- avslå ansökningarna om återvinning, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive dem som avser återvinningsförfarandet.

33 DVB har, efter att ha klargjort innebörden av sina inlagor under förhandlingen, i mål T-60/02 OP yrkat att förstainstansrätten skall:

- delvis avvisa ansökan om återvinning,

- avslå ansökan om återvinning, och

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive dem som avser återvinningsförfarandet.

34 Commerzbank har i mål T-61/02 OP yrkat att förstainstansrätten skall:

- avslå ansökan om återvinning, och

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

I — *Förfarandet om återvinning*

35 Kommissionen har, till stöd för sina yrkanden om upphävande av tredskodomarna, gjort flera invändningar avseende de förhållanden under vilka förstainstansrätten har utövat sin kontroll, särskilt vad gäller kraven avseende förebringande av bevisning.

36 HVB har i målen T-54/02 OP och T-56/02 OP gjort gällande att kommissionen har missbedömt återvinningsförfarandets art, då detta inte syftar till att rätta rättsliga felaktigheter som påverkar tredskodomarna.

- 37 Kommissionen ombads att klargöra innehållet i sina inlagor vid förhandlingen, och gjorde därvid gällande att yrkandena om upphävande av tredskodomarna skall tolkas så att förstainstansrätten skall omvärdera dessa domar mot bakgrund av ansökningarna om återvinning. Förstainstansrätten tog detta klargörande i beaktande efter att ha hört sökandena.
- 38 Efter att kommissionen hade klargjort innebörden av sina yrkanden, ansåg förstainstansrätten att det inte längre var nödvändigt att uttala sig om HVB:s invändningar avseende återvinningsförfarandets syfte.
- 39 DVB och Commerzbank har dessutom gjort gällande att ansökan om återvinning inte kan tas upp till prövning i dess helhet. Kommissionen har försökt utvidga föremålet för talan genom att svara på andra grunder än dem som förstainstansrätten har uttalat sig om i tredskodomarna. Bolagen anser att ansökan om återvinning skall begränsas till att bemöta de grunder som har varit föremål för bedömning i tredskodomarna.
- 40 DVB och Commerzbank har för det första gjort gällande att varje grund som den tredskande parten inte åberopat inom denna tidsfrist, har åberopats för sent och skall därför inte prövas i enlighet med artikel 48.2 i rättegångsreglerna.
- 41 Bolagen har för det andra gjort gällande att förfarandet med tredskodom utgör en sanktionsåtgärd mot den tredskande parten och syftar inte till att ge vederbörande en andra chans. I detta avseende har DVB klargjort att för det fall att förstainstansrätten upphäver tredskodomarna, bör den även bedöma de andra grunderna för talan utan att beakta den tredskande partens argumentering avseende dessa. Varje annan lösning skulle innebära att den tredskande parten favoriseras, eftersom vederbörande ges avsevärd tid att förbereda sitt försvar efter att ha tagit del av förstainstansrättens bedömning av saken.

42 Kommissionen ifrågasatte denna tolkning vid förhandlingen.

43 Förstainstansrätten betonar att återvinningsförfarandet i artikel 122.4 i rättegångsreglerna syftar till att ge rätten en ny möjlighet att bedöma saken enligt ett kontradiktoriskt förfarande utan att vara bunden av tredskodomen. I avsaknad av bestämmelser i rättegångsreglerna i vilka motsatsen föreskrivs kan den part som ansökt om återvinning i princip argumentera fritt, utan att vara begränsad till att bemöta domskälen i tredskodomen.

44 Med beaktande av syftet med återvinningsförfarandet, skall förbudet mot återopande av nya grunder under förfarandet i artikel 48.2 i rättegångsreglerna, i motsats till vad DVB och Commerzbank har påstått, inte tolkas som ett förbud för den part som ansökt om återvinning att återropa grunder som vederbörande kunde ha återopat redan i sitt svaromål. En sådan tolkning av artikel 48.2 i rättegångsreglerna skulle, som kommissionen med rätta har anfört, vara meningslös, eftersom den skulle kunna medföra en risk att förfarandet hamnar i ett dödläge i det fall att ansökan om återvinning skulle bifallas. Förstainstansrätten anser att den inte kan bekräfta den bedömning som gjorts i tredskodomen, enligt vilken en av grunderna skall godtas, och därmed inte heller kan bedöma övriga grunder för talan med iakttagande av principerna för ett kontradiktoriskt förfarande.

45 Ansökan om återvinning skall därför tas upp till prövning.

II — Kortfattad framställning av grunderna för talan

46 Sökandena har i första hand bestritt att artikel 81 EG har åsidosatts. De har bestritt förekomsten av ett avtal om prissättning och om avgiftsstrukturen för kontantväx-

ling och har åberopat ett flertal felaktigheter och materiella oriktigheter som påverkat kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna, särskilt att det skulle föreligga en gemensam vilja i dessa avseenden.

- 47 Sökandena har gjort gällande att kriterierna för tillämpning av artikel 81 EG inte är uppfyllda, i den bemärkelsen att avtalet som påstås föreligga saknar konkurrensbegränsande verkan och inte påverkar handeln mellan medlemsstater.
- 48 Sökandena har även ifrågasatt det administrativa förfarandets förlopp. De har i detta avseende åberopat ett flertal åsidosättanden av rätten till försvar, särskilt gällande rätten att yttra sig. De anser att kommissionen endast utrett omständigheter som är till sökandenas nackdel, i strid med principen om oskuldspresumtion.
- 49 HVB och DVB har i målen T-54/02 OP, T-56/02 OP och T-60/02 OP gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till maktmissbruk.
- 50 HVB har i mål T-56/02 OP ifrågasatt de omständigheter enligt vilka kommissionen har tillskrivit bolaget ansvar för VUW:s handlande.
- 51 Sökandena har ifrågasatt kommissionens beslut att inte fortsätta förfarandet gentemot vissa av mottagarna av meddelandet om invändningar — särskilt initiativtagaren till mötet den 15 oktober 1997 — som kompensation för deras utfästelse att sänka priserna. Utöver den omständigheten att vissa av sökandena har ställt sig frågande till om kommissionen är behörig att anta sådana beslut, har de gjort gällande att kommissionen har agerat på ett icke-transparent, godtyckligt och diskriminerande sätt.

- 52 Slutligen har sökandena i andra hand yrkat att böterna skall ogiltigförklaras eller sättas ned, därför att riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) och proportionalitetsprincipen har åsidosatts.

III — *Förekomsten av ett konkurrensbegränsande avtal*

A — *Inledande synpunkter*

- 53 Enligt fast rättspraxis är det tillräckligt, för att ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG skall anses föreligga, att de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 256, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, och av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen, REG 2000, s. II-3383, punkt 67, se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 112, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, och av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkt 86, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345).
- 54 Vad gäller formen för att uttrycka denna gemensamma vilja räcker det att en bestämmelse ger uttryck för parternas vilja att agera på marknaden i enlighet med dess ordalydelse (domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 68, se, för ett liknande resonemang, dom i det ovannämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, och dom i de ovannämnda förenade målen Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 86).
- 55 Begreppet avtal, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, sådant det har tolkats i rättspraxis, förutsätter att det föreligger en gemensam vilja hos minst två parter, där uttrycksformen inte har någon betydelse så länge den utgör ett troget uttryck för parternas vilja (domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 69).

- 56 Det skall i förevarande fall undersökas huruvida sökandena med framgång kan ifrågasätta de omständigheter på grundval av vilka kommissionen har konstaterat att det förelåg en gemensam vilja hos deltagarna i mötet den 15 oktober 1997 om fastställande av storleken på och avgiftsstrukturerna för kontantväxlingsprovisioner.

B — *Förebringande av bevisning och domstolsprövningens omfattning*

- 57 Sökandena har gjort gällande att de vid mötet den 15 oktober 1997 inte kommit överens om vare sig växlingsprovisionens nivå eller strukturen. De anser att kommissionen inte förebringat bevisning som stödjer de omständigheter på vilka den grundat sin slutsats att ett åsidosättande föreligger.
- 58 Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten, för att kunna tolka ett beslut som antagits med stöd av artikel 81 EG, skall beakta beslutets ordalydelse men även dess sammanhang och syften, i enlighet med principen om ändamålsenlig verkan (domstolens dom av den 21 februari 1984 i mål 337/82, St. Nikolaus Brenneri, REG 1984, s. 1051 punkt 10, av den 30 juli 1996 i mål C-84/95, Bosphorus, REG 1996, s. I-3953, punkt 11, och av den 18 november 1999 i mål C-151/98 P, Pharos mot kommissionen, REG 1999, s. I-8157, punkt 19). Detta är än mer nödvändigt eftersom den konkurrensbegränsande samverkan som är förbjuden enligt artikel 81 EG ofta har genomförts i hemlighet, vilket medför att dess förekomst enbart kan fastställas mot bakgrund av ett flertal faktorer bedömda tillsammans (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 55, och generaladvokaten Colomers förslag till avgörande i mål C-338/00 P, Volkswagen mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 18 september 2003, REG 2003 s. I-9189, I-9193). Förstainstansrätten kan alltså inte gå så långt som att kräva att den skriftliga bevisning som beaktats i det omtvistade beslutet utgör ett "ovedersägligt bevis" för en överträdelse. Enligt rättspraxis räcker det att tillräcklig bevisning föreligger (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-337/94, Enso-Gutzeit mot kommissionen, REG 1998, s. II-1571, punkterna 94 och 153). Det kan utslutas att kommissionen gjort en uppenbart felaktig bedömning om kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna är mer trolig än den som sökandena har föreslagit.

- 59 Förstainstansrätten påpekar, beträffande bevisningen för en överträdelse av artikel 81.1 EG, att kommissionen skall förebrija bevisning för de överträdelser som den har konstaterat och fastställa vilken bevisning som krävs för att på ett tillräckligt sätt visa att de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse förelegat (domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 58, och av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 86).
- 60 Om rätten anser att det föreligger tvivel skall företräde ges åt den lösning som gynnar det företag till vilket beslutet om fastställelse av överträdelsen riktas. Rätten får således inte fastställa att kommissionen styrkt förekomsten av den ifrågavarande överträdelsen om denna fråga enligt rätten fortfarande är föremål för tvivel, särskilt i samband med talan om ogiltigförklaring av ett beslut om påförande av böter.
- 61 I den sistnämnda situationen är det nödvändigt att beakta principen om oskuldspresumtion, som bland annat följer av artikel 6.2 i Europakonventionen och som utgör en del av de grundläggande rättigheterna som enligt domstolens rättspraxis ingår i gemenskapsrättens allmänna principer, vilket dessutom bekräftas i ingressen till Europeiska enhetsakten och i artikel 6.2 EU. Med hänsyn till arten av de ifrågavarande överträdelserna och svårighetsgraden av de därtill knutna sanktionsåtgärderna, skall principen om oskuldspresumtion tillämpas i bland annat förfaranden rörande åsidosättanden av konkurrensregler som gäller företag och som kan leda till ålägganden av böter eller viten (se domstolens domar av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen, REG 1999, s. I-4287, punkterna 149 och 150, och i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen, REG 1999, s. I-4539, punkterna 175 och 176).
- 62 Det är alltså nödvändigt att kommissionen förebrijar exakt och samstämmig bevisning för att styrka överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

- 63 Det är emellertid viktigt att betona att varje del av den bevisning som kommissionen åberopat inte nödvändigtvis måste motsvara dessa kriterier med avseende på varje del av överträdelsen. Det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla indicier som institutionen åberopat motsvarar detta krav (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, kallade PVC II, REG 1999, s. II-931, punkterna 768–778, särskilt punkt 777, vilken i det relevanta hänseendet efter överklagande fastställts av domstolen i dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P, och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkterna 513–523).
- 64 Med beaktande av att förbudet mot konkurrensbegränsande avtal är tvingande, kan det inte krävas att kommissionen skall förebringa bevisning som på ett uttryckligt sätt påvisar att de berörda aktörerna varit i kontakt med varandra. Den fragmentariska och utspridda bevisning som kommissionen kan ha till handa bör i vilket fall som helst kunna kompletteras med slutsatser som möjliggör en rekonstruktion av de relevanta omständigheterna.
- 65 Förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal kan alltså härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans, när annan hållbar förklaring saknas, kan utgöra bevisning för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett (domen i de ovannämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 55–57).
- 66 Det bör betonas, vad gäller beskaffenheten av gemenskapsdomstolens kontroll, att det föreligger en väsentlig skillnad mellan de uppgifter och konstateranden av faktiska omständigheter, å ena sidan, vilka domstolen kan anse vara oriktiga mot bakgrund av argument och bevis som förelagts den, och ekonomiska bedömningar, å andra sidan (förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen, REG 2005, s. II-5575, punkt 62).

67 Även om förstainstansrätten inte skall ersätta kommissionens bedömning avseende ekonomiska frågor med sin egen, skall den inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som skall beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (domstolens dom av den 15 februari 2005 i mål C-12/03 P, kommissionen mot Tetra Laval, REG 2005, s. I-987, punkt 39).

C — Avtalet om storleken på växlingsprovisionerna

1. Parternas argument

68 Sökandena har förnekat att det skulle ha skett någon samordning av priser avseende provisioner för kontantväxling i detaljhandeln vid mötet den 15 oktober 1997, och har vidare ifrågasatt bevisvärdet av de omständigheter som kommissionen har åberopat. De har gjort gällande att mötet hade till syfte att undanröja vissa tvivel rörande bestämmelser och tekniska frågor i samband med övergången till euron, vilka i huvudsak rörde kontantväxling mellan bankerna. Sökandena har vidare hävdad att det avtal som kommissionen ansåg föreligga skulle vara meningslöst. Det är orimligt att anse att banker som enbart innehar en obetydlig marknadsandel skulle ha försökt att sluta ett avtal som avsåg att fastställa priser för växling under övergångsperioden, mer än ett år före dess början.

69 Kommissionen anser att den har visat att ett horisontellt avtal om prissättning förelåg. Bankerna som deltog i mötet den 15 oktober 1997 kom överens om att låta sina kunder betala för kontantväxling för att undvika att vissa banker skulle erbjuda dessa tjänster avgiftsfritt. De enades därför om principerna för ersättning för dessa tjänster, vilka ligger till grund för de två avtal som avses i det omtvistade beslutet. Överträdelsen kom till inför hotet att Deutsche Bundesbank, Deutsche Bank och

andra affärsbanker skulle erbjuda allmänheten avgiftsfri kontantväxling. För att bemöta detta hot försökte GWK att övertala de tyska bankerna att inte erbjuda kontantväxling avgiftsfritt och tog i detta hänseende kontakt med Reisebank (punkterna 58–97 och 108–111 i det omtvistade beslutet).

- 70 Kommissionen har under förhandlingen förklarat att överträdelsen även kan betraktas som ett resultat av samförståndet mellan tre av de fyra viktigaste tyska universalbankerna som svar på det hot som innebar att deras huvudsakliga konkurrent, Deutsche Bank, skulle erbjuda avgiftsfri kontantväxling under övergångsperioden. Med beaktande av de fyra bankernas ekonomiska tyngd och förmånliga ställning på den tyska marknaden, skulle ett avtal mellan Dresdner Bank, HVB och Commerzbank, enligt vilket kontantväxling inte skall vara avgiftsfri, ur denna synvinkel, utgjort ett incitament till andra aktörer att anta samma beteende på marknaden.
- 71 Bankerna ingick på detta sätt ett avtal om principen om ersättning för kontantväxling, som ligger till grund för de två avtal som avses i det omtvistade beslutet. Efter att ha enats om principen om ersättning skulle bankerna nämligen ha haft allt intresse av att även komma överens om avgiftsstrukturen och priset för dessa tjänster. Avtalen rörande avgiftsstrukturen för växlingsprovisioner och fastställande av dess storlek har ett konkurrensbegränsande syfte. Avtalet i fråga omfattas därför av förbudet i artikel 81.1 EG, utan att det är nödvändigt att bedöma dess verkan på konkurrensen.
- 72 Vid sidan av den skriftliga bevisningen avseende de diskussioner som ägde rum vid mötet den 15 oktober 1997, följer förekomsten av detta avtal från det allmänna sammanhang i vilket mötet ägde rum. Kommissionen har särskilt påpekat att bevisningen avseende förebereelserna av mötet den 15 oktober 1997 skall ges en stor betydelse. Vad gäller det rättsliga sammanhanget anser kommissionen att den

osäkerhet som kunde ha förelegat avsåg några tekniska frågor som följde av eurons införande. Denna osäkerhet kan emellertid inte rättfärdiga en konkurrensbegränsande samverkan beträffande prisnivån.

- 73 Sökandena har invänt att ståndpunkten om förekomsten av ett avtal rörande principen om ersättning för kontantväxling inte har presenterats i det omtvistade beslutet. Den har i stället för första gången utvecklats av kommissionen i dess ansökan om återvinning och klargjorts vid förhandlingen. Kommissionen kan inte på detta sätt i efterhand ändra det omtvistade beslutet. HVB (målen T-54/02 OP och T-56/02 OP) och DVB (mål T-60/02 OP) anser att det är fråga om ett nytt argument som inte kan tas upp till prövning.

2. Förstainstansrättens bedömning

a) Tolkning av det omtvistade beslutet och förekomsten av en överträdelse som består i ett avtal avseende principen att kontantväxling inte skall vara avgiftsfri

- 74 Det bör således tas ställning till om det omtvistade beslutet, som kommissionen har påstått, inte enbart avser ett avtal om fastställelse av storleken på provisionen och dess avgiftsstruktur, utan även ett andra avtal, underordnat det första, vars syfte är att omöjliggöra att kontantväxling utförs avgiftsfritt mellan deltagarna under övergångsperioden.

- 75 Enligt artikel 1 i det omtvistade beslutet består överträdelsen i att sökandena har deltagit i "ett avtal vars syfte var att fastställa a) sättet att ta ut avgifter för växling av sedlar från euroområdet (dvs. en procentuell provision) och b) en riktnivå på cirka 3% (för att återfå 90% av inkomstbortfallet på grund av avskaffandet av den så

kallade spreaden [skillnaden mellan köp- och säljkurser]) under den övergångsperiod som inleddes den 1 januari 1999”. Artikeldelen i det omtvistade beslutet hänvisar alltså ingalunda till något avtal om principen för ersättning eller mer exakt om principen att kontantväxling inte skall vara avgiftsfri.

- 76 Inte heller skälen i det omtvistade beslutet innehåller någon bedömning som gör det möjligt att fastställa att kommissionen har ansett att ett avtal som har ett sådant syfte utgör en överträdelse av artikel 81 EG. I sina inlagor har kommissionen emellertid betonat att det aktuella avtalet utgör en överträdelse därför att de banker som deltog i mötet den 15 oktober 1997 hade kommit överens om att ta ut en provision uttryckt i procent, vilket tydligt följer av punkt 115 i det omtvistade beslutet. Denna punkt har emellertid följande lydelse:

”Det var inte en naturlig eller logisk åtgärd att varje bank självständigt skulle omvandla växelkursmarginalen till en procentuell provision. Det förefaller faktiskt som om Deutsche Bank inledningsvis övervägde en avgiftsfri tjänst. Under alla omständigheter är frågan inte vad som är eller inte är den ekonomiskt mest rationella avgiftsstrukturen, utan huruvida det fanns ett avtal mellan bankerna om avgiftsstrukturen.”

- 77 Förstainstansrätten konstaterar att det av denna del av skälen inte på något sätt kan utläsas att skälen avser ett avtal avseende principen att kontantväxling inte skall vara avgiftsfri. Kommissionen har, under förhandlingen, för övrigt inte kunnat meddela förstainstansrätten vilka punkter i det omtvistade beslutet som eventuellt skulle kunna utgöra stöd för ståndpunkten att ett sådant avtal föreligger. Förstainstansrätten konstaterar att om det antas att kommissionen indirekt, i det omtvistade beslutet, ville stå fast vid ståndpunkten att det fanns ett avtal enligt vilket kontantväxling inte skall vara avgiftsfri, är det omtvistade beslutets motivering i detta avseende i vilket fall som helst enligt artikel 253 EG inte tillräckligt utförlig för att de som beslutet riktas till skall kunna få kännedom om skälen för det fattade beslutet och för att gemenskapsdomstolen skall kunna ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt.

78 Kommissionen kan inte ändra föremålet för ett beslut med stöd av senare skriftliga eller muntliga förklaringar då beslutet är föremål för en talan vid gemenskapsdomstolen (se förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i mål T-16/91, Rendo m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1827, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

79 Kommissionen kan alltså inte med framgång göra gällande förekomsten av ett avtal som utgör en överträdelse, och som inte uttryckligen har beaktats i det omtvistade beslutet och över vilket sökandena inte haft möjlighet att yttra sig i enlighet med rätten till försvar.

80 Vidare ankommer det inte på förstainstansrätten att ta på sig kommissionens roll och på eget initiativ undersöka huruvida det i förevarande fall föreligger ett avtal avseende principen att kontantväxling inte skall vara avgiftsfri.

81 Mot denna bakgrund skall kommissionens påståenden i detta avseende inte godtas.

b) Bevisning avseende ett avtal om storleken på växlingsprovisionerna

82 Argumenteringen och bevisningen avseende de omständigheter som rör mötet den 15 oktober 1997 skall bedömas före de direkta bevisen avseende diskussionerna under mötet och kommissionens invändningar angående det aktuella avtalets genomförande.

Bevisning avseende sammanhanget för mötet den 15 oktober 1997

— Marknadsandelarna för de banker som deltog i mötet den 15 oktober 1997

- 83 Dresdner Bank, Commerzbank, VUW och HVB har i huvudsak gjort gällande att, under förutsättning att kommissionen på ett riktigt sätt har definierat den relevanta marknaden, de sammanlagda marknadsandelarna för deltagarna i mötet den 15 oktober 1997 rejält underskriver uppskattningen på mellan 70 och 80 procent som följer av GWK-rapporten och som återfinns i punkt 87 i det omtvistade beslutet. De anser att det, i avsaknad av den ekonomiska styrka som krävs för att påverka marknaden och sluta avtal om prissättning, inte finns något stöd för ståndpunkten att ett horisontellt avtal om prissättning förelåg.
- 84 Kommissionen har gjort gällande att eftersom avtalet i fråga har ett konkurrensbegränsande syfte, behövde den inte bedöma vare sig sökandenas marknadsandelar eller detta avtals verkan på marknaden. Sökandenas argumentering avseende marknadsandelar saknar därför relevans.
- 85 Förstainstansrätten framhåller att argumenten avseende utvärderingen av marknadsandelarna rör förekomsten av ett horisontellt avtal om prissättning i den utsträckning som avsaknaden av en tillräcklig marknadsstyrka gör ett sådant avtal mindre troligt. Dessa argument gäller även, indirekt, trovärdigheten av GWK-rapporten, vilken har ifrågasatts av sökandena och kommer att undersökas nedan. Det skall därför undersökas om dessa argument, vilka inte kan anses sakna relevans, är välgrundade.

- 86 Kommission har, i sitt meddelande om invändningar, för det första använt sig av den värdering av marknadsandelarna för deltagarna i mötet den 15 oktober 1997 på mellan 70 och 80 procent (meddelandet om invändningar, punkt 79) som gjorts i GWK-rapporten. För det andra har kommissionen, med stöd av sin undersökning, konstaterat att fem banker (Deutsche Bank, Hypo Vereinsbank, Dresdner Bank, Commerzbank och Hamburger Sparkasse) tillsammans innehade 65 procent av marknaden för kontantväxling. Till följd av att sökandena bestred dessa uppgifter under det administrativa förfarandet, innehåller det omtvistade beslutet ingen tydlig värdering av marknadsandelarna för adressaterna av det omtvistade beslutet eller för deltagarna i mötet den 15 oktober 1997. Kommissionen har emellertid i punkt 87 i det omtvistade beslutet hänvisat till GWK-rapporten enligt vilken "[d]e banker som var närvarande [vid mötet den 15 oktober 1997] representerade mellan 70% och 80% av den tyska marknaden för detaljhandel med valuta".
- 87 Det framgår i detta avseende för det första att kommissionen och sökandena är överens om att uppskattningen av kontantväxlingsvolymen i Tyskland år 1998 i det omtvistade beslutet är felaktig. I stället för de 6,8 miljarder euro som figurerar i det omtvistade beslutet (fotnot nr 7 i punkt 14) uppgick den totala volymen av kontantväxling till 13,203 miljarder euro enligt Deutsche Bundesbanks statistik för år 1998. Dessa uppgifter motsvarar för övrigt dem i rapporten från Europeiska monetära institutet (EMI) av den 23 april 1997, som nämns i punkt 75 i det omtvistade beslutet. Kommissionen har vid förhandlingen medgett att den har gjort en felaktig tolkning av uppgifterna som nämns i fotnot 7 i det omtvistade beslutet. Denna materiella oriktighet är inte utan betydelse i förevarande fall, eftersom den medför en övervärdering av den betydelse på marknaden som deltagarna i mötet den 15 oktober 1997 har. Denna skillnad är ännu större om man hänvisar till punkt 14 i det omtvistade beslutet, enligt vilken, för de femton medlemsstaternas valutor, "[d]et sammanlagda värdet av köpta och sålda sedlar 1998 var ca 2,1 miljarder euro".

- 88 För det andra, de sammanlagda marknadsandelar som sökandena innehade tillsammans på marknaden för kontantväxling i detalj för samtliga valutor tillsammans i Tyskland år 1997 värderas både av sökandena och av kommissionen till 4,68 procent enligt kriteriet om antalet bankkontor, till 16,46 procent enligt kriteriet om bankernas totala omsättning och till 15,24 procent enligt kriteriet om volymen växlade kontanter. Det bör påpekas att denna värdering endast avser kreditinstitutens utbud och tar inte i beaktning andra operatörers, särskilt inte växelkontorens, utbud.
- 89 För det tredje anser både sökandena och kommissionen att i jämförelse med samtliga deltagare i mötet den 15 oktober 1997 representerar sökandenas verksamhet en mycket stor del av all kontantväxling. Kommissionen har nämligen ansett, i sina skriftliga svar på förstainstansrättens frågor att de marknadsandelar som innehades av de andra banker som deltog i mötet inte var betydelsefulla. Commerzbank har under förhandlingen gjort gällande att sökandenas verksamhet motsvarade minst 90 procent av samtliga mötesdeltagares växlade volym. Ingen av parterna har önskat invända mot denna uppskattning som det därför är lämpligt att beakta.
- 90 Mot bakgrund av dessa omständigheter kan det konstateras att den värdering av marknadsandelar som presenterats i GWK-rapporten och som nämns i punkt 87 i det omtvistade beslutet är felaktig, eftersom den innebär en tydlig överdrift av den ekonomiska styrkan på den relevanta marknaden för de banker som deltog i mötet den 15 oktober 1997.
- 91 Denna oriktighet är dock inte tillräcklig för att föranleda förstainstansrätten att komma fram till att det inte förelåg något horisontellt avtal om prissättning, även om den innebär att det är mindre troligt att så är fallet. Den omständigheten att deltagarna i mötet den 15 oktober 1997 representerade, på sin höjd, ungefär 17 procent av bara kreditinstitutens utbud väcker tvivel beträffande förekomsten av ett horisontellt avtal om prissättning. I det omtvistade beslutet anges för övrigt inte någon särskild omständighet avseende exempelvis marknadsstrukturen i fråga, som skulle kunna skingra detta tvivel.

— Osäkerhet rörande gällande bestämmelser

- 92 Sökandena har gjort gällande att syftet med mötet den 15 oktober 1997 inte var att sluta ett olagligt avtal, utan att undersöka påverkan av bestämmelserna rörande övergångsperioden på kontantväxlingens struktur. De har i huvudsak påstått att vid denna tidpunkt hade tre övergripande frågeställningar inte besvarats definitivt.
- 93 Den första avsåg tillämpningen av oåterkalleliga omräkningskurser på kontaktväxlingstransaktioner.
- 94 Den andra frågeställningen avsåg principen huruvida ersättning för kontantväxling och särskilt frågan om bestämmelsen i artikel 52 i protokollet om stadgan för Europeiska centralbankssystemet och Europeiska centralbanken, som fogats till fördraget om Europeiska unionen (nedan kallad ECBS-stadgan), rörande växling till parivärdet av centralbankerna innebar en skyldighet för bankerna att avgiftsfritt växla sedlar och mynt under övergångsperioden.
- 95 Den tredje frågeställningen avsåg avgiftsstrukturen för kontantväxling och särskilt de tekniska följderna av att prisnoteringen (1 DEM = x EUR) överges till förmån för mängdnoteringen (1 EUR = y DEM) i enlighet med rådets förordning (EG) nr 1103/97 av den 17 juni 1997 om vissa bestämmelser som har samband med införandet av euron (EGT L 162, s. 1) och av att den indirekta provisionen ersätts med den direkta provisionen, som saknar samband med valutakursen, särskilt för transaktioner mellan banker. Frågan huruvida provisionsnivån borde vara densamma för alla nationella underuppdelningar av euron, eller variera enligt utbud och efterfrågan av var och en av dessa, var även föremål för diskussion.

- 96 Kommissionen har i huvudsak påpekat att det den 15 oktober 1997 knappast förelåg någon osäkerhet om bestämmelserna avseende följderna av eurons införande. Den har gjort gällande att redan år 1995 ”visste man” att från och med den 1 januari 1999 skulle växelkurserna mellan de deltagande medlemsstaterna ersättas med oåterkalleliga omväxlingskurser och att det inte längre skulle vara tillåtet att använda en spread (punkt 139 i det omtvistade beslutet). I början av år 1997 frågade man sig inom industrin huruvida bankerna under övergångsperioden kunde fortsätta att ta ut ersättning för kontantväxling av valutor från de deltagande medlemsstaterna och, om så var fallet, med stöd av vilken avgiftsstruktur. Åsidosättandet har sitt ursprung i hotet att Deutsche Bundesbank, Deutsche Bank och andra affärsbanker skulle erbjuda allmänheten avgiftsfri kontantväxling. Det var som en reaktion på detta hot som GWK försökte att övertala de tyska bankerna att inte erbjuda kontantväxling avgiftsfritt, och därför kontaktade Reisebank (punkterna 58—97 och 108—111 i det omtvistade beslutet).
- 97 Förstainstansrätten anser att det bör kontrolleras, vilket sökandena har gjort gällande, om det sammanhang i vilket mötet den 15 oktober 1997 ägde rum dominerades av tvivel rörande bestämmelserna avseende följderna av införandet av euron som ett giromedel från och med den 1 januari 1999 eller om, som kommissionen har gjort gällande, det enda tvivel som kvarstod var av kommersiell art och rörde hotet att Deutsche Bank och Deutsche Bundesbank skulle erbjuda kontantväxling avgiftsfritt.
- 98 Det är riktigt att sedan Europeiska rådets möte i Madrid den 15-16 december 1995 och med säkerhet sedan antagandet av förordning nr 1103/97 den 17 juni 1997 kunde tillämpningen av oåterkalleliga omväxlingskurser under övergångsperioden knappast längre ge anledning till tvivel i enlighet med vad som följer av punkterna 34-37 och 139 i det omtvistade beslutet.

- 99 Detta innebär emellertid inte att det inte förelåg något annat tvivel rörande sättet för kontantväxling under denna period. Samråden mellan de tyska bankerna och Deutsche Bundesbank som beskrivs i punkterna 52—61 i det omtvistade beslutet visar att Deutsche Bundesbank först från och med den 15 september 1997 med säkerhet meddelade att det inte var möjligt att bibehålla en spread under övergångsperioden. Enligt det omtvistade beslutet var det i detta sammanhang som GWK och DVB beslutade att anordna ett möte mellan ett flertal banker i syfte att samråda om denna utveckling (punkterna 81—84 i det omtvistade beslutet).
- 100 Det framgår i övrigt att en av de viktigaste frågorna att besvara under år 1997 avsåg ersättningen för kontantväxling med hänsyn till svårigheterna att tolka artikel 52 i ECBS-stadgan, i vilken det föreskrivs att "[e]fter den oåterkalleliga låsningen av växelkurserna skall ECB-rådet vidta de åtgärder som behövs för att säkerställa att sedlar utställda i valutor med oåterkalleligen låsta växelkurser växlas av de nationella centralbankerna till parivärdet".
- 101 Kommissionen ansåg den 15 maj 1997 att det var nödvändigt att anordna en rundabordskonferens för att undersöka de praktiska aspekterna av införandet av euron. I slutet av rundabordskonferensen gav kommissionen en expertgrupp i uppdrag att bland annat undersöka om — och hur — bankerna kunde kräva ersättning för växlingen.
- 102 Expertgruppens slutsatser lades fram den 20 november 1997, det vill säga efter mötet den 15 oktober 1997 (se dokumentet till vilket det hänvisas i punkt 137 i det omtvistade beslutet, fotnot nr 56). Enligt dessa slutsatser åläggs centralbankerna i euroområdet genom artikel 52 i ECBS-stadgan att, avseende växling av sedlar i euroområdet, växla in sedlar från de andra deltagande medlemsstaternas valutor till de oåterkalleliga omräkningskurserna. Det finns emellertid ingen bestämmelse genom vilken affärsbankerna förbjuds att fakturera denna typ av tjänster. Expertgruppen godtog inte förslaget att anta en gemenskapsrättslig lagstiftning

om ersättning för omräkning och kontantväxling. Den uttalade sig till stöd för ”normer för god praxis”. Expertgruppen ansåg att det var önskvärt att stödja tydlig information om priser, enligt vilken oåterkalleliga omräkningskurser skulle tillämpas för alla växlingstransaktioner, och att varje provision som togs ut skulle identifieras separat.

- 103 Dessa slutsatser har, efter mötet den 15 oktober 1997, i huvudsak upprepats i kommissionens rekommendation 98/286/EG av den 23 april 1998 om bankavgifter för omräkning till euro (EGT L 130, s. 22) (nedan kallad kommissionens rekommendation av den 23 april 1998). I artikel 3 i rekommendationen föreskrivs att de banker som bedriver växlingsverksamhet under övergångsperioden ”bör tydligt visa att omräkningskurserna enligt bestämmelserna i förordning ... nr 1103/97 tillämpats samt, skilt från omräkningskursen, ange varje annat slag av uttagna avgifter”.
- 104 Det framgår för övrigt av handlingarna i målet att vissa banker, särskilt Reisebank, först på ett sent stadium fått kännedom om diskussionerna rörande lagstiftning under övergångsperioden. Det framgår av GWK-rapporten från den bankens möte med Reisebank den 29 april 1997 att den sistnämnda vid denna tidpunkt trodde att lagstiftningen rörande euron endast påverkade dess verksamhet efter övergångsperioden, vid övergången till sedlar och mynt i euro (punkterna 63–68 i det omtvistade beslutet).
- 105 De regler som var tillämpliga på kontantväxling under övergångsperioden var således inte definitivt fastlagda vid tidpunkten för mötet den 15 oktober 1997 och föranledde, bland annat under kommissionens överinseende, möten för samråd mellan centralbankernas representanter, banksektorn och konsumentorganisationer. Det kan därför inte förnekas att det vid tidpunkten för mötet den 15 oktober 1997 förelåg en osäkerhet om regelverket, varvid det viktigaste var att få klarhet i om och hur kontantväxling fortfarande kunde utföras mot ersättning under övergångsperioden.

- 106 Hotet att Deutsche Bundesbank kunde komma att erbjuda kontantväxling avgiftsfritt följer direkt av artikel 52 i ECBS-stadgan. Det skall dock konstateras att vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, hade de praktiska förfarandena för denna bestämmelses genomförande ännu inte antagits. Ett exempel härpå är rapporten från expertgruppen om bankavgifter för omräkning till euro av den 20 november 1997 (se punkt 102 ovan) enligt vilken, även om de flesta centralbanker avsåg att avgiftsfritt växla sedlar från andra medlemsstater i euroområdet enbart mot deras egna sedlar, vissa (till exempel Banque de France) avsåg att avgiftsfritt utföra växling av sedlar åt båda hållen (s. 4 och 7 och bilaga B, tabell 2).
- 107 Det framgår för övrigt mer allmänt av expertgruppens arbete att de flesta banker avsåg att fortsätta att ta ut ersättning för kontantväxling under övergångsperioden, trots att priserna för dessa tjänster skulle komma att sjunka med anledning av att riskerna med växling skulle upphöra. Deutsche Bank uttalade däremot vid rundabordskonferensen den 15 maj 1997 (se punkt 101 ovan) att den avsåg att avgiftsfritt utföra omräkning av räkenskaper för checkar i euro liksom för "andra typer av omräkning", medan "banken hade önskat kunna fakturera icke-kunder för växling av sedlar under övergångsperioden, alltmedan den förtydligat att provisionerna skulle vara lägre än de är i dag och att det skulle kunna vara fråga om ett fast belopp snarare än ett procenttal på transaktionen" (Rundabordskonferens om de praktiska aspekterna av övergången till euron: Sammanfattning och slutsats, s. 5).
- 108 Trots detta kan det inte förnekas att varaktigheten av den inkomst som bankerna hade från kontantväxlingen, under övergångsperioden, var hotad både av möjligheten att centralbankerna skulle erbjuda sådana tjänster avgiftsfritt samt av möjligheten att vissa banker, i likhet med Deutsche Bank, hade kunnat överväga att göra på samma sätt med sina kunder. Detta hot var mer allvarligt för de banker vars huvudsakliga verksamhet var kontantväxling — såsom GWK och Reisebank — än för de — såsom Dresdner Bank, HVB och Commerzbank — för vilka dessa transaktioner enbart utgjorde en obetydlig verksamhet.

— Förberedande diskussioner inför mötet den 15 oktober 1997

- 109 Sökandena har invänt mot att vissa handlingar rörande kontakterna mellan GWK och Reisebank under månaderna före mötet den 15 oktober 1997 använts som bevisning mot sökanden. De har gjort gällande att eftersom de flesta av dessa handlingar härrör från GWK kan de enbart användas mot detta företag. Sökandena anser att dessa handlingar i vilket fall som helst inte styrker förekomsten av ett rättsstridigt avtal om prissättning.
- 110 Kommissionen anser att det omtvistade beslutet är grundat på flera handlingar rörande de förberedande diskussionerna inför mötet den 15 oktober 1997 vilka utgör bevisning eller i alla fall tecken på att en överträdelse begåtts. Även om det med stöd av dessa handlingar inte kan fastställas att ett avtal förelåg, kan de användas för att visa att mötet den 15 oktober 1997 hade ett konkurrensbegränsande syfte.
- 111 Förstainstansrätten påpekar att de dokument som nämns av kommissionen i det omtvistade beslutet, och till vilka den hänvisat inom ramen för förevarande förfarande, är fem till antalet, nämligen:

— en rapport från mötet den 29 april 1997 mellan Reisebank och GWK (punkterna 63–67 i det omtvistade beslutet),

- ett telefax från GWK till Reisebank av den 5 maj 1997 innehållande en kopia av GWK:s svar på en EMI-enkät om kontantväxling (punkterna 69–75 i det omtvistade beslutet),

- ett brev av den 25 juli 1997 som skickades till Landeszentralbank Hessen från Commerzbank, DVB, West LB och Reisebank, i vilket de reserverade sig avseende Deutsche Bundesbanks skyldighet att avgiftsfritt köpa valutor från euroområdet (punkt 55 i det omtvistade beslutet),

- en rapport från ett möte som ägde rum den 11 augusti 1997 mellan Reisebank, DVB, GWK och Landeszentralbank Hessen (punkterna 76–80 i det omtvistade beslutet), och

- en rapport från ett telefonsamtal av den 29 september 1997 mellan GWK och DVB (punkterna 81–83 i det omtvistade beslutet).

112 Sökandena har inte invänt mot innehållet i dessa handlingar och tolkningen av dessa. De har däremot gjort gällande att dessa dokument inte kan göras gällande emot dem.

113 Det skall i detta hänseende påpekas att alla dessa handlingar upprättades före mötet den 15 oktober 1997 och är således enbart av betydelse i den mån de kan innehålla uppgifter rörande omständigheter som ägde rum före den påstådda överträdelsen.

- 114 Det är för övrigt viktigt att konstatera att fyra av dessa handlingar härrör direkt från GWK och skulle kunna vara av betydelse för att avgöra företagets roll som initiativtagare till mötet den 15 oktober 1997. De innehåller inte några omständigheter rörande, eller något klagörande av, bankernas avsikter vid mötet den 15 oktober 1997, annat än GWK:s och, i förekommande fall, Reisebanks.
- 115 Beträffande relevansen av brevet av den 25 juli 1997 till Landeszentralbank Hessen, så framgår därav endast hur samråden mellan bankerna och representanterna för Deutsche Bundesbank fortskred i den ovannämnda osäkra situationen.
- 116 Dessa handlingar som enbart gäller GWK:s roll som initiativtagare innehåller således inte några uppgifter som visar att ett avtal om prissättning slöts under mötet den 15 oktober 1997.

Direkt bevisning rörande mötet den 15 oktober 1997

- 117 Även om kommissionen har betonat att överträdelsen har konstaterats med stöd av flera bevishandlingar (punkterna 62, 120, 126, 142 och 158 i det omtvistade beslutet), framgår det av det omtvistade beslutet att det, beträffande avtalet om prissättning rörande kontantväxling, finns endast en direkt bevishandling avseende innehållet i de diskussioner som ägde rum under mötet den 15 oktober 1997, nämligen GWK-rapporten. Kommissionen anser att denna rapport styrktes av uttalanden som gjordes under det administrativa förfarandet av två andra deltagare i mötet den 15 oktober 1997, liksom av bankernas beteende på marknaden, som visar att prissättningsavtalet tillämpades. Dessa tre omständigheter skall därför undersökas en i taget i syfte att bedöma deras respektive bevisvärde.

— GWK-rapporten

- 118 Sökandena har ifrågasatt GWK-rapportens bevisvärde. Dresdner Bank och HVB (mål T-54/02 OP och T-56/02 OP) har lagt fram vittnesmål från personer som deltog i mötet den 15 oktober 1997 och som nekat till att ett avtal om prissättning diskuterades.
- 119 Kommissionen har gjort gällande att GWK-rapporten tydligt visar att de banker som närvarade, trots att de inte var överens om principen om en enda provision för alla nationella underuppdelningar av euron, kom överens om att provisionen skulle vara ungefär 3 procent. När representanter för bankerna träffades mellan april och oktober 1997 förelåg det osäkerhet om bankernas framtida prispolitik avseende kontantväxling. Bara den omständigheten att de diskuterade och kom överens om en ersättning om ungefär 3 procent minskade väsentligt denna osäkerhet. Diskussioner av detta slag utgör ett avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 81.1 EG.
- 120 Kommissionen anser att vittnesmålen i förevarande mål har lägre bevisvärde än handlingarna från tiden för omständigheterna i målet, såsom GWK-rapporten.
- 121 Förstainstansrätten erinrar om att det vid bedömningen av ett dokumentets bevisvärde skall avgöras huruvida dokumentet innehåller tillförlitliga uppgifter och att hänsyn skall tas till bland annat dokumentets ursprung, omständigheterna kring dess tillkomst, till vem det är ställt och huruvida dess innehåll verkar förnuftigt och trovärdigt (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, kallade Cementmålen, REG 2000, s. II-491, punkt 1838).

122 Det stycke i GWK-rapporten som kommissionen har hänvisat till har följande lydelse:

”De banker som var närvarande vid mötet uttryckte sin avsikt att ersätta sin nuvarande inkomst från marginaler med inkomst från provisionsavgifter upp till cirka 90%. Enligt bankerna skulle detta innebära en övergripande provision på cirka 3 %.”

123 Ur detta stycke går det för det första inte att utläsa varför en ändring i systemet för presentation av priser som innebar att systemet med indirekta priser (spread) ersattes av ett system med direkta priser (provisioner) skulle påverka bankernas inkomster från dessa tjänster. I avsaknad av andra förklaringar finner förstainstansrätten att valet mellan de två sätten att uttrycka priserna saknar betydelse för prisnivån. För att bedöma detta styckes räckvidd är det därför nödvändigt att beakta hela det avsnitt i GWK-rapporten, från vilket det stycke hämtats som kommissionen ansett utgör stöd för en överträdelse.

124 Av detta avsnitt i GWK-rapporten framgår emellertid att det rör följderna av ett upphörande av spreadsystemet efter att de oåterkalleliga omräkningskurserna trätt i kraft den 1 januari 1999. I avsnittet behandlas särskilt frågan huruvida bankerna under övergångsperioden skulle kunna fortsätta att ta ut avgifter för kontantväxling med hänsyn till de särskilda egenskaperna hos marknaden för var och en av valutorna, eller om den omständigheten att euron blev ett giromedel den 1 januari 1999 ledde till att en enhetlig provisionsnivå tillämpades för var och en av de nationella underuppdelningarna av euron. Avsnittet berör alltså inte frågan

om fastställande av provisionernas storlek, utan frågan huruvida det var nödvändigt med en enhetlig provisionsnivå, som var tillämplig på alla de gamla nationella valutorna i fråga, eller med lika många nivåer som valutor. GWK-rapporten ovan visar att parterna inte var överens på denna punkt.

125 Av detta avsnitt i GWK-rapporten följer för det andra att deltagarna i mötet den 15 oktober 1997 kom överens om att det var nödvändigt att ersätta spreadsystemet med uttryckliga växlingsprovisioner som kunde särskiljas från den återkalleliga omräkningskursen (se punkterna 88, 93 och 95 i det omtvistade beslutet). Av ett sådant uttalande går det emellertid inte att dra slutsatsen att ett avtal om prissättning förelåg, i den mån som spreadens upphörande inte berodde på de närvarande bankernas vilja utan var det mycket troliga resultatet av en pågående utveckling av lagstiftningen, vilken senare tog sig uttryck i kommissionens rekommendation av den 23 april 1998.

126 För det tredje kan hänvisningen i det relevanta stycket i GWK-rapporten till att upprätthålla 90 procent av inkomsterna som uppkommer genom systemet med marginaler inte läsas åtskilt från det rättsliga sammanhang i vilket mötet den 15 oktober 1997 ägde rum.

127 I detta hänseende är det utrett att ikraftträdandet av de återkalleliga omräkningskurserna hade till följd att valutakursrisken upphörde. EMI har anfört i en rapport av den 23 april 1997 som nämns i punkt 75 i det omtvistade beslutet att denna risk motsvarade mellan 5 och 10 procent av kostnaderna för kontantväxling. EMI fann att de återkalleliga omräkningskurserna skulle leda till att kostnaderna och därmed priserna för kontantväxling skulle minska med ungefär 5–10 procent.

- 128 Under rundabordskonferensen den 15 maj 1997 (se punkt 101 ovan) gjorde banksektorns representanter gällande att under övergångsperioden "[kommer visserligen] valutakursrisken ... att försvinna, vilket kommer att minska kostnaderna med omkring 20%, men andra kostnader kommer att kvarstå" (Rundabordskonferens om de praktiska aspekterna av övergången till euron: Sammanfattning och analys, uppgifter nämnda i punkt 41 i det omtvistade beslutet, se även kommissionens dokument med titeln "Report to the round table on the practical aspects of the changeover to the euro", dokument II/237/97, EN rev, 4).
- 129 Det kritiserade stycket i GWK-rapporten, enligt vilket 90 procent av bankernas inkomster kommer att upprätthållas, kan förstås som en hänvisning till minskningen med ungefär 10 procent av kostnaderna för kontantväxling till följd av att valutakursrisken upphörde. En sådan minskning av kostnaderna borde ha en effekt på prisnivån, som också borde minska med ungefär 10 procent till följd av ikraftträdandet av de oåterkalleliga omräkningskurserna. Denna uppskattning av prisutvecklingen på grund av eurons införande kan inte anses vara en följd av viljan hos de banker som deltog i mötet.
- 130 För det fjärde, vad gäller den mening i GWK-rapporten som hänvisar till en provisionsnivå på omkring 3 procent ("Enligt bankerna skulle detta innebära en övergripande provision på cirka 3 procent"), kan den omständigheten att en framtida prisnivå nämns under ett möte mellan konkurrerande företag visserligen leda tankarna till att ett avtal om prissättning föreligger. I förevarande fall har sökandena emellertid gjort gällande att detta uttalande inte bara är oklart utan dessutom enbart återger den information som var offentlig om marknadsläget och som nämns i EMI-rapporten av den 23 april 1997.
- 131 Det skall påpekas, såsom det gjorts i punkt 105 i det omtvistade beslutet, att om det kritiserade avsnittet i GWK-rapporten varken är klart eller otvetydig, så framgår det

av rapporten att den omständigheten att Deutsche Bank skulle erbjuda avgiftsfria växlingstransaktioner utgjorde ett "mycket allvarligare hot än tillhandahållandet av avgiftsfria tjänster vid Landescentralbanken (som inte var lämpade för det)". Det skulle kunna undergräva överenskommelsen om en provision på cirka 3% (90% av den nuvarande inkomsten)". Inom ramen för en helhetsbedömning av samtlig bevisning, skall det beaktas att detta avsnitt kan stödja påståendet att ett avtal om provisionsnivån föreligger.

- 132 Vad gäller GWK-rapportens tillförlitlighet har det tidigare påpekats att de närvarande bankernas marknadsandelar har överdrivits på ett betydande sätt i rapporten. Sökandena har även betonat att dess författare, som inte är tyskspråkig, har kunnat missuppfatta innebörden av det som avhandlades under mötet. Då GWK för övrigt tog initiativ till åtgärderna som behandlades vid mötet den 15 oktober 1997, hade dokumentets författare enligt sökandena ett personligt intresse att försköna de faktiska omständigheterna för att presentera ett resultat till sina överordnade som motsvarade deras förväntningar. I detta hänseende skall det påpekas att en intern GWK-promemoria av den 20 oktober 1997 (bilaga 16 till meddelandet om invändningar) hänvisar till ett avtal avseende "den framtida prissättningen avseende växling av valutor i euroområdet" som slöts i maj 1997 mellan GWK och de största nederländska bankerna. I detta avtal fastställdes provisionen för kontantväxling till 3,8 procent. Detta belopp motsvarar emellertid de uppgifter som lämnats av GWK till EMI (punkt 72 i det omtvistade beslutet) och som därefter har vidarebefordrats till Reisebank genom ovannämnda fax av den 5 maj 1997. Mot bakgrund av dessa omständigheter uppkommer frågan om GWK inte har försökt att favorisera ett prissättningsavtal i Tyskland, i likhet med det från maj 1997 som omnämndes med avseende på Nederländerna i den interna promemorian.

- 133 Det är slutligen utrett att GWK-rapporten endast upprättats för internt bruk och inte cirkulerats bland sökandena före det administrativa förfarandet. Dessa har därför inte kunnat ta avstånd från dess innehåll i syfte att skingra varje risk för tvetydigheter beträffande tolkningen av det som avhandlades under mötet den 15 oktober 1997.

134 Förstainstansrätten konstaterar sammanfattningsvis att GWK-rapporten genom att den hänvisar till ett avtal om en provision om 3 procent på sin höjd gör det möjligt att misstänka att det förelåg en gemensam vilja mellan de banker som närvarade vid mötet den 15 oktober 1997. Mot bakgrund av de omständigheter som varit föremål för bedömning ovan finner förstainstansrätten emellertid att rapporten inte styrker att en sådan gemensam vilja förelåg.

— Vissa bankers uttalanden under det administrativa förfarandet

135 Enligt det omtvistade beslutet stöds förekomsten av en diskussion om provisions-satsen, som nämns i GWK-rapporten, av Commerzbanks och Bayerische Landesbanks yttranden under hearingen (punkterna 96, 107 och 118–120 i det omtvistade beslutet). I fotnot 44 i det omtvistade beslutet har kommissionen även hänvisat till Commerzbanks, HVB:s, VUW:s, West LB:s och Hamburgische Landesbank Girozentrales svar på meddelandet om invändningar. I sin ansökan om återvinning har kommissionen för övrigt åberopat Reisebanks svar på meddelandet om invändningar, som nämns i punkt 68 i det omtvistade beslutet.

136 Beträffande det sistnämnda dokumentet finner förstainstansrätten att det följer av punkt 68 i det omtvistade beslutet att Reisebank har medgett att den ”inte var medveten om de stora förändringarna i valutabranschen för valutor från euroområdet under övergångsperioden”. Detta medgivande utgör uppenbart inte ett tecken på att det förelåg en gemensam vilja att fastställa priser.

137 Även om bankerna i fråga har uttalat att ”vissa representanter för enskilda banker nämnde vissa siffror, och de låg någonstans mellan 2 och 4 %”, exempelvis punkt 107 i det omtvistade beslutet), bekräftas det inte uttryckligen genom något av dessa

uttalanden att det förelåg en gemensam vilja att fastställa provisionsnivån. Det är visserligen sant att ett fastställande av ett referensspann eller av ett riktpolis kan utgöra en form av rättsstridig prissättning, eftersom priserna under sådana omständigheter inte längre är resultatet av aktörernas självständiga beslut, utan av deras gemensamma vilja. De siffror som har nämnts ("mellan 2 och 4 procent", "omkring 3 %", "mellan 2 och 6 %", se punkt 107 i det omtvistade beslutet och fotnot 44) reflekterar emellertid — såsom tidigare har påpekats — priserna på marknaden, såsom EMI har kunnat konstatera dem. De uppvisar stora skillnader (skillnaden varierar från en gång till tre gånger så stor), vilket bidrar till avsaknaden av precision. Dessa uttalande visar följaktligen att vissa banker under mötet har hänvisat till provisionsnivån i ordalag som inte gör det möjligt att ställa utom allt rimligt tvivel att en gemensam vilja att gemensamt fastställa deras respektive priser förelåg.

Konstateranden avseende genomförandet av avtalet om storleken på växlingsprovisionen

138 Efter att ha uttalat att då avtalet syftade till att begränsa konkurrensen var det inte nödvändigt att bevisa dess verkningar, påpekade kommissionen att deltagarna, i vilket fall som helst, efter mötet den 15 oktober 1997, hade anpassat sin prispolitik i enlighet med det påstådda avtalet. I punkterna 147 och 148 i det omtvistade beslutet räknar kommissionen upp de satser som tillämpades av Dresdner Bank, Commerzbank, HVB, VUW, GWK och Reisebank. Dessa satser ligger på mellan 3 och 4,5 procent, och vissa banker tar dessutom ut en fast avgift.

139 Sökandena anser att de priser som iakttagits under övergångsperioden visar att ett avtal inte föreligger, vilket kommissionen har bestritt.

- 140 Vid bedömningen av de faktiska provisionsnivåerna skall både den proportionella delen och den fasta delen av de provisioner som verkligen har tagits ut beaktas. Eftersom en stor majoritet av tjänsterna i fråga avser belopp som understiger 200 euro — i meddelandet om invändningar nämns andelen 70 procent, (punkt 9) — har uttaget av fasta provisioner på 5 eller 10 DEM eller av en minimivolym vid växling en betydande effekt på det belopp som faktiskt tas ut av bankerna, när detta väl uttrycks i procentandelar. Kommissionen kunde alltså inte begränsa sig till att enbart undersöka den provisionssats som tillämpades, eftersom denna bara delvis gav ledning om det pris som konsumenten måste betala.
- 141 Förstainstansrätten har, som en åtgärd för processledning, uppmanat kommissionen att i tabellform inkomma med uppgifter avseende storleken på den provision som togs ut år 1999 av de banker som närvarade vid mötet den 15 oktober 1997, för växlade volymer om 25, 50, 100 och 200 euro. Det följer av tabellen som kommissionen på detta sätt förde till handlingarna i målet att de verkliga provisionsnivåerna varierade kraftigt mellan en bank och en annan. Vid växling av 20 euro varierade den verkliga provisionsnivån på mellan 3 och 30 procent, alltså en spread mellan 1 och 10. Denna spread hade tendens att minska i proportion till att den växlade volymen ökade. För växling av 200 euro varierade den faktiska provisionen på mellan 2 och 4,5 procent, alltså en spread mellan 1 och 2,25. Sökandena har inte ifrågasatt dessa uppgifter.
- 142 Förstainstansrätten finner därmed att kommissionen, då den konstaterade i punkterna 147—148 i det omtvistade beslutet att sökandena anpassade sina priser inom ett spann som sträckte sig mellan 3 och 4,5 procent, gjort sin bedömning med stöd av oriktiga uppgifter. De uppgifter som kommissionen hade till handa när den fattade det omtvistade beslutet utgör inte stöd för påståendet att den omständigheten att sökandenas priser överensstämde beror av det påstådda avtalet.

Slutsats

- 143 Vid en helhetsbedömning framgår det av det ovan sagda att initiativtagaren till mötet den 15 oktober 1997 kan ha handlat med avsikt att få till stånd ett avtal om prissättning som en reaktion på det dubbla hotet om en ökning av det konkurrenstryck som kunde uppstå på grund av att Deutsche Bundesbank och Deutsche Bank erbjöd avgiftsfri kontantväxling under övergångsperioden.
- 144 De direkta bevisen avseende mötet den 15 oktober 1997 är emellertid inte tillräckliga för att det, i detta avseende, skall anses utrett bortom allt rimligt tvivel att de närvarande bankerna slutit ett sådant avtal. Även om de uppgifter som kommissionen omnämnt visar att vissa av de närvarande bankerna under mötet hänvisade till provisionens ungefärliga storlek — som dessutom var allmänt känd — utgör dessa uppgifter inte tillräckligt stöd, beroende på den bevisnivå som krävs, för påståendet att det förelåg en gemensam vilja att gemensamt fastställa dessa priser.
- 145 I detta hänseende bör uppmärksamhet ges åt den osäkerhet som rådde rörande bestämmelser och tekniska frågor i relation till det mycket särskilda sammanhang i vilket euron infördes och åt det stora antal rådfrågningar som gjordes mellan banksektorn, kommissionen, finansmyndigheterna och konsumentföreningarna. Detta sammanhang gör det inte möjligt att lämna sökandenas påstående utan avseende om att deras samråd syftade till att stämma av vilka konsekvenser som en utveckling av lagstiftningen skulle ha på deras kontantväxlingsverksamhet under övergångsperioden, och vid behov göra Deutsche Bundesbank uppmärksam på de svårigheter som aktörerna i sektorn stötte på med anledning av denna utveckling.
- 146 Omständigheten att bankerna som närvarade vid mötet den 15 oktober 1997 stod för, på sin höjd, ungefär 17 procent av det utbud av kontantväxling som härrörde

enbart från kreditinstituten innebär dessutom att kommissionens påstående att ett avtal om prissättning förelåg blir mindre tillförlitligt.

- 147 De uppgifter som kommissionen hade tillgång till beträffande prisnivån under övergångsperioden strider slutligen mot kommissionens anmärkning att 1999 års priser visade på förekomsten av ett avtal.
- 148 Förstainstansrätten finner därför att kommissionen inte styrkt att det vid mötet den 15 oktober 1997 förelåg en gemensam vilja att fastställa storleken på växlingsprovisionen.

D — *Avtalet om avgiftsstrukturen för växlingskommissionen*

- 149 Den del av överträdelsen som rör avgiftsstrukturen har redogjorts för i punkterna 95, 96, 114, 115, 132 och 184 i det omtvistade beslutet, vari kommissionen ägnade största delen av sin analys till frågan om fastställandet av provisionsbeloppen. Kommissionen har särskilt gjort gällande, vad gäller bevis om förekomsten av ett avtal om en uteslutande proportionell avgift (punkt 95 i det omtvistade beslutet):

”I fråga om detaljhandeln noteras i [Commerzbank-rapporten] att det rådde samförstånd om att använda fasta växelkurser för valutorna från euroområdet (dvs. inga köp- och säljkurser) tillsammans med avgifter som skulle beräknas som en provision uttryckt i procent. Varje enskild bank skulle bestämma sin beräkningsmetod för omräkning av de olika valutorna från euroområdet: ...

Angående växelkurser/prissättning i valutabranschen under etapp 3a (1.1.1999 till 1.1.2002) av [Ekonomiska och monetära unionen] nåddes samförstånd på följande punkter:

1) Privatkunder

...

— Avgifter kommer att beräknas som en procentandel av värdet av de växlade pengarna

— ...”

150 Enligt det omtvistade beslutet ”överensstämmer Commerzbank-rapporten och GWK-rapporten såtillvida att kundavgifterna skulle vara procentuella” (punkt 96 i det omtvistade beslutet). Dessa omständigheter har i huvudsak upprepats i punkt 106 i det omtvistade beslutet. Kommissionen har för övrigt i punkterna 114–116 i det omtvistade beslutet svarat på parternas argument på följande sätt:

”Att öppet och tydligt ange avgifterna kräver inte att man standardiserar priser, avgiftsstrukturer eller andra tjänster inom banksektorn. Varje bank måste självständigt besluta om sin affärspolitik när det gäller växling. Om man över huvud taget

inför en bankavgift för kunderna, måste avgiftspolitikerna — även avgiftsstrukturen — fastställas självständigt av varje bank.

Det var inte en naturlig eller logisk åtgärd att varje bank självständigt skulle omvandla växelkursmarginalen till en procentuell provision. Det förefaller faktiskt som om Deutsche Bank inledningsvis övervägde en avgiftsfri tjänst. Under alla omständigheter är frågan inte vad som är eller inte är den ekonomiskt mest rationella avgiftsstrukturen, utan huruvida det fanns ett avtal mellan bankerna om avgiftsstrukturen.

I detta ärende fanns det ett uttryckligt avtal mellan bankerna om en övergripande provision på cirka 3% i syfte att återfå cirka 90% av inkomstförlusten från avskaffandet av spreaden den 1 januari 1999.”

1. Parternas argument

- 151 Sökandena har ifrågasatt förekomsten av ett avtal som syftade till att utkräva provisioner uttryckta som en procentandel. Deras argument är av två slag. Sökandena anser att de bevis som kommissionen har åberopat är otillräckliga. De har även lagt fram en alternativ förklaring enligt vilken bankerna under mötet den 15 oktober 1997 skulle ha erkänt att ikraftträdandet av oåterkalleliga omräkningskurser skulle medföra att spreaden övergavs för kontantväxling, till förmån för en mekanism för uttrycklig redovisning av provisionen. Det är alltså inte fråga om ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG utan en diskussion om lagstiftningens utveckling.

- 152 Kommissionen har gjort gällande att den enighet som har konstaterats beträffande avgiftsstrukturen är grundad på Commerzbank-rapporten vars innehåll är särskilt tydligt: "Avgifter kommer att beräknas som en procentandel av värdet av de växlade pengarna" och "kommer att beräknas separat". Detta uttalande har bekräftats i GWK-rapporten enligt vilken avgifterna borde beräknas "som en procentandel av värdet av de växlade pengarna".
- 153 Kommissionen har även bekräftat att det omtvistade beslutet är grundat på flera rapporter som upprättats av GWK före mötet den 15 oktober 1997. Vid sidan av de ovannämnda handlingarna som upprättats av GWK har kommissionen hänvisat till svaren från Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale på meddelandet om invändningar (punkt 113 i det omtvistade beslutet).
- 154 Sökandena har protesterat mot användningen till sökandenas nackdel av de sistnämnda uppgifterna till vilka kommissionen nekade dem tillgång under det administrativa förfarandet.

2. Förstainstansrättens bedömning

- 155 Förstainstansrätten erinrar om, beträffande anmärkningen om användning av bevishandlingar till sökandenas nackdel utan att sökandena har haft tillfälle att yttra sig över dessa, att iakttagandet av rätten till försvar förutsätter att det berörda företaget har getts tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de av kommissionen påstådda omständigheterna, invändningarna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 11; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, och av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1984, s. 19, punkt 25; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437).

- 156 Meddelandet om invändningar skall innehålla en redogörelse för invändningarna som är tillräckligt klar, om än kortfattad, för att de som berörs verkligen skall kunna få kännedom om vilka beteenden kommissionen klandrar dem för. Det är nämligen endast under denna förutsättning som meddelandet om invändningar kan fylla den funktion som avses i gemenskapsförordningarna, och som består i att tillhandahålla samtliga uppgifter som företagen och företagssammanslutningarna behöver för att på ett ändamålsenligt sätt kunna försvara sig innan kommissionen fattar ett slutligt beslut (domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85—C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 42; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-111).
- 157 I princip kan endast handlingar som omnämns i meddelandet om invändningar utgöra giltiga bevis (förstainstansrättens domar av den 10 mars 1992 i mål T-11/89, Shell mot kommissionen, REG 1992, s. II-757, punkt 55, svensk specialutgåva, volym 12, s. II-47, och i mål T-13/89, ICI mot kommissionen, REG 1992, s. II-1021, punkt 34, svensk specialutgåva, volym 12, s. II-183, se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, punkt 21; svensk specialutgåva, volym 11, s. 249).
- 158 En handling kan inte anses vara till nackdel för den berörde med mindre än att kommissionen har lagt den till grund för att anse att företaget gjort sig skyldigt till en överträdelse. För att slå fast att det har skett ett åsidosättande av rätten till försvar är det inte tillräckligt att det berörda företaget visar att det inte under det pågående administrativa förfarandet har kunnat yttra sig angående en handling som det hänvisats till någonstans i det ifrågasatta beslutet. Det berörda företaget måste visa att kommissionen i det ifrågasatta beslutet har använt denna handling som ytterligare ett bevis för en överträdelse som detta företag har deltagit i.
- 159 Kommissionen har i förevarande fall påpekat att Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale i sitt svar på meddelandet om invändningar har medgett att man "har

ingått ett avtal om avgiftsstrukturen för övergångsperioden vid mötet den 15 oktober 1997” (punkt 113 i det omtvistade beslutet). Trots att detta påstådda medgivande förekommer i avsnittet ”Parternas argument angående sakförhållandena” har kommissionen använt detta uttalande som bevisning till sökandenas nackdel i det omtvistade beslutet och har åberopat det i denna egenskap i sina inlagor.

- 160 Kommissionen har emellertid medgivit i sitt svar på förstainstansrättens skriftliga frågor att ingen av sökandena hade haft tillgång till svaren från andra mottagare av meddelandet om invändningar. Av detta följer att kommissionen har åsidosatt sökandenas rätt till försvar genom att åberopa handlingar som de sistnämnda inte har haft tillgång till under det administrativa förfarandet. De nämna handlingarna skall därför avvisas som otillåten bevisning (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 338; se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, punkterna 24–30, svensk specialutgåva, volym 7, s. 287, och domen i de ovannämnda förenade Cementmålen, punkt 382).
- 161 Vad gäller de andra bevishandlingar som kommissionen har omnämnt, är det fråga om bevisning som undersökts tidigare inom ramen för analysen av uttalanden rörande avtalet om prissättning. Dessa handlingar är endast indirekt relevanta för att fastställa innehållet i diskussionerna vid mötet den 15 oktober 1997. Samtliga avser tidsperioden före mötet och kan på sin höjd användas som stöd för slutsatsen att GWK var initiativtagare. Handlingarna utgör inte tillräcklig bevisning för att visa att sökandena och GWK hade en gemensam vilja att sluta ett avtal med ett uppenbart konkurrensbegränsande syfte.
- 162 Vad gäller den direkta bevisningen för avtalet om avgiftsstrukturen finner förstainstansrätten mot bakgrund av de aktuella målens mycket särskilda sammanhang om eurons införande att kommissionens tolkning av GWK-rapporten och Commerzbank-rapporten med rätta ifrågasätts.

- 163 Förekomsten av ett avtal om avgiftsstrukturen för provisioner är nämligen nära knuten till förekomsten av avtalet om prissättning, till vilket det är underordnat. Då förstainstansrätten har fastslagit att kommissionen inte styrkt förekomsten av ett avtal om prissättning, så innebär det att giltigheten av konstateranden och bedömningar rörande det påstådda avtalet rörande avgiftsstrukturen för växlingsprovisioner minskas i motsvarande mån.
- 164 I den utsträckning som det omtvistade beslutet är grundat på förekomsten av en gemensam vilja avseende användningen av direkta provisioner uttryckta i procent, bör det påminnas om att bankerna som närvarade vid mötet den 15 oktober 1997 inte ville överge systemet med indirekta provisioner som gällde vid den tidpunkten. Antagandet av direkta provisioner har stöd i det rättsliga sammanhang i vilket euron infördes. Kommissionen kunde inte grunda sitt beslut på en bokstavstolkning av omnämmandet i Commerzbank-rapporten av en "överenskommelse" mellan bankerna rörande användandet av oåterkalleliga omräkningskurser och spread-systemets samtida upphörande (se särskilt punkterna 95 och 106 i det omtvistade beslutet). Detta avsnitt kan tvärtom förstås som ett gemensamt uttryck för en insikt om en ändring som följer av lagstiftningsåtgärder i samband med eurons införande, och som bekräftades senare genom kommissionens rekommendation av den 23 april 1998.
- 165 Själva förekomsten av ett avtal om avgiftsstruktur för växlingsprovisioner som är proportionerliga mot det växlade beloppet står dessutom i strid med bedömningen i det omtvistade beslutet att flera banker använder strukturer där en fast del och en proportionerlig del blandas (punkt 147 i det omtvistade beslutet). Det uppgifter som kommissionen hade till handa visar således att sökandena under övergångsperioden använde olika avgiftsstrukturer, då vissa använde enbart proportionerliga provisioner medan andra bibehöll en blandad struktur under hela perioden.

- 166 Förstainstansrätten anser således att kommissionen inte styrkt förekomsten av de faktiska omständigheter som skulle utgöra en gemensam vilja som visar att ett avtal ingåtts rörande avgiftsstrukturen för växlingsprovisioner under mötet den 15 oktober 1997.

E — *Allmän slutsats*

- 167 Kommissionen har inte styrkt förekomsten av ett avtal om prissättning för kontantväxling av valutor från euroområdet under övergångsperioden och om en avgiftsstruktur för detta. Härav följer att talan skall vinna bifall på de grunderna att kommissionen felaktigt har fastställt sakförhållandena och att de indicier som anförts mot sökandena saknar erforderligt bevisvärde.

- 168 Mot bakgrund av det ovannämnda finner förstainstansrätten att en kontradiktorisk prövning av talan inte föranleder förstainstansrätten att ändra utgången i tredskodomen. Följaktligen skall ansökan om återvinning avslås, utan att det är nödvändigt att undersöka de andra grunderna för talan.

Rättegångskostnader

- 169 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen skall, eftersom dess ansökan om återvinning avslås, ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med sökandenas yrkanden.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande:

- 1) **Ansökan om återvinning avslås.**
- 2) **Kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Legal

Lindh

Vadapalas

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 september 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	II - 3574
Förfarandet	II - 3579
Parternas yrkanden	II - 3581
Rättslig bedömning	II - 3583
I — Förfarandet om återvinning	II - 3583
II — Kortfattad framställning av grunderna för talan	II - 3585
III — Förekomsten av ett konkurrensbegränsande avtal	II - 3587
A — Inledande synpunkter	II - 3587
B — Förebringande av bevisning och domstolsprövningens omfattning	II - 3588
C — Avtalet om storleken på växlingsprovisionerna	II - 3591
1. Parternas argument	II - 3591
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 3593
a) Tolkning av det omtvistade beslutet och förekomsten av en överträdelse som består i ett avtal avseende principen att kontantväxling inte skall vara avgiftsfri	II - 3593
b) Bevisning avseende ett avtal om storleken på växlingsprovisio- nerna	II - 3595
Bevisning avseende sammanhanget för mötet den 15 oktober 1997	II - 3596
— Marknadsandelarna för de banker som deltog i mötet den 15 oktober 1997	II - 3596
— Osäkerhet rörande gällande bestämmelser	II - 3599
— Förberedande diskussioner inför mötet den 15 oktober 1997	II - 3604
	II - 3625

Direkt bevisning rörande mötet den 15 oktober 1997	II - 3606
— GWK-rapporten	II - 3607
— Vissa bankers uttalanden under det administrativa förfarandet	II - 3612
Konstateranden avseende genomförandet av avtalet om storleken på växlingsprovisionen	II - 3613
Slutsats	II - 3615
D — Avtalet om avgiftsstrukturen för växlingskommissionen	II - 3616
1. Parternas argument	II - 3618
2. Förstainstansrättens bedömning	II - 3619
E — Allmän slutsats	II - 3623
Rättegångskostnader	II - 3623