



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. EMILIOU
fremsat den 12. maj 2022¹

Sag C-883/19 P

**HSBC Holdings plc,
HSBC Bank plc,
HSBC Continental Europe, tidligere HSBC France
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel – konkurrence – artikel 101 TEUF – manipulation af Euribor interbankreferencerenterne – udveksling af fortrolige oplysninger – overtrædelse» med konkurrencebegrænsende formål« – samlet og vedvarende overtrædelse – forlig – hybridprocedure – uskyldsformodning – ret til god forvaltning – pligt til upartiskhed«

I. Indledning

1. Rentederivater i euro (herefter »eurorentederivater«) anvendes ofte som risikoafdækning af banker, institutionelle investorer, virksomheder og enkeltpersoner, der ønsker at beskytte sig mod ændringer i markedsrenterne. Euro Interbank Offered Rates (herefter »Euribor«) spiller en vigtig rolle, eftersom disse renter udgør benchmarket for rentesatserne for alle typer finansielle produkter, f.eks. renteswaps, rentefutures, opsparingskonti og realkreditlån. Til gengæld har Euro Over-Night Index Average (herefter »Eonia«) tidligere fungeret som dag til dag-interbankreferencerente for euroen. Eonia er blevet afskaffet med virkning fra den 3. januar 2022.

2. I denne appel har nogle selskaber tilhørende HSBC-bankkoncernen nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver Rettens dom², for så vidt som Europa-Kommissionen delvist blev frifundet i deres søgsmål med påstand om annullation af en afgørelse fra Kommissionen, hvorved de blev pålagt en bøde for i perioden fra den 12. februar til den 27. marts 2007 at deltage i et kartel på markedet for eurorentederivater med tilknytning til Euribor og/eller Eonia³.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Dom af 24.9.2019, HSBC Holdings m.fl. mod Kommissionen (T-105/17, EU:T:2019:675, præmis 1-12) (herefter »den appellerede dom«).

³ – Kommissionens afgørelse af 7.12.2016 om en procedure i henhold til artikel 101 [TEUF] og artikel 53 i EØS-aftalen (sag AT.39914 – Rentederivater i euro) (C(2016) 8530 final) (herefter »den omtvistede afgørelse«).

3. Denne appel giver anledning til en række processuelle og materielle spørgsmål vedrørende EU's konkurrenceret. Af særlig betydning i denne sammenhæng er Kommissionens pligt til at handle upartisk og til at overholde princippet om uskyldsformodning for de parter, der ikke har indgået forlig, i forbindelse med hybridprocedurer⁴ samt begrebet »overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål«.

II. Den faktiske og retlige baggrund

4. Den faktiske og retlige baggrund for denne sag, som den fremgår af den appellerede dom⁵, kan sammenfattes som følger.

5. Den 14. juni 2011 indgav bankkoncernen Barclays (herefter »Barclays«) en ansøgning til Kommissionen om registrering i henhold til Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager⁶ (EUT 2006, C 298, s. 17), hvori den underrettede Kommissionen om eksistensen af et kartel i sektoren for eurorentederivater og udtrykte ønske om at samarbejde. Den 14. oktober 2011 blev Barclays indrømmet betinget bødefritagelse.

6. Den 5. marts og den 29. oktober 2013 indledte Kommissionen i medfør af artikel 11, stk. 6, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 en traktatbrudsprocedure over for HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc, og HSBC Continental Europe (tidligere HSBC France) (herefter under ét »HSBC« eller »appellanterne«) samt over for Barclays, Crédit Agricole SA og Crédit Agricole Corporate and Investment Bank (herefter under ét »Crédit Agricole«), Deutsche Bank AG, Deutsche Bank Services (Jersey) Ltd og DB Group Services (UK) Ltd (herefter under ét »Deutsche Bank«), JP Morgan Chase & Co., JP Morgan Chase Bank National Association og JP Morgan Services LLP (herefter under ét »JP Morgan«), Royal Bank of Scotland plc og Royal Bank of Scotland Group plc (herefter under ét »RBS«) og Société générale.

7. Barclays, Deutsche Bank, Société générale og RBS ønskede at deltage i en forligsprocedure i medfør af artikel 10a i forordning nr. 773/2004. Appellanterne, Crédit Agricole og JP Morgan besluttede ikke at deltage i denne forligsprocedure.

8. Den 4. december 2013 vedtog Kommissionen afgørelse C(2013) 8512 final om en procedure i henhold til artikel 101 [TEUF] og artikel 53 i EØS-aftalen (sag AT.39914 – Rentederivater i euro (Forlig)) (herefter »forligsafgørelsen«), som var rettet til Barclays, Deutsche Bank, Société générale og RBS, og hvori den konkluderede, at disse virksomheder havde tilsidesat artikel 101 TEUF og EØS-aftalens artikel 53 ved at deltage i en samlet og vedvarende overtrædelse med det formål at fordreje de normale prissætningsmekanismer på markedet for eurorentederivater.

9. Den 19. marts 2014 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til appellanterne samt til Crédit Agricole og JP Morgan.

⁴ – En »hybridprocedure« er en procedure, hvor Kommissionen gennemfører en forligsprocedure i henhold til artikel 10a i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18), som ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 622/2008 af 30.6.2008 vedrørende gennemførelse af forligsprocedurer i kartelsager (EUT 2008, L 171, s. 3), sideløbende med en almindelig administrativ procedure i henhold til artikel 7 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1).

⁵ – Den appellerede doms præmis 1-11.

⁶ – EUT 2006, C 298, s. 17.

10. Appellanterne fik mulighed for at se de tilgængelige dele af Kommissionens sagsakter, og deres juridiske repræsentanter fik desuden indsigt i sagsakterne i Kommissionens lokaler. Appellanterne fik ligeledes indsigt i klagepunktsmeddelelsen til de parter, der havde indgået forlig, til svarene fra disse parter og til forligsafgørelsen.

11. Den 14. november 2014 fremsatte appellanterne skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen, og de udtalte sig under den mundtlige høring, der fandt sted den 15.-17. juni 2015.

12. Den 7. december 2016 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse på grundlag af artikel 7 og 23 i forordning nr. 1/2003.

13. I den omtvistede afgørelses artikel 1 blev det bl.a. anført, at appellanterne havde tilsidesat artikel 101 TEUF og EØS-aftalens artikel 53 ved i perioden fra den 12. februar 2007 til den 27. marts 2007 at have deltaget »i en samlet og vedvarende overtrædelse vedrørende [eurorentederivater]. Denne overtrædelse, der omfattede hele EØS, bestod i aftaler og/eller samordnet praksis, som havde til formål at fordreje de normale prissætningsmekanismer i sektoren for rentederivater i euro [...]«.

14. I henhold til den omtvistede afgørelses artikel 2 blev appellanterne pålagt en bøde på 33 606 000 EUR, som de hæfter solidarisk for.

III. Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

15. Med deres søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF, der blev anlagt den 17. februar 2017, nedlagde appellanterne for Retten i det væsentlige påstand om annullation af den omtvistede afgørelse eller, subsidiært, om ændring af bødens størrelse.

16. I dom af 24. september 2019 forkastede Retten appellanternes anbringender vedrørende: i) Kommissionens konstatering af, at der foreligger en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, ii) Kommissionens konstatering af, at der foreligger en samlet og vedvarende overtrædelse, og iii) en angivelig retlig fejl og en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter under den administrative procedure. Retten fandt imidlertid, at den omtvistede afgørelse var behæftet med en utilstrækkelig begrundelse med hensyn til fastsættelsen af bødens størrelse.

17. Følgelig annullerede Retten delvis den omtvistede afgørelse (punkt 1 i konklusionen) og stadfæstede den delvis (punkt 2 i konklusionen), idet den tilpligtede både appellanterne og Kommissionen at bære deres egne omkostninger (punkt 3 og 4 i konklusionen).

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

18. I appellen for Domstolen, iværksat den 3. december 2019, har appellanterne nedlagt følgende påstande: i) Punkt 2 i den appellerede doms konklusion ophæves, ii) artikel 1, litra b), i den omtvistede afgørelse annulleres eller, subsidiært, artikel 1, litra b), annulleres, for så vidt som den henviser til HSBC's deltagelse i en samlet og vedvarende overtrædelse efter den 19. marts 2007, og iii) Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

19. Kommissionen har for sit vedkommende nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

20. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 16. juli 2020 fik Crédit Agricole og JP Morgan (herefter »intervenienterne«) tilladelse til at intervenere til støtte for appellanternes påstande.

21. Ved afgørelse af 28. juni 2021 ændrede Kommissionen den omtvistede afgørelse og vedtog den på ny for at afhjælpe den utilstrækkelige begrundelse med hensyn til den bøde, der blev pålagt appellanterne (herefter »2021-afgørelsen«)⁷.

22. Ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse vedtaget i henhold til artikel 62 i Domstolens procesreglement er Kommissionen den 7. september 2021 blevet anmodet om at fremlægge en kopi af 2021-afgørelsen og besvare tre spørgsmål vedrørende virkningerne af denne afgørelse i forhold til den (oprindelige) afgørelse, der er genstand for den appellerede dom. Ved skrivelse af 16. september 2021 har Kommissionen meddelt Domstolen, at 2021-afgørelsen kun ændrede betragtningerne til og konklusionen i den omtvistede afgørelse vedrørende størrelsen af den bøde, der var pålagt appellanterne. Omvendt ændrede 2021-afgørelsen ikke de dele af den omtvistede afgørelse, som er genstand for denne appelsag.

23. Appellanterne, intervenienterne og Kommissionen har fremlagt deres synspunkter i retsmødet for Domstolen, der blev afholdt den 26. januar 2022.

V. Bedømmelse

24. I dette forslag til afgørelse behandles hvert af de seks appelanbringender i den rækkefølge, hvori de er fremsat af appellanterne, og anbringender, der vedrører det samme spørgsmål, behandles samlet.

25. Jeg vil derfor først behandle klagepunkterne om Kommissionens tilsidesættelse af visse af appellanternes processuelle rettigheder og garantier (A). Dernæst vil jeg behandle appellanternes anbringender vedrørende Rettens kvalificering af appellanternes adfærd som en overtrædelse »med konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101 TEUF (B). Endelig vil jeg behandle appellanternes argumenter vedrørende Rettens konstateringer om, at appellanterne havde deltaget i en »samlet og vedvarende overtrædelse« (C).

26. Henset til antallet og betydningen af de spørgsmål, som den foreliggende appelsag rejser, vil dette forslag til afgørelse se nærmere på de spørgsmål, der synes at rejse nye retlige spørgsmål, eller som under alle omstændigheder synes at have en vis grad af kompleksitet. Jeg vil derimod behandle de øvrige spørgsmål mere kortfattet, eftersom det efter min opfattelse er muligt at afklare dem på grundlag af fast retspraksis.

⁷ – Kommissionens afgørelse C(2021) 4600 final af 28.6.2021 om ændring af Kommissionens afgørelse C(2016) 8530 final af 7.12.2016 (AT.39914 – Eurorentederivativer).

A. Det første appelanbringende: uskyldsformodningen og retten til god forvaltning

1. Parternes argumenter

27. Med det første appelanbringende, der er rettet mod den appellerede doms præmis 287-292, har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved bedømmelsen af deres anbringender om Kommissionens tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning, deres ret til god forvaltning og deres ret til forsvar.

28. Appellanterne har gjort gældende, at Kommissionen ved at anvende en *forskudt* hybridprocedure⁸ uopretteligt har forringet deres stilling, inden den omtvistede afgørelse faktisk blev vedtaget, og dermed har tilsidesat princippet om uskyldsformodning. I forligsafgørelsen, som ganske vist ikke var rettet til HSBC, blev det faktisk fastslået, at HSBC deltog i en bilateral praksis med en anden bank med det formål at begrænse konkurrencen. Denne konstatering kunne efter appellanternes opfattelse ikke omgøres i den efterfølgende (almindelige) procedure, som vedrørte de parter, der ikke havde indgået forlig, herunder appellanterne.

29. Appellanterne har også gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat deres ret til god forvaltning ved at undlade at handle upartisk ved vurderingen af deres sag. Ifølge appellanterne er denne mangel blevet bekræftet af Den Europæiske Ombudsmand. I 2015 konstaterede Ombudsmanden, at kommissæren med ansvar for konkurrence (herefter »den daværende kommissær«) i 2012 og 2014 havde fremsat offentlige udtalelser, som rimeligvis kunne opfattes således, at Kommissionen (eller kommissæren) allerede havde truffet afgørelse om resultatet af den igangværende undersøgelse, og at dette udgjorde et tilfælde af fejl eller forsømmelser⁹.

30. Appellanterne har gjort gældende, at Retten ved vurderingen af de fremførte argumenter vedrørende uskyldsformodningen og retten til god forvaltning lagde et urigtigt retligt kriterium til grund, idet den pålagde dem at fremlægge bevis for, at afgørelsen ville have været en anden, hvis overtrædelsen ikke havde foreligget¹⁰ (herefter »Suiker Unie-kriteriet«¹¹). Det korrekte retlige kriterium, som ifølge appellanterne burde have været anvendt, er, om der forelå en »bedre chance, om end begrænset«, for, at den pågældende afgørelse ville have fået et andet indhold¹².

31. Intervenienterne har fremført tilsvarende argumenter i denne henseende. Crédit Agricole er navnlig af den opfattelse, at Kommissionen, når overholdelsen af princippet om uskyldsformodning for de parter, der ikke har indgået forlig, ikke fuldt ud kan garanteres i en forligsafgørelse, bør vedtage de forskellige afgørelser (dvs. forligsafgørelsen og de almindelige afgørelser) samtidigt. For så vidt angår Kommissionens pligt til at handle upartisk har Crédit Agricole gjort gældende, at den appellerede dom er behæftet med en utilstrækkelig begrundelse, for så vidt som den vedrører den anførte tilsidesættelse af objektiv upartiskhed, men ikke af subjektiv upartiskhed. JP Morgan er af den opfattelse, at Retten ved at anvende Suiker

⁸ – En hybridprocedure betegnes som »forskudt«, når forligsafgørelsen og den eller de almindelige afgørelser ikke træffes samtidig, men er kronologisk forskudt.

⁹ – Den Europæiske Ombudsmands afgørelse af 11.11.2015 om undersøgelse af klage 1021/2014/PD mod Europa-Kommissionen (herefter »Ombudsmandens afgørelse«).

¹⁰ – Den appellerede doms præmis 289 og 291.

¹¹ – Første gang formuleret i dom af 16.12.1975, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 90 og 91).

¹² – Appellanterne har i denne henseende primært henvist til dom af 16.1.2019, Kommissionen mod United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23, præmis 56).

Unie-kriteriet har pålagt appellanterne en umulig bevisbyrde, hvilket således medfører en tilsidesættelse af deres adgang til effektive retsmidler, der er fastsat i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

32. Kommissionen har for sit vedkommende forkastet appellanternes kritik af den appellerede dom. Kommissionen har anført, at den overholdt både sin pligt til objektiv upartiskhed og princippet om uskyldsformodning, da den vedtog forligsafgørelsen før den omtvistede afgørelse. I denne henseende har Kommissionen fremhævet, at en hybrid forligsprocedure hverken er udelukket af den relevante lovgivning¹³ eller af Unionens retsinstansers praksis¹⁴. Kommissionen er af den opfattelse, at Retten med rette har fastslået, at forligsafgørelsen i) ikke indeholdt nogen konstatering af ansvar eller nogen negativ konstatering imod HSBC, og ii) at den kun indeholdt få henvisninger til HSBC, som var begrænset til det strengt fornødne for at beskrive og fastslå sagsforholdene vedrørende de parter, der havde indgået forlig.

33. Kommissionen har desuden gjort gældende, at Retten ved at anvende Suiker Unie-kriteriet behørigt har fulgt retspraksis, hvorefter enhver uregelmæssighed vedrørende Kommissionens (eller en af dens ansattes) objektive upartiskhed fører til annullation af den pågældende afgørelse, hvis det godtgøres, at afgørelsen ville have fået et andet indhold, hvis uregelmæssigheden ikke havde foreligget¹⁵. Det af appellanterne foreslåede kriterium vedrører ifølge Kommissionen en anden procedurefejl (tilsidesættelse af en virksomheds ret til forsvar), som er forskellig fra den, der er gjort gældende i den foreliggende sag (manglende upartiskhed).

2. Bedømmelse

34. De argumenter, som appellanterne har fremført, vedrører i det væsentlige to punkter, som jeg vil behandle i det følgende.

a) Konsekvenser af procedurefejl

35. I den appellerede dom forkastede Retten appellanternes anbringender vedrørende princippet om uskyldsformodning og retten til god forvaltning som irrelevante. Retten fastslog, at selv om der var sket en tilsidesættelse i denne henseende, ville den proceduremæssige uregelmæssighed, som Kommissionen havde begået, kun føre til annullation af den omtvistede afgørelse, hvis Suiker Unie-kriteriet var opfyldt. For så vidt som Retten allerede havde fastslået, at den omtvistede afgørelse efter den fornødne retlige standard godtgjorde HSBC's deltagelse i den pågældende konkurrencebegrænsende adfærd, konstaterede Retten imidlertid, at dette kriterium ikke var opfyldt.

36. Appellanterne har kritiseret dette ræsonnement, idet de har anført, at Retten anvendte et urigtigt retligt kriterium for så vidt angår følgerne af Kommissionens tilsidesættelser.

37. Jeg er enig.

¹³ – Kommissionen har henvist til artikel 10a i forordning nr. 773/2004 samt punkt 9 i Kommissionens meddelelse om forligsprocedurer med henblik på vedtagelse af beslutninger i henhold til artikel 7 og artikel 23 i [forordning nr. 1/2003] i kartelsager (EUT 2008, C 167, s. 1).

¹⁴ – Jf. især dom af 18.3.2021, Pometon mod Kommissionen (C-440/19 P, EU:C:2021:214) (herefter »Pometon-dommen«).

¹⁵ – Kommissionen har henvist til to afgørelser truffet af Retten, der bekræfter dette kriterium: dom af 6.7.2000, Volkswagen mod Kommissionen (T-62/98, EU:T:2000:180, præmis 281 og 283), og af 10.11.2017, Icap m.fl. mod Kommissionen (T-180/15, EU:T:2017:795, præmis 278).

38. For at forklare, hvorfor jeg er af denne opfattelse, kan det være nyttigt at give en kort oversigt over retspraksis vedrørende konsekvenserne af eventuelle procedurefejl begået af Kommissionen i forbindelse med gennemførelsen af procedurer på konkurrenceområdet. Unionen har faktisk endnu ikke nogen omfattende lovgivning, der fastlægger konsekvenserne af procedurefejl begået af Kommissionen under den administrative procedure¹⁶. Forordning nr. 1/2003 indeholder heller ikke et sæt særlige regler herom. Det påhvilede således Unionens retsinstanser at afhjælpe denne mangel.

39. Ved første øjekast kan retspraksis synes temmelig forskelligartet, for ikke at sige noget forvirret¹⁷. Det er ganske vist ikke umiddelbart klart, hvorfor Unionens retsinstanser f.eks. har fastlagt forskellige retlige kriterier med henblik på at fastslå konsekvenserne af procedurefejl og/eller har fulgt forskellige principper for bevisbyrde og bevisstyrkekrav i denne henseende.

40. Hvis man imidlertid vover sig ud over den rene terminologi i de forskellige retsafgørelser om dette spørgsmål, som strækker sig over flere årtiers retlig aktivitet, og selv om ikke alle domme passer ind i bestemte grupper, kan man identificere *to* hovedkomplekser af fast retspraksis.

41. I det *første* kompleks har Unionens retsinstanser uden videre annulleret afgørelser truffet efter en procedure, i hvilken Kommissionen havde tilsidesat et »væsentligt formkrav«. I disse sager fandt Domstolen, at det ikke var nødvendigt, at de virksomheder, der havde påberåbt sig en procedurefejl, godtgjorde, at en sådan fejl kunne have påvirket procedurens forløb og indholdet af de pågældende afgørelser til skade for dem¹⁸.

42. En streng tilgang i tilfælde, hvor Kommissionen ikke overholder væsentlige formkrav – dvs. grundlæggende bestemmelser af proceduremæssig karakter, der er fastsat i EU's primære eller afledte ret – er efter min opfattelse fuldt ud begrundet. I sådanne tilfælde handler Kommissionen i det væsentlige uden for de retlige rammer, der er fastsat i traktaterne, og i strid med legalitetsprincippet og princippet om tildelte beføjelser¹⁹.

43. I denne henseende bemærkes det, at i henhold til artikel 13, stk. 2, TEU handler Unionens institutioner »inden for rammerne af de beføjelser, der er tildelt [dem] ved traktaterne, og *i overensstemmelse med de procedurer, betingelser og mål, der er fastsat i disse*«²⁰. Det fremgår endvidere af artikel 296, andet led, TEUF, at »[Unionens] retsakter skal begrundes«. Når EU-institutionerne vedtager retsakter med bindende retsvirkninger, kan de således ikke tilsidesætte de mest grundlæggende procedureregler, navnlig ved at følge *sui generis*-procedurer²¹ eller ved at vedtage retsakter, der uden tilstrækkelig begrundelse umuliggør en domstolsprøvelse²².

¹⁶ – Jf. nærmere om dette emne K. Lenaerts, J. Vanhamme, »Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process«, *Common Market Law Review*, bind 34, 1997, s. 531 og 568.

¹⁷ – Vedrørende en oversigt og med yderligere henvisninger til den juridiske litteratur jf. bl.a. E. Barbier de La Serre: »Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends«, *European Public Law*, 2006, s. 225-250, og H.P. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999, s. 167-170.

¹⁸ – Jf. f.eks. dom af 15.6.1994, Kommissionen mod BASF m.fl. (C-137/92 P, EU:C:1994:247, præmis 75 og 76), af 6.4.2000, Kommissionen mod ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188, præmis 40, 41 og 51), og af 21.9.2017, Feralpi mod Kommissionen (C-85/15 P, EU:C:2017:709, præmis 45 og 46).

¹⁹ – Jf. vedrørende princippet om tildelte beføjelser dom af 21.6.2018, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-5/16, EU:C:2018:483, præmis 84 og den deri nævnte retspraksis). I den juridiske litteratur jf. J. Schwarze, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1992, s. 253-256.

²⁰ – Min fremhævelse.

²¹ – Jf. på det konkurrenceretlige område tilsvarende generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Feralpi m.fl. mod Kommissionen (C-85/15 P, C-86/15 P og C-87/15 P, C-88/15 P og C-89/15 P, EU:C:2016:940, punkt 60).

²² – Jf. i denne retning dom af 10.3.2016, HeidelbergCement mod Kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis).

44. Når Kommissionen ikke overholder væsentlige formforskrifter, foreligger der følgelig en klar (og tvingende) almen interesse i at fjerne de retsakter fra Unionens retsorden, der er behæftet med sådanne alvorlige ugyldighedsgrunde. Denne almene interesse berettiger en øjeblikkelig annullation af de pågældende retsakter, uanset om den sameksisterer (og falder sammen) med den private interesse hos nogle virksomheder, hvis processuelle rettigheder er blevet tilsidesat. Derfor behøver de virksomheder, der påberåber sig en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, ikke at bevise, at de har lidt skade som følge af uregelmæssigheden: Den blotte konstatering af uregelmæssigheden medfører annullation af den relevante afgørelse.

45. I det *andet* kompleks af retspraksis har Unionens retsinstanser behandlet proceduremæssige uregelmæssigheder, hvor der ikke kan påvises nogen fremherskende almen interesse i at annullere den pågældende retsakt. I sådanne tilfælde tilkommer det de berørte virksomheder at påberåbe sig overtrædelsen, bevise den efter den behørig standard og – sædvanligvis – forklare dens eventuelle konsekvenser. I disse tilfælde har Unionens retsinstanser generelt anvendt den amerikanske term »harmless error« test (herefter »princippet om harmløse fejl«). Forenklet sagt fører en proceduremæssig uregelmæssighed kun til annullation af den pågældende retsakt, hvis denne uregelmæssighed har eller kan have haft indflydelse på resultatet af proceduren.

46. Den nøjagtige formulering af princippet om harmløse fejl varierede imidlertid mellem de forskellige afgørelser og svingede – afhængigt af de specifikke omstændigheder i hver enkelt sag – mellem en lettere og en strengere udgave. Desuden synes Domstolen i visse tilfælde at have anvendt en formodning i denne henseende. Inden for det kompleks af retspraksis, der vedrører uregelmæssigheder, som hovedsagelig berører privates rettigheder, kan der således findes tre forskellige rækker domme.

47. I den første række domme fulgte Domstolen den *strengeste* udgave af princippet om harmløse fejl, der som tidligere nævnt første gang, i det mindste inden for konkurrenceret, blev formuleret i Suiker Unie-dommen²³. Det er ligeledes det kriterium, Retten anvendte i den appellerede dom. Ifølge denne formulering af kriteriet fører en procedurefejl kun til annullation af Kommissionens afgørelse, hvis sagsøgeren er i stand til at bevise, at proceduren, såfremt denne fejl ikke havde foreligget, *ville* have ført til et andet resultat. I henhold til dette kriterium påhviler det sagsøgeren at bevise »hvad nu hvis«-scenariet, og den tærskel, der udløser annullation af den anfægtede afgørelse, er forbundet med »næsten fuld sikkerhed« eller i det mindste »høj sandsynlighed«.

48. I en anden efterfølgende række domme synes princippet om harmløse fejl at have udviklet sig til en *lettere* udgave. I flere sager har Unionens retsinstanser således anført, at de anfægtede afgørelser skulle annulleres, hvis sagsøgerne kunne godtgøre, at proceduren, såfremt denne fejl ikke havde foreligget, *kunne* have ført til et andet resultat²⁴. I disse sager påhviler bevisbyrden ligeledes, i det mindste i udgangspunktet, sagsøgeren. Bevisstyrkekravet er dog lavere (en simpel »mulighed« er normalt tilstrækkeligt) med den konsekvens, at bevisbyrden, når sagsøgeren har opfyldt den, overgår til Kommissionen.

²³ – Jf. punkt 30 ovenfor.

²⁴ – Jf. bl.a. dom af 26.9.2018, Infineon Technologies mod Kommissionen (C-99/17 P, EU:C:2018:773, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis). I nogle tilfælde er kriteriet (på grund af arten af den rettighed, der angiveligt er krænkede) dog formuleret anderledes, men indholdet er det samme: jf. dom af 26.1.2017, Duravit m.fl. mod Kommissionen (C-609/13 P, EU:C:2017:46, præmis 100 og den deri nævnte retspraksis).

49. Endelig har Domstolen i en tredje række domme, efter at have konstateret en uregelmæssighed i proceduren, der har medført en alvorlig og åbenbar tilsidesættelse af de pågældende virksomheders processuelle rettighed, *formodet*, at denne uregelmæssighed har påvirket eller sandsynligvis har påvirket procedurens udfald. Følgelig har Domstolen ikke krævet, at de pågældende virksomheder skulle fremlægge beviser i denne henseende²⁵.

50. Hvorfor findes princippet om harmløse fejl i alle tre udgaver i retspraksis, og på hvilke typer procedurefejl finder de anvendelse?

51. For at besvare disse spørgsmål kan det være hensigtsmæssigt at undersøge begrundelsen for princippet om harmløse fejl.

52. Unionens retsinstitutters anvendelse af et sådant kriterium kan forklares med, at ikke alle uregelmæssigheder i proceduren i sig selv medfører en tilsidesættelse af en virksomheds rettigheder. Visse procedurefejl påvirker ganske enkelt ikke (og kan ikke påvirke) de retlige interesser, der er beskyttet af de EU-bestemmelser, som tildeler visse rettigheder til de parter, der er genstand for en undersøgelse. En drastisk tilgang til proceduremæssige uregelmæssigheder ville bl.a. give anledning til formalisme og »bureaukrati« i den administrative proces²⁶ til skade for den effektive forfølgelse af almenvellet.

53. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at en effektiv håndhævelse af konkurrencepolitikken udgør et mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen. Traktatens bestemmelser om konkurrenceret udgør nemlig grundlæggende bestemmelser, som er afgørende for, at Den Europæiske Union kan udføre de opgaver, der er overdraget den, og navnlig for det indre markeds funktion²⁷. Derfor skal håndhævelsen af konkurrencereglerne respektere de involverede virksomheders grundlæggende rettigheder, men de grundlæggende rettigheder skal også fortolkes og anvendes på en sådan måde, at de ikke hindrer en *effektiv* håndhævelse af konkurrencereglerne²⁸.

54. Selv når Kommissionen under den administrative procedure tilsidesætter visse af en virksomheds processuelle rettigheder, er det desuden åbenbart, at det mest hensigtsmæssige retsmiddel ikke altid er annullation af den pågældende afgørelse. Hvis det er åbenbart, at den omhandlede procedurefejl trods tilsidesættelsen af virksomhedens rettigheder ikke kunne have haft nogen som helst indvirkning på sagens udfald, forekommer en annullation af afgørelsen både u hensigtsmæssig (da den ikke afhjælper den begærede overtrædelse)²⁹ og uforholdsmæssig (da sanktionen ikke står i et rimeligt forhold til fejlen)³⁰. Der kan være andre retsmidler til rådighed for de pågældende virksomheder, som er mere velegnede til de pågældende omstændigheder³¹.

²⁵ – Jf. f.eks. dom af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686, præmis 62-65).

²⁶ – Jf. herom T.C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 8. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 421.

²⁷ – Jf. i denne retning dom af 20.9.2001, Courage og Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

²⁸ – Jf. i denne retning generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse Kommissionen mod SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:53, punkt 67). I retslitteraturen jf. W. Wils, »Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network,« *World Competition*, 2020, s. 15-18.

²⁹ – Jf. analogt dom af 26.11.2013, Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen (C-40/12 P, EU:C:2013:768, præmis 82).

³⁰ – Tilsvarende dom af 8.7.1999, Hercules Chemicals mod Kommissionen (C-51/92 P, EU:C:1999:357, præmis 68).

³¹ – Som f.eks. et søgsmål om ansvar uden for kontraktforhold mod Unionen: jf. i denne retning dom af 18.9.2003, Volkswagen mod Kommissionen (C-338/00 P, EU:C:2003:473, præmis 165). Det fremgår af artikel 340 TEUF, at »[f]or så vidt angår ansvar uden for kontraktforhold, skal Unionen [...] erstatte skader forvoldt af *dets institutioner eller af dets ansatte* under udøvelsen af deres hverv« (min fremhævelse). I den henseende skal det fremhæves, at begrebet »ansatte« også finder anvendelse på medlemmerne af Kommissionen: jf. i denne retning dom af 15.7.2021, OH (Fritagelse for retsforfølgning) (C-758/19, EU:C:2021:603).

55. Denne logik gælder ligeledes, når de tilsidesatte rettigheder har status af grundlæggende rettigheder. Henset til det brede anvendelsesområde, som såvel Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) som Unionens retsinstanser har tillagt mange af disse rettigheder, er det indlysende, at ikke alle tilsidesættelser er sammenlignelige. Nogle tilsidesættelser er klart mere alvorlige og har større konsekvenser end andre.

56. Under disse omstændigheder forekommer det mig logisk, at princippet om harmløse fejl kan gælde i forskellige udgaver i forskellige tilfælde, navnlig afhængigt af tilsidesættelsens grovhed og sandsynligheden for, at en sådan tilsidesættelse kan påvirke udfaldet af proceduren. Navnlig er den tærskel, som sagsøgeren skal opfylde, lavere, jo større sandsynligheden er, og omvendt³². For så vidt angår det krav til bevisets styrke, som sagsøgeren er underlagt, skal der desuden tages højde for sagsøgerens evne til at fremskaffe og fremlægge (nogle) beviser til støtte for sine angivelser. Derfor kan en skadelig fejl antages at foreligge, når fordelingen af bevisbyrden (helt eller delvist) på de pågældende virksomheder kan svare til at kræve en *probatio diabolica* af dem³³.

57. Henset til Unionens retsinstansers seneste praksis forekommer det mig, at princippet om harmløse fejl i den lettere udgave er blevet »standardkriteriet«, i hvert fald når der er tale om en ægte grundlæggende rettighed i sagen. Dette forekommer mig rimeligt af to primære årsager. For det første er det fastslået, at bevisbyrden for en overtrædelse af konkurrencereglerne påhviler Kommissionen, og at enhver rimelig tvivl bør komme de virksomheder, der undersøges, til gode³⁴. For det andet kan det ofte være særligt vanskeligt for en virksomhed at fremlægge positive beviser for et alternativt og hypotetisk scenario (resultatet af sagen uden den proceduremæssige uregelmæssighed), især i lyset af den skønsmargen, som EU's konkurrenceregler giver Kommissionen, når den overvåger overholdelsen og håndhævelsen af disse regler.

58. Kriteriet i sin strengeste udgave (dvs. Suiker Unie-kriteriet) bør derfor forbeholdes situationer, hvor de påberåbte procedurefejl synes at vedrøre mindre alvorlige uregelmæssigheder.

59. Endelig findes der utvivlsomt tilfælde, hvor der kan antages at være følger for procedurens overordnede korrekthed og retfærdighed, som skyldes en uregelmæssighed. Det drejer sig om de procedurefejl, der ikke blot er særligt alvorlige, men også er af strukturel karakter: fejl, der påvirker de rammer, inden for hvilke proceduren finder sted, og ikke blot fejl, der finder sted inden for en ellers korrekt gennemført procedure³⁵.

60. I denne sammenhæng er jeg enig med appellanterne i, at Retten i den appellerede dom begik en fejl ved at underlægge deres angivelser af en tilsidesættelse af pligten til upartiskhed og af princippet om uskyldsformodning et *strengt* princip om harmløse fejl (Suiker Unie-kriteriet), hvorved den krævede konkrete beviser for, at den omtvistede afgørelse ville have fået et andet indhold, hvis denne uregelmæssighed ikke havde foreligget.

³² – Jf. f.eks. tilgangen med hensyn til angivelige tilsidesættelser af retten til forsvar (dom af 26.9.2018, Infineon Technologies mod Kommissionen, C-99/17 P, EU:C:2018:773, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis), sammenholdt med tilgangen med hensyn til angivelige tilsidesættelser af fortroligheden (dom af 3.12.2009, Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen, C-476/08 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2009:752, præmis 33-35).

³³ – Jf. tilsvarende generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (C-110/10 P, EU:C:2011:257, punkt 37 og 47).

³⁴ – Artikel 2 i forordning nr. 1/2003. Jf. også bl.a. dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 71 og 72).

³⁵ – Her har jeg omskrevet en passage i den amerikanske højesterets dom af 26.3.1991, Arizona mod Fulminante, 499 U.S. 279 (1991), ved 316.

61. Hvis Kommissionen ikke optræder som en upartisk offentlig myndighed ved vurderingen af en given sag – fordi den er partisk, eller fordi den har en forudfattet opfattelse af de undersøgte virksomheders skyld – vil det udgøre en alvorlig tilsidesættelse af dens pligter, som sandsynligvis vil få konsekvenser for procedurens udfald.

62. En sådan fejl kan ganske vist hverken sammenlignes med formaliteter eller detaljer i proceduren eller betragtes som sammenlignelig med fejl, hvis grovhed sandsynligvis kun har ringe indflydelse på den endelige afgørelse. Med hensyn til sådanne fejl bør det derfor være tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder fremlægger elementer, der viser, at disse fejl *kan* have haft indflydelse på procedurens udfald.

63. På baggrund af det ovenstående konkluderer jeg, at Retten begik en fejl ved at anvende et urigtigt retligt kriterium ved prøvelsen af appellanternes angivelser om Kommissionens tilsidesættelse af sin pligt til upartiskhed og af princippet om uskyldsformodning.

b) Forskudt hybridprocedure

64. Dernæst har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, for så vidt som den ikke efterprøvede, om forligsproceduren indeholdt en udtrykkelig eller stiltiende tilkendegivelse af deres skyld.

65. På dette punkt deler jeg ligeledes appellanternes opfattelse. Faktisk forekommer det mig, at denne konklusion følger af Domstolens nylige dom i Pometon-sagen.

66. I Pometon-dommen henviste Domstolen først til sin (og Menneskerettighedsdomstolens) praksis vedrørende uskyldsformodningen, hvoraf det fremgår, at det i komplekse straffesager, hvor tiltalen mod flere mistænkte ikke kan prøves samtidigt, »kan [...] blive [nødvendigt] at henvise til tredjepersoners deltagelse, som måske senere pådømmes særskilt, for at fastslå, om de tiltalte er skyldige. Den pågældende ret skal, hvis de faktiske omstændigheder vedrørende tredjepersoners deltagelse skal indføres, imidlertid undgå at nævne flere oplysninger, end hvad der er nødvendigt for at vurdere, om de personer, der er tiltalt i den sag, der er indbragt for den, ifalder retligt ansvar. Retsafgørelsens begrundelser skal endvidere være formuleret således, at de omhandlede tredjepersoners potentielle skyld ikke foregribes, fordi det kan bringe den retfærdige bedømmelse af de anklager, der er rejst i forbindelse med en separat sag mod de medtiltalte, i fare«³⁶.

67. Domstolen fastslog dernæst, at disse principper *mutatis mutandis* også er relevante, når Kommissionen vedrørende et og samme kartel følger en hybridprocedure, der involverer to særskilte afgørelser. I forbindelse med en sådan procedure kan det være objektivt nødvendigt, at Kommissionen i den afgørelse, der afslutter forligsproceduren, behandler visse omstændigheder og adfærd vedrørende de deltagere i det angivelige kartel, som er genstand for den almindelige procedure. Hvis dette er tilfældet, skal Kommissionen imidlertid i den afgørelse, der afslutter forligsproceduren, sikre beskyttelsen af »uskyldsformodningen for de virksomheder, som afviste at indgå forlig, og som er genstand for den almindelige procedure«³⁷.

³⁶ – Ibidem, præmis 63.

³⁷ – Ibidem, præmis 64 og 65.

68. Endelig fastslog Domstolen også, at »[f]or at føre tilsyn med, at Kommissionen overholder uskyldsformodningen, tilkommer det Unionens retsinstanser at vurdere den afgørelse, der afslutter forligsproceduren, og dens begrundelse i sin helhed og i lyset af de særlige omstændigheder, hvorunder afgørelsen er blevet vedtaget. Udtrykkelige henvisninger i visse passager af denne afgørelse til uskylden for andre deltagere i det angivelige kartel ville nemlig være meningsløs, hvis andre passager i nævnte afgørelse kunne forstås som udtryk for en foregribelse af deres skyld«³⁸.

69. Det er ubestridt, at der i den appellerede dom ikke blev foretaget en analyse som den, Domstolen har krævet i Pometon-sagen.

70. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at selv om Retten ikke har fulgt Pometon-dommens »bogstav« – eftersom denne dom blev afsagt efter afsigelsen af den appellerede dom – har den dog fulgt dens »ånd«. Ifølge Kommissionen har Retten de facto konstateret, at der ikke var sket en tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning for så vidt angår appellanterne.

71. Jeg deler ikke denne opfattelse.

72. Retten har ikke foretaget nogen sådan form for prøvelse, hverken udtrykkeligt eller stiltiende. Som nævnt i punkt 35 ovenfor undersøgte denne retsinstans ikke, om appellanternes anbringender på dette punkt var velbegrundede, eftersom disse anbringender blev anset for irrelevante.

73. Når der ses bort fra spørgsmålet om, hvorvidt det retlige kriterium, som Retten anvendte i denne sammenhæng, var velbegrundet, må det således konstateres, at Retten i den appellerede dom på ingen måde analyserede forligsafgørelsens tekst med henblik på at efterprøve, om denne afgørelse overholdt princippet om uskyldsformodning for HSBC.

74. På dette grundlag er jeg af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl ved efterprøvelsen af appellanternes klagepunkter vedrørende forligsafgørelsens virkninger for deres stilling.

75. På baggrund af det ovenstående er det min opfattelse, at appellanternes første appelanbringende i princippet er velbegrundet.

B. Det andet og det tredje appelanbringende: overtrædelse »med konkurrencebegrænsende formål«

76. Appellanternes andet og tredje appelanbringende vedrører begrebet »overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål« og den måde, hvorpå Retten nåede frem til den konklusion, at deres adfærd gav anledning til en sådan overtrædelse.

1. Parternes argumenter

77. Med det andet appelanbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at anvende artikel 101 TEUF urigtigt i sin karakteristik af genstanden for manipulationen af Euribor den 19. marts 2007 og/eller ved at gengive de relevante beviser urigtigt.

³⁸ – Ibidem, præmis 66.

78. Appellanterne har – støttet af intervenienterne – navnlig gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 101 og 102 at konkludere, at den blotte *mulighed* for, at deltagerne i manipulationen ville tilbyde bedre vilkår end deres konkurrenter (på grund af asymmetrisk information vedrørende niveauet af Euribor) afslører en tilstrækkelig konkurrencebegrænsning til at give anledning til en overtrædelse »med konkurrencebegrænsende formål«. Retten burde have kritiseret Kommissionen for ikke at have undersøgt nøglespørgsmålet om, hvorvidt kendskab til den manipulation, der fandt sted den 19. marts 2007, *tilskyndede* børsmæglerne til at tilbyde mere konkurrencedygtige priser end deres konkurrenter. HSBC fremlagde i denne forbindelse for Retten en sagkyndig rapport, hvoraf det fremgik, at de deltagende børsmæglerne ikke var tilskyndet til at tilbyde mere konkurrencedygtige priser, idet dette ville have mindsket deres fortjeneste. Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 101 af, at denne rapport »[imidlertid kun indeholdt] generelle betragtninger«, udgør en åbenbart urigtig gengivelse af dette bevismateriale.

79. Endvidere har appellanterne med deres tredje appelanbringende – igen støttet af intervenienterne – gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at de to drøftelser af »mids«³⁹ udgjorde overtrædelser »med konkurrencebegrænsende formål«. Retten begik navnlig en fejl, idet den udtalte, at den konkurrencefremmende art af disse drøftelser alene kunne tages i betragtning i sammenhæng med enten begrænsninger, der er accessoriske til en hovedtransaktion, eller en bedømmelse efter artikel 101, stk. 3, TEUF. Navnlig anvendte Retten i den appellerede doms præmis 149-160 doktrinen om »accessoriske begrænsninger« for at vurdere appellanternes argument om, at udvekslingen af oplysninger om medianpriserne i sig selv ikke kunne anses for at være skadelig for de normale konkurrencevilkår.

80. Retten undlod dermed ifølge appellanterne at behandle det egentlige argument, som de havde fremført i første instans. Appellanterne havde for denne retsinstans gjort gældende, at drøftelserne om medianpriser, vurderet i den relevante økonomiske og retlige sammenhæng, faktisk var konkurrencefremmende. Efter appellanternes opfattelse har disse drøftelser reduceret usikkerheden om niveauet af medianpriserne på markedet, hvilket har gjort det muligt for børsmæglerne at fastsætte et smallere spænd mellem købs- og salgsprisen til fordel for deres kunder. Den omhandlede adfærd kunne derfor ikke anses for at være i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF endsiige udgøre en overtrædelse »med konkurrencebegrænsende formål«.

81. Kommissionen har forsvaret begrundelsen i den appellerede dom. Ifølge Kommissionen fokuserer appellanternes kritik kun på en del af Rettens konstateringer uden at rejse tvivl om det mere grundlæggende aspekt, der består i, at den pågældende adfærd ændrede konkurrencestrukturen på markedet. Kommissionen har ligeledes bestridt, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af den klare mening med den sagkyndige rapport, som appellanterne fremlagde i første instans. Ifølge Kommissionen konstaterede Retten blot, at denne rapport ikke var overbevisende.

2. Bedømmelse

82. Som udgangspunkt er jeg ikke overbevist af appellanternes argumenter, som de har fremført i forbindelse med deres andet appelanbringende.

³⁹ – I 34. betragtning til den omtvistede afgørelse (gengivet i den appellerede doms præmis 128) forklares det, at ordet »mid« »henviser til medianen [mid-point] eller gennemsnittet af de købs- og salgspriser (f.eks. opfattede, modellerede, tilbudte eller handlede), der vedrører et bestemt produkt. Der er ofte tale om en pålidelig approksimering af den pris, hvor en market maker vil handle med en kunde, navnlig når markedet er likvidt, og spændet mellem købs- og salgsprisen er begrænset«.

83. For det første omfatter begrebet »med konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF nemlig ifølge fast retspraksis to former for hemmelig adfærd, der *i sig selv* anses for skadelige for den normale konkurrences funktion, således at det ikke er nødvendigt at bevise, at de har konkrete virkninger på markedet⁴⁰. Hvis en konkurrencemyndighed efter at have undersøgt en aftales bestemmelser og formål samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen er blevet godkendt og gennemført, når frem til den konklusion, at en sådan aftale tilhører en kategori af aftaler, hvis skadelige karakter erfaringsmæssigt er almindeligt anerkendt og let identificerbar, skal denne myndighed som sådan ikke efterprøve, om aftalen faktisk har fordrejet konkurrencen.

84. Myndigheden skal blot udelukke muligheden for, at den pågældende aftale, »selv om den var i overensstemmelse med en kategori af aftaler, som normalt anses for konkurrencebegrænsende, ikke desto mindre på grund af særlige omstændigheder er *helt ude af stand* til at medføre skadelige virkninger på markedet, eller som endda er konkurrencefremmende«⁴¹. Med andre ord kræves det blot, at konkurrencemyndigheden, når den står over for en adfærd, der i sig selv er konkurrencebegrænsende, kontrollerer i den konkrete sag, »om der foreligger retlige eller faktiske omstændigheder, der *udelukker*, at den pågældende aftale eller adfærd begrænser konkurrencen«⁴².

85. Forhold, der vedrører de pågældende virksomheders kendskab til, vilje til eller økonomiske interesse i at begrænse konkurrencen, er derfor normalt af begrænset betydning for konkurrencemyndighedens vurdering af, om denne adfærd kan anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål«⁴³. En efterprøvelse af adfærdens *egnethed* til at begrænse konkurrencen er i princippet tilstrækkeligt med henblik herpå.

86. Jeg erindrer i denne sammenhæng ligeledes om, at det ifølge fast retspraksis må antages, at de virksomheder, der deltager i en samordning, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet. Det er således ikke nødvendigt at bevise, for at fastslå en tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, at en sådan udveksling af fortrolige oplysninger faktisk har påvirket konkurrencen på markedet⁴⁴.

87. Af disse grunde kan jeg ikke konstatere nogen retlig fejl i den appellerede doms præmis 101 og 102. Det er efter min opfattelse med rette, at Retten med henblik på at kvalificere den pågældende adfærd som havende et konkurrencebegrænsende formål fastslog, at den omstændighed, at de involverede børsrådgivere angiveligt ikke havde til hensigt og/eller var tilskyndet til at tilbyde de bedste priser, ikke var afgørende.

88. Henset til ovenstående betragtninger kan appellanternes argument om, at Retten angiveligt har foretaget en urigtig gengivelse af beviserne for så vidt angår den sagkyndige økonomiske rapport, der blev fremlagt i første instans, for det andet forkastes som irrelevant. Selv hvis det antages, at denne rapport, som appellanterne har anført, indeholder »specifikke og detaljerede

⁴⁰ – Jf. i denne retning dom af 2.4.2020, Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2020:265, præmis 36).

⁴¹ – Generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 45).

⁴² – Ibidem, punkt 49.

⁴³ – Jf. f.eks. dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 335).

⁴⁴ – Jf. i denne retning dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 127 og den deri nævnte retspraksis).

økonomiske oplysninger om incitamentene hos de børsmæglere, der deltog i manipulationen«, har dette ingen betydning for kvalificeringen af den pågældende adfærd som havende et konkurrencebegrænsende formål.

89. For fuldstændighedens skyld skal det tilføjes, at jeg under alle omstændigheder er enig med Kommissionen i, at Retten blot synes at have anset rapporten for ikke at være overbevisende. Dette er ikke en konstatering, der kan gøres til genstand for appel. Jeg kan ikke se nogen retlig fejl i Rettens (beklageligvis korte) udtalelse, som appellanterne har bestridt.

90. Jeg er derimod enig i de argumenter, som appellanterne har fremført med deres tredje appellanbringende. Jeg er således af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl ved vurderingen af appellanternes angivelser om den pågældende adfærds konkurrencefremmende karakter.

91. I den appellerede doms præmis 154 anførte Retten indledningsvis, at »det med undtagelse af begrænsninger, der er accessoriske til en hovedtransaktion, [...] kun er i forbindelse med bedømmelsen i forhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, at der kan tages hensyn til eventuelle konkurrencefremmende virkninger«. Retten forklarede videre, at der i artikel 101, stk. 1, TEUF ikke indgår en »rule of reason«, dvs. en undersøgelse, der indebærer en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med dens kvalificering af, om den er »konkurrencebegrænsende«.

92. Denne opfattelse afkræftes imidlertid af nyere retspraksis. Som Domstolen præciserede i UK Generics-dommen *skal* der, når parterne i en aftale påberåber sig dens konkurrencefremmende virkninger, tages behørigt hensyn til disse virkninger, som indgår i baggrunden for denne aftale, med henblik på dens kvalificering som en aftale med »konkurrencebegrænsende formål« i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, for så vidt som de kan rejse tvivl om den samlede vurdering af, hvorvidt den pågældende samordnede praksis er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen⁴⁵.

93. Som Domstolen har forklaret, udgør vurderingen af en aftales angivelige konkurrencefremmende virkninger ikke en »rule of reason«, men tilsigter udelukkende at bedømme den objektive grovhed af den pågældende praksis. Når de pågældende virksomheder godtgør, at disse virkninger er relevante, specifikke for den omhandlede aftale og tilstrækkeligt betydelige, giver det anledning til »rimelig tvivl om, hvorvidt den pågældende [aftale] er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed om dens konkurrencebegrænsende formål«⁴⁶.

94. Det fremgår tydeligt, at Retten ikke foretog en sådan vurdering, eftersom den udelukkende undersøgte, om udveksling af oplysninger om medianpriser kunne begrundes i henhold til doktrinen om »accessoriske begrænsninger«. Denne doktrin vedrører imidlertid en anden form for analyse med det formål at undersøge, om visse begrænsninger i aftaleparternes adfærd, som ikke udgør aftalens genstand, kan være berettigede, selv om de er konkurrencebegrænsende, fordi de er direkte forbundet med og nødvendige for gennemførelsen af en aftale, der ikke er konkurrencebegrænsende⁴⁷.

95. Det følger heraf, at den appellerede dom på dette punkt er behæftet med en retlig fejl, for så vidt som Retten anvendte en urigtig retlig ramme til at vurdere og derefter forkaste appellanternes argumenter.

⁴⁵ – Dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 103).

⁴⁶ – Ibidem, præmis 104-107.

⁴⁷ – Jf. bl.a. dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 89-91 og den deri nævnte retspraksis).

96. Jeg konkluderer derfor, at det andet appelanbringende bør forkastes, mens det tredje appelanbringende bør tages til følge.

C. Det fjerde, det femte og det sjette appelanbringende: samlet og vedvarende overtrædelse

97. Det fjerde, det femte og det sjette appelanbringende vedrører Rettens konklusion om, at appellanterne deltog i en »samlet og vedvarende overtrædelse«.

1. Parternes argumenter

98. Appellanterne, støttet af intervenienterne, har gjort gældende, at konklusionen vedrørende deres deltagelse i en samlet og vedvarende overtrædelse hviler på flere fejl.

99. Appellanterne har med deres fjerde appelanbringende indledningsvis gjort gældende, at Retten foretog en åbenbart urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviser vedrørende drøftelserne den 12. februar 2007. Appellanterne har gjort gældende, at der på den pågældende dato var tale om to separate og indbyrdes uafhængige drøftelser mellem de samme børsmæglere. I modsætning til, hvad der er anført i den appellerede dom, vedrørte den første af disse drøftelser imidlertid ikke manipulation af Euribor. Kun den anden drøftelse drejede sig – ifølge appellanterne – om den planlagte manipulation af Euribor den 19. marts 2007.

100. Appellanterne har tilføjet, at Retten begik en lignende fejl for så vidt angår de drøftelser, der fandt sted den 16. februar 2007. Også denne dag fandt der to separate drøftelser sted mellem børsmæglere. Kun den første drøftelse vedrørte medianpriser, mens den anden vedrørte en enkelt historisk transaktion. Retten gengav således – ifølge appellanterne – beviserne urigtigt, da den kvalificerede den anden drøftelse som »samme form for adfærd« som den foregående. Efter deres opfattelse gav den første drøftelse ikke anledning til nogen overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF.

101. Appellanterne har endvidere med deres femte appelanbringende foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 214-229 konkluderede, at de forskellige former for adfærd, der blev identificeret i den omtvistede afgørelse, forfulgte et fælles mål. Efter deres opfattelse baserede Retten denne konklusion på en række fejlagtige vurderinger.

102. Endelig har appellanterne med deres sjette appelanbringende kritiseret Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 255-262 om, at HSBC havde kendskab til, at HSBC deltog i en samlet og vedvarende overtrædelse, som ikke kun omfattede den manipulation, der skete den 19. marts 2007, men ligeledes de drøftelser om udsigten til at gentage denne manipulation, der fandt sted den 19. og 27. marts 2007. Appellanterne er af den opfattelse, at den appellerede dom på dette punkt går ud over konstateringerne i den omtvistede afgørelse.

103. Kommissionen er af den opfattelse, at det fjerde, det femte og det sjette appelanbringende ikke kan antages til realitetsbehandling eller er irrelevante, og at de under alle omstændigheder er ugrundede.

104. For så vidt angår det fjerde appelanbringende har Kommissionen anført, at Retten har vurderet formålet med drøftelserne den 12. og 16. februar 2007 korrekt. Ifølge Kommissionen er HSBC's forsøg på at opdele samtalerne i separate udvekslinger med forskellige formål kunstige. Kommissionen har tilføjet, at dette appelanbringende under alle omstændigheder er irrelevant,

for så vidt som Rettens konstateringer vedrørende den konkurrencebegrænsende udveksling, der fandt sted mellem den 12. februar 2007 og den 27. marts 2007, fortsat ville være korrekte, selv hvis appellanternes argumenter blev taget til følge.

105. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at Retten ikke begik en fejl ved at bekræfte sin analyse af, at de forskellige former for adfærd, der blev identificeret i den omtvistede afgørelse, havde et fælles mål. Dette mål forklares i 445. betragtning til den omtvistede afgørelse, som ikke anfægtes i den appellerede dom: »[at mindske] pengestrømmene i forbindelse med [karteldeltagernes] betalinger (eller [at øge] dem i forhold til, hvad de skulle modtage) og dermed [at øge] værdien af de eurorentederivater, som indgik i deres portefølje, til skade for modparterne i forbindelse med disse eurorentederivater«. Kommissionen har tilføjet, at appellanternes argumenter på dette punkt under alle omstændigheder ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom de blot anfægter visse af Rettens vurderinger af de faktiske omstændigheder.

106. Desuden skal det sjette appelanbringende – efter Kommissionens opfattelse – både afvises og anses for ugrundet. Kommissionen har gjort gældende, at appellanterne ligeledes på dette punkt har anfægtet Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne vedrørende HSBC's kendskab til andre bankers deltagelse i den omhandlede adfærd. Under alle omstændigheder har Kommissionen fastholdt, at Rettens vurdering var korrekt og fuldt ud i overensstemmelse med konstateringerne i den omtvistede afgørelse.

2. *Bedømmelse*

107. Jeg er ikke overbevist af de argumenter, som appellanterne og intervenienterne har fremført for at anfægte rigtigheden af Rettens vurdering af HSBC's deltagelse i en samlet og vedvarende overtrædelse.

108. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det følger af artikel 256, stk. 1, andet afsnit, TEUF og af artikel 58, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, at det i princippet alene er Retten, der har kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og til at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Kun en urigtig gengivelse af beviserne fra Rettens side udgør et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret⁴⁸.

109. Appellanterne har kun påberåbt sig en urigtig gengivelse af beviserne i forbindelse med deres fjerde appelanbringende. Der forekommer imidlertid ingen sådan påberåbelse for så vidt angår det femte og det sjette appelanbringende, selv om disse anbringender ikke rejser noget reelt retsspørgsmål.

110. Appellanterne og intervenienterne har hverken kritiseret Rettens fortolkning af begrebet »samlet og vedvarende« overtrædelse (eller af de elementer, der indgår heri, såsom det »fælles mål«) eller mere generelt bestridt den retlige ramme, der er anvendt i den appellerede dom. De har i det væsentligste bestridt Rettens konkrete konstateringer vedrørende formålet med, karakteren af og konteksten for en række drøftelser mellem børsrådgivere.

⁴⁸ – Jf. i denne retning dom af 28.1.2021, Qualcomm og Qualcomm Europe mod Kommissionen (C-466/19 P, EU:C:2021:76, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

111. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, har appellanterne og intervenienterne derfor de facto anmodet Domstolen om at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne med hensyn til, om appellanternes har deltaget i en samlet og vedvarende overtrædelse. Dette kan imidlertid ikke antages til realitetsbehandling i appelsagen.

112. Det femte og det sjette appelanbringende bør derfor afvises. Hvad angår det fjerde appelanbringende er jeg i øvrigt af den opfattelse, at det bør forkastes som grundet.

113. I den forbindelse vil jeg gerne påpege, at i henhold til fast retspraksis skal en urigtig gengivelse fremgå åbenbart af sagsakterne, uden at der er behov for en ny vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne⁴⁹. For at godtgøre, at der foreligger en urigtig gengivelse, er det ikke tilstrækkeligt at foreslå en anden fortolkning af de nævnte beviser end den, som Retten havde lagt til grund⁵⁰.

114. I den foreliggende sag er det ganske vist ikke nogen let opgave at fastslå det »sande« indhold og den »sande« betydning af samtalerne den 12. og 16. februar 2007. Det kræver, at man skal tyde de skriftlige meddelelser, der blev udvekslet mellem børsmæglerne, og at der tages hensyn til, at udvekslingen af disse meddelelser blev afbrudt af perioder, hvor børsmæglerne kommunikerede telefonisk.

115. Appellanterne har givet en anden forklaring på disse samtaler end den, som Retten havde lagt til grund. Det forekommer mig imidlertid på ingen måde, at appellanternes redegørelse er mere troværdig eller mere sandsynlig end Rettens, og endnu mindre, at der foreligger en materiel fejl i Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne, som kræves for at godtgøre en urigtig gengivelse.

116. Henset til det ovenstående bør det fjerde, det femte og det sjette appelanbringende efter min opfattelse forkastes.

VI. Konsekvenser af bedømmelsen

117. I dette forslag til afgørelse har jeg konkluderet, at det første og det tredje appelanbringende er velbegrundede.

118. Det følger ikke desto mindre af fast retspraksis, at selv om præmisserne i en retsafgørelse afsagt af Retten afdækker en tilsidesættelse af EU-retten, men konklusionen forekommer berettiget af andre retlige grunde, bevirker en sådan tilsidesættelse ikke, at denne afgørelse skal ophæves, og at præmisserne skal ændres⁵¹. I sådanne tilfælde må appellen forkastes⁵².

119. Af de grunde, som jeg vil redegøre for nedenfor, er dette tilfældet i den foreliggende sag.

⁴⁹ – Jf. dom af 4.4.2017, Ombudsmanden mod Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁰ – Jf. dom af 25.7.2018, QuaMa Quality Management mod EUIPO (C-139/17 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2018:608, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

⁵¹ – Jf. senest dom af 11.11.2021, Autostrada Wielkopolska mod Kommissionen og Polen (C-933/19 P, EU:C:2021:905, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

⁵² – Jf. dom af 22.9.2020, Østrig mod Kommissionen (C-594/18 P, EU:C:2020:742, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

A. Ret til god forvaltning, uskyldsformodning og ret til forsvar

120. Indledningsvis bemærkes det, at retten til god forvaltning er fastsat i chartrets artikel 41, hvorefter »[e]nhver har ret til at få sin sag behandlet *uvildigt*, retfærdigt og inden for en rimelig frist af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer«⁵³. Som Retten anførte i den appellerede dom, dækker dette krav om upartiskhed dels den *subjektive* upartiskhed, hvilket vil sige, at ingen af den omhandlede institutions medlemmer med ansvar for sagen må give udtryk for partiskhed eller en personlig forudfattet mening, dels den *objektive* upartiskhed, hvilket vil sige, at institutionen skal sikre en tilstrækkelig garanti for, at enhver rimelig tvivl herom kan udelukkes⁵⁴.

121. Princippet om uskyldsformodning er til gengæld fastsat i chartrets artikel 48, som i overensstemmelse med EMRK's artikel 6, stk. 2, bestemmer, at »[e]nhver, der anklages for en lovovertrædelse, anses for uskyldig, indtil hans eller hendes skyld er bevist i overensstemmelse med loven«. Det er velkendt, at dette princip i betragtning af de omhandlede overtrædelsers karakter og de deraf følgende sanktioners art og strengthed også gælder for procedurerne vedrørende overtrædelser af de konkurrenceregler, der gælder for virksomheder, og som kan føre til, at der pålægges bøder eller tvangsbøder⁵⁵.

122. Endelig har Domstolen gentagne gange fastslået, at princippet om overholdelse af retten til forsvar er et grundlæggende princip i EU-retten. Dette princip ville blive tilsidesat, hvis en retsafgørelse baseredes på faktiske omstændigheder og dokumenter, som parterne eller en af disse ikke har kunnet skaffe sig kendskab til, og som de således ikke har kunnet tage stilling til⁵⁶.

123. Appellanterne – støttet af intervenienterne – har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat disse rettigheder på i det væsentlige to måder. For det første har appellanterne anført, at Kommissionen gjorde dette ved at følge en forskudt hybridprocedure og ved at vedtage en forligsafgørelse, der de facto fandt HSBC ansvarlig for overtrædelse af artikel 101 TEUF. For det andet har appellanterne klaget over visse udtalelser, som den daværende kommissær med ansvar for konkurrencepolitikken fremsatte, inden den omtvistede afgørelse blev vedtaget.

124. Ingen af disse argumenter er efter min opfattelse overbevisende. Som jeg vil redegøre for nedenfor, er disse principper og rettigheder imidlertid ikke blevet tilsidesat. Under alle omstændigheder har appellanterne ikke fremlagt nogen forhold, der kunne antyde, at den omtvistede afgørelse kunne have været anderledes, hvis de angivelige uregelmæssigheder ikke havde foreligget.

1. Hybridprocedure

125. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ved at følge en forskudt hybridprocedure uopretteligt har forringet deres stilling, inden den omtvistede afgørelse faktisk blev vedtaget. Selv om forligsafgørelsen ikke var rettet til dem, indeholdt den adskillige og unødvendige henvisninger til HSBC, således at HSBC's ansvar de facto allerede var blevet fastslået.

⁵³ – Jf. stk. 1 (min fremhævelse).

⁵⁴ – Jf. præmis 286, hvori der henvises til Domstolens praksis.

⁵⁵ – Jf. bl.a. dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁶ – Jf. f.eks. dom af 12.11.2014, Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis).

126. Jeg finder ikke appellanternes argumenter overbevisende.

127. Det skal indledningsvis bemærkes, at Domstolen tidligere har fastslået, at der ikke er noget til hinder for, at Kommissionen følger en *forskudt* hybridprocedure i forhold til de forskellige deltagere i et kartel⁵⁷. Det ville være i strid med forligsprocedurernes formål, som er at forenkle og fremskynde administrative procedurer samt at begrænse antallet af søgsmål, som anlægges for EU's retsinstanser med det sigte at gøre det muligt for Kommissionen at behandle flere sager med de samme ressourcer⁵⁸, at kræve, at Kommissionen skal vedtage både forligsafgørelsen og de dertil knyttede almindelige afgørelser på samme tid.

128. Crédit Agricole har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen bør gøre dette, *når* der ikke foreligger tilstrækkelige garantier for, at uskyldsformodningen for de parter, der ikke har indgået forlig, vil blive respekteret i forbindelse med en forskudt hybridprocedure.

129. Selv om jeg teoretisk kan tilslutte mig en sådan antagelse, har jeg i praksis vanskeligt ved at forestille mig de omstændigheder, hvorunder Kommissionens vedtagelse af en forligsafgørelse – selv hvis alle mulige garantier og forholdsregler træffes – uundgåeligt vil medføre, at der fastslås et ansvar for de parter, der ikke har indgået forlig.

130. Som Retten således med rette har anført i en nyere afgørelse, befinder såvel de berørte virksomheder som Kommissionen inden for rammerne af en procedure, der er reguleret ved bestemmelserne i forordning nr. 1/2003, sig i forhold til en tidligere forligsprocedure i en situation med »tabula rasa«, hvor ansvaret stadig skal fastlægges. Inden for rammerne af denne procedure er Kommissionen udelukkende bundet af den klagepunktsmeddelelse, der er rettet til de pågældende virksomheder, og skal – hvilket næppe er nødvendigt at fremhæve – give disse virksomheder alle muligheder for at blive hørt under behørig hensyntagen til de retlige og faktiske omstændigheder, som disse virksomheder har fremlagt⁵⁹.

131. Der er intet til hinder for, at Kommissionen på trods af forskellige faktiske og retlige konstateringer i forligsafgørelsen når frem til en anden konklusion i den efterfølgende almindelige afgørelse, når den forelægges nye argumenter eller nye beviser. Kommissionen kan med andre ord ikke i den efterfølgende afgørelse nøjes med at støtte sig på konstateringerne i forligsafgørelsen. Enhver beslutning, som vedtages af Kommissionen på grundlag af bestemmelserne i forordning nr. 1/2003, skal principielt være en selvstændig beslutning, hvori myndighedernes konklusioner er tilstrækkeligt og uafhængigt underbygget og begrundet⁶⁰.

132. Hvad angår appellanternes hovedargument må jeg indledningsvis anføre, at jeg ikke kan se, hvordan henvisningerne til HSBC i forligsafgørelsen kan anses for uopretteligt at have skadet appellanternes stilling i forbindelse med den sideløbende procedure.

133. På det *formelle plan* er det ubestridt mellem parterne, at forligsafgørelsen ikke tilsigter at have og ikke kan have nogen retsvirkning, i det mindste ikke direkte, i forhold til appellanterne, eftersom de ikke er adressater for denne afgørelse⁶¹ og ikke er nævnt i dens dispositive del.

⁵⁷ – Jf. navnlig Pometon-dommen (præmis 63).

⁵⁸ – Jf. dom af 20.5.2015, Timab Industries og CFPR mod Kommissionen (T-456/10, EU:T:2015:296, præmis 60).

⁵⁹ – Dom af 2.2.2022, Scania m.fl. mod Kommissionen (T-799/17, EU:T:2022:48, præmis 129).

⁶⁰ – Jf. analogt generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, punkt 42 og 48).

⁶¹ – Jf. navnlig første og anden betragtning til forligsafgørelsen.

134. Desuden fremgår det utvetydigt af tredje betragtning til forligsafgørelsen, at denne afgørelse kun er baseret på kendsgerninger, som de parter, der har indgået forlig, har accepteret, og at den »ikke fastslår, at [de] parter, der ikke har indgået forlig, er ansvarlige for deltagelse i en overtrædelse af EU's konkurrenceregler i denne sag«. Denne betragtning indeholder også en fodnote (fodnote 4), hvori det anføres, at den adfærd, der er omtalt i den pågældende afgørelse, »som involverer de parter, der ikke har indgået forlig, udelukkende anvendes til at fastslå ansvaret for de parter, der har indgået forlig [...]«.

135. Forekomsten af disse »ansvarsfraskrivelser« er ganske vist ikke tilstrækkelig til at udelukke den af appellanterne angivne tilsidesættelse, eftersom Kommissionen, således som det fremgår af Pometon-dommen, i en forligsafgørelse bør undgå at nævne flere oplysninger, end hvad der er nødvendigt for at vurdere det retlige ansvar for de virksomheder, der ikke deltager i denne procedure. Forligsafgørelsens begrundelser bør desuden være formuleret på en sådan måde, at der undgås en potentiel foregribelse af skyldsspørgsmålet for de parter, der ikke har indgået forlig, hvilket bør være genstand for særskilte procedurer.

136. Derfor skal forligsafgørelsen i den foreliggende sag undersøges i sin helhed for at kontrollere, om de henvisninger til HSBC, der er indeholdt heri – på trods af de elementer, der er anført i punkt 133 og 134 ovenfor – de facto kan forstås som foregribende udtryk for deres skyld. Med andre ord, med de udtryk, som appellanterne har anvendt i deres stævning, »fastfryses« HSBC's stilling i forligsafgørelsen i et sådant omfang, at dette ikke kan »korrigeres« i den efterfølgende procedure?

137. Appellanterne har i denne forbindelse gjort indsigelse mod, at Kommissionen i fodnote 4 i forligsafgørelsen har defineret begrebet »parter« som »alle virksomheder, der er omfattet af proceduren«, hvilket således også omfatter de parter, der ikke har indgået forlig. Kommissionen har efterfølgende beskrevet den omhandlede praksis (i forligsafgørelsens afsnit 4) og tilskrevet den »parterne«⁶². I denne sammenhæng har Kommissionen også omtalt de bilaterale kontakter mellem Barclays og bl.a. HSBC⁶³. I forbindelse med vurderingen af den konkurrencebegrænsende karakter af den omhandlede praksis henvises der i forligsafgørelsen til den praksis, der er beskrevet i afsnit 4 heri.

138. Efter min opfattelse er ingen af disse henvisninger, hverken hver for sig eller i kombination, imidlertid problematiske.

139. For det første er der temmelig få henvisninger til de parter, der ikke har indgået forlig, i forligsafgørelsen, og ingen af dem er omfattet af den del af forligsafgørelsen, der vedrører den »retlige vurdering« heri⁶⁴. For det andet, og hvad der er vigtigere, har alle disse henvisninger en beskrivende karakter og indebærer ikke – hverken direkte eller indirekte – en vurdering af HSBC's retsstilling.

140. Kommissionen har ganske vist i forbindelse med den del af forligsafgørelsen, der vedrører den retlige vurdering, anført krydshenvisninger til den dispositive del heraf, hvori HSBC er nævnt enten direkte eller indirekte.

⁶² – 32. betragtning.

⁶³ – 36. betragtning.

⁶⁴ – 42.-109. betragtning.

141. For så vidt som forligsparternes adfærd, der var genstand for forligsafgørelsen, omfattede kontakter med de parter, der ikke havde indgået forlig, og disse kontakter har en vis betydning i afgørelsens struktur, kan Kommissionen imidlertid ikke forventes at udelade disse oplysninger. HSBC's interesse i denne henseende skal afvejes i forhold til Kommissionens forpligtelse til at vedtage en afgørelse, der så vidt muligt er fuldstændig og gennemsigtig, og som indeholder en tilstrækkelig faktisk og retlig begrundelse. Disse henvisninger er således »objektivt nødvendige« for at fastslå, om de parter, der har indgået forlig, ifalder ansvar som omhandlet i Pometon-dommen.

142. Det forekommer mig således, at der ikke er tale om en skjult eller tilfældig vurdering af HSBC's ansvar i *forligsafgørelsen*. Afgørelsen indeholder heller ikke nogen henvisning til HSBC, som forekommer unødvendig eller overflødig.

143. Undersøgelsen af den *omtvistede afgørelse* bekræfter min konklusion. Henvisningerne til forligsafgørelsen er nemlig – endnu engang – begrænset til den omtvistede afgørelses dispositive dele. Den retlige vurdering af den pågældende adfærd og det ansvar, der er gældende for de parter, der ikke har indgået forlig, hviler i denne henseende nemlig på en selvstændig analyse, som på intet tidspunkt er baseret på konstateringerne i forligsafgørelsen. Hele vurderingen foretages ex novo i lyset af de argumenter og beviser, som adressaten for den omtvistede afgørelse har fremført. Kommissionens konstateringer er derfor selvstændigt begrundede og underbyggede.

144. På baggrund af det ovenstående kan jeg ikke se noget overbevisende argument, der foranlediger mig til at konkludere, at appellanternes ansvar retligt eller faktisk blev fastslået i forligsafgørelsen, således at Kommissionen i praksis ikke var i stand til at ændre sine konklusioner i den efterfølgende afgørelse. Argumenterne om en angivelig tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning som følge af anvendelsen af en forskudt hybridprocedure må derfor forkastes.

2. *Kommissærens udtalelser*

145. Det følger af fast retspraksis, at princippet om uskyldsformodning først og fremmest kræver, at medlemmerne af en domstol under udøvelsen af deres hverv ikke tager udgangspunkt i en forudfattet opfattelse af, at den tiltalte har begået den lovovertrædelse, som foreholdes vedkommende, og at bevisbyrden påhviler anklagemyndigheden, og enhver tvivl herom kommer tiltalte til gode⁶⁵.

146. Det følger i øvrigt af Menneskerettighedsdomstolens faste praksis, at princippet om uskyldsformodning ligeledes udelukker, at offentlige myndigheder for tidligt giver udtryk for den opfattelse, at den person, der er tiltalt for en lovovertrædelse, er skyldig, før dette er bevist i henhold til loven. Disse udtalelser kan nemlig tilskynde offentligheden til at tro på den pågældendes skyld, hvilket skader vedkommendes omdømme og værdighed og er til skade for de kompetente myndigheders rolige og upartiske vurdering af sagen⁶⁶.

⁶⁵ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 6.12.1988, Barberà, Messegué og Jabardo mod Spanien (CE:ECHR:1988:1206JUD001059083, § 77).

⁶⁶ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 24.4.2008, Ismoilov m.fl. mod Rusland (CE:ECHR:2008:0424JUD000294706, § 161 og den deri nævnte retspraksis).

147. De pågældende offentlige myndigheder omfatter ikke blot dommere, men også andre embedsmænd (f.eks. undersøgelsesmyndigheder og andre repræsentanter for staten)⁶⁷. Sidstnævntes udtalelser er imidlertid underlagt en mindre streng kontrol end de retlige myndigheders udtalelser⁶⁸.

148. Derudover har Menneskerettighedsdomstolen fastslået, at princippet om uskyldsformodning i lyset af ytringsfriheden – og, vil jeg tilføje, i lyset af kravene om åbenhed og gennemsigtighed i den offentlige forvaltning⁶⁹ – ikke kan forstås således, at det forhindrer de offentlige myndigheder i at informere offentligheden om igangværende undersøgelser. Det forholder sig således på den betingelse, at myndighederne herved udøver det fornødne skøn og udviser den fornødne forsigtighed⁷⁰.

149. I retspraksis er der konsekvent blevet sondret grundlæggende mellem på den ene side udtalelser om, at en person blot er *mistænkt* for at have begået en forbrydelse, og på den anden side tydelige udtalelser – uden at der foreligger en endelig dom – om, at en person faktisk har begået den pågældende forbrydelse. Førstnævnte er generelt blevet betragtet som legitime, mens sidstnævnte krænker princippet om uskyldsformodning⁷¹.

150. Myndighedernes ordvalg i deres udtalelser er naturligvis af afgørende betydning i denne henseende⁷². Det, der imidlertid har størst betydning, navnlig i »grænsetilfælde«, er imidlertid den *reelle betydning* af myndighedernes udtalelser og ikke deres bogstavelige form⁷³.

151. Under visse omstændigheder har Menneskerettighedsdomstolen fastslået, at anvendelsen af uheldig sprogbrug, der kan kritiseres, ikke er afgørende for så vidt angår angivelige tilsidesættelser af uskyldsformodningen⁷⁴. Det følger nemlig af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt en udtalelse fra en offentlig myndighed udgør en tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning, skal afgøres inden for rammerne af de *særlige omstændigheder*, hvorunder denne udtalelse er fremsat⁷⁵.

152. Var der på denne baggrund tale om en tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning i appellanternes tilfælde som følge af den daværende kommissærs udtalelser i 2012 og 2014?

153. Selv om jeg har en vis forståelse for appellanternes argumenter, mener jeg ikke, at der er sket en sådan tilsidesættelse.

⁶⁷ – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.1995, *Allenet de Ribemont mod Frankrig* (CE:ECHR:1995:0210JUD00151789, § 35).

⁶⁸ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 21.9.2006, *Pandy mod Belgien* (CE:ECHR:2006:0921JUD001358302, § 43).

⁶⁹ – Jf. navnlig artikel 10, stk. 3, og artikel 11, stk. 2, TEU.

⁷⁰ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.2.1995, *Allenet de Ribemont mod Frankrig* (CE:ECHR:1995:0210JUD00151789, § 38).

⁷¹ – Jf. blandt mange Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.11.2015, *El Kaada mod Tyskland* (CE:ECHR:2015:1112JUD000213010, § 54).

⁷² – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 27.3.2014, *Müller mod Tyskland* (CE:ECHR:2014:0327JUD005496308, § 46).

⁷³ – Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.11.2002, *Lavents mod Letland* (CE:ECHR:2002:1128JUD005844200, § 126).

⁷⁴ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 27.2.2014, *Karaman mod Tyskland* (CE:ECHR:2014:0227JUD001710310, § 63 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁵ – Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 28.10.2004, *Y.B. m.fl. mod Tyrkiet* (CE:ECHR:2004:1028JUD004817399, § 44), og af 24.5.2011, *Konstas mod Grækenland* (CE:ECHR:2011:0524JUD005346607, § 33).

154. Indledningsvis bemærkes det, at den daværende kommissær var medlem af en administrativ institution (Kommissionen), der i den foreliggende sag handlede som undersøgelsesmyndighed. Derfor er den standard, der skal anvendes på hans udtalelser, ikke så høj, som den ville have været, hvis kommissæren havde været en del af retsvæsenet.

155. Det må imidlertid erkendes, at disse udtalelser på grund af de anvendte ord og den måde, hvorpå de blev fremsat, bevæger sig på en hårfin grænse mellem udtalelser om en simpel mistanke og foregribende tilkendegivelser af skyld. På baggrund af flere forhold er jeg ikke desto mindre tilbøjelig til at mene, at disse udtalelser er uheldige, men forholdsvis »uskadelige«.

156. Hvad for det første angår *indholdet* af de omhandlede udtalelser er det korrekt, at flere bemærkninger var tvetydige, og at nogle af dem kunne opfattes af en del af offentligheden som en antydning af, at (nogle eller alle) de virksomheder, der var genstand for undersøgelsen, kunne have begået en overtrædelse af EU-konkurrencereglerne⁷⁶. Det kan imidlertid ikke benægtes, at disse udtalelser forblev temmelig vage og generiske og ikke var nok til at erklære de undersøgte virksomheder skyldige. Disse udtalelser indeholdt heller ikke nedsættende eller skarp sprogbrug om de virksomheder, der blev undersøgt. De henviste heller ikke til en eller flere specifikke virksomheder eller gav specifikke oplysninger, som kunne gøre det muligt at identificere en eller flere bestemte virksomheder, eller afslørede fortrolige oplysninger eller forretningshemmeligheder, som kunne have skadet disse virksomheder.

157. Hvad for det andet angår den *sammenhæng*, hvori de omhandlede udtalelser blev fremsat, forekommer ordene »hvor«, »hvorfor« og »hvornår« mig at være særligt relevante. Disse udtalelser blev fremsat henholdsvis i) i Europa-Parlamentet, ii) i det franske senat og iii) under et interview med fagpressen. De omhandlede udtalelser havde til formål at *informere* andre (EU-institutioner eller nationale) institutioner og aktører i de berørte sektorer om status på en igangværende undersøgelse. I en verden, der stadig er ved at komme sig over de ødelæggende virkninger af finanskrisen i 2007-2008 (hvis rødder skal findes i en række globale finansielle institutioners uansvarlige adfærd), og hvor Den Europæiske Union er i gang med en betydelig reform af sektoren for finansielle tjenesteydelser, var sådanne oplysninger klart af stor interesse for offentligheden. Desuden blev udtalelserne fremsat, efter at det allerede var blevet offentliggjort, at sektoren for eurorentederivater var genstand for en undersøgelse⁷⁷.

158. Hvad for det tredje angår de eventuelle *konsekvenser* af de omhandlede udtalelser kan jeg ikke se – og appellanterne har heller ikke søgt at forklare nærmere – hvorledes disse udtalelser kan have påvirket appellanternes omdømme og værdighed eller have været til skade for en rolig og upartisk vurdering af forholdet fra Kommissionens side⁷⁸.

159. Navnlig har appellanterne har ikke bestridt, at i) de i forbindelse med den administrative procedure har nydt godt af alle de processuelle garantier, der er fastsat i EU-retten, ii) at både forligsafgørelsen og den omtvistede afgørelse er retsakter, der er vedtaget af Kommissionen (dvs. af kommissærkollegiet) og ikke af kommissæren med ansvar for konkurrencepolitikken, og iii) at den person, der havde fremsat de omhandlede udtalelser ikke længere var kommissær med ansvar for konkurrencepolitikken, på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede afgørelse.

⁷⁶ – Jf. Ombudsmandens afgørelse, s. 1 og 5.

⁷⁷ – Jf. f.eks. Kommissionens pressemeddelelse af 19.10.2011, »Antitrust: Commission confirms inspections in suspected cartel in the sector of Euro interest rate derivatives« (MEMO/11/711).

⁷⁸ – Jf. i denne henseende også Ombudsmandens afgørelse, s. 4.

160. I lyset af det ovenstående forekommer det mig, at de omhandlede udtalelser – som ganske vist kan kritiseres, som Ombudsmanden har anført – dog ikke er af en sådan art og alvor, at de rejser tvivl om den grad af upartiskhed, hvormed Kommissionen har gennemført sin *undersøgelse* og vurderet deres stilling i den *omtvistede afgørelse*.

161. Under alle omstændigheder er jeg af den opfattelse, at selv om Domstolen måtte fastslå, at de omhandlede udtalelser har medført en tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning, har appellanterne ikke fremlagt nogen oplysninger, der godtgør, at disse udtalelser kan have påvirket procedurens udfald.

162. Endelig vil jeg blot tilføje, at appellanternes yderligere angivelser i denne forbindelse om en tilsidesættelse af deres ret til forsvar ikke giver anledning til yderligere spørgsmål end de ovenfor nævnte. Det er derfor uforholdsmæssigt at foretage en særskilt undersøgelse af disse angivelser.

163. Appellanternes angivelser om tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning, retten til god forvaltning og retten til forsvar bør derfor efter min opfattelse forkastes.

B. Konkurrencebegrænsende formål

164. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at den omhandlede informationsudveksling, idet den reducerede børsmæglernes usikkerhed med hensyn til niveauet for medianpriser på markedet, gjorde det muligt for dem at fastsætte et mindre spænd mellem købs- og salgspriser til fordel for kunderne, hvilket ville resultere i øget konkurrence på det relevante marked.

165. Dette argument forekommer mig heller ikke overbevisende. Retspraksis i denne henseende er forholdsvis klar, og jeg vil som sådan begrænse min bedømmelse til nogle korte bemærkninger.

166. Indledningsvis tvivler jeg på, at den omhandlede adfærd på grund af/i betragtning af sin virkning kan anses for at være *konkurrencefremmende*. Henset hertil bemærker jeg, at oplysninger om medianpriser, i det mindste hvad angår visse derivater, generelt er fortrolige og ikke offentligt tilgængelige. HSBC og JP Morgan har under undersøgelsen selv bekræftet den manglende gennemsigtighed på markedet for eurorentederivater⁷⁹. Desuden, og hvad der er vigtigt, er oplysningerne om medianpriser særligt relevante for prisfastsættelsen i sektoren for eurorentederivater. En børsmægler, der har kendskab til sine konkurrenters medianpriser, har bedre mulighed for at bestemme disse konkurrenters endelige købs- eller salgspriser mere nøjagtigt⁸⁰.

167. Jeg ser ikke noget konkurrencefremmende aspekt ved denne adfærd. Udvekslingen af fortrolige oplysninger om medianpriser gav ikke de pågældende banker mulighed for – ved hjælp af nogle få eksempler på konkurrencefremmende virkninger – at tilbyde nye eller forbedrede ydelser, at trænge ind på nye markeder, at åbne markedet for nye kunder eller mere generelt at forbedre markedets funktion eller afhjælpe dets mangler. Ved at udveksle de omhandlede oplysninger fjernede nogle banker usikkerheden om deres fremtidige prisfastsættelsesadfærd til fordel for de banker, der deltog i den hemmelige samordning, og til skade for de banker, der ikke deltog heri⁸¹.

⁷⁹ – Jf. 45. og 46. betragtning til den omtvistede afgørelse.

⁸⁰ – Jf. navnlig 34. betragtning til den omtvistede afgørelse.

⁸¹ – Jf. i denne retning den appellerede doms præmis 132, som i det væsentlige gengiver 395. betragtning til den omtvistede afgørelse.

168. Den omstændighed, at de pågældende banker kan have videregivet nogle af fordelene til deres kunder, udelukker i øvrigt ikke, at den pågældende adfærd er konkurrencebegrænsende. Det står nemlig fast, at EU-konkurrenceretten har til formål at beskytte ikke blot forbrugernes umiddelbare interesser, men også strukturen på markedet⁸². Dette indebærer, at når de relevante betingelser i artikel 101 TEUF og/eller 102 TEUF er opfyldt, kan en adfærd, der ligeledes kan påvirke (lige så effektive) konkurrenters incitament og evne til at konkurrere på markedet, anses for at være konkurrencebegrænsende.

169. For at fastslå, at en given adfærd har et konkurrencebegrænsende formål, er det således ikke nødvendigt, at der er en umiddelbar og direkte forbindelse mellem denne adfærd og en forhøjelse af detailpriserne⁸³. Selv en adfærd, der kan medføre et vist fald i prisen på de pågældende produkter eller tjenesteydelser, kan under visse omstændigheder anses for at være konkurrencebegrænsende i sig selv⁸⁴.

170. På baggrund af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at appellanternes anbringende om, at udvekslingen af oplysninger om medianpriser har en konkurrencefremmende karakter, hvilket ville udelukke, at den kunne have karakter af en overtrædelse af artikel 101 TEUF, skal forkastes.

VII. Omkostninger

171. I henhold til artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement, der i medfør af samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

172. Eftersom Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne, og da appellanterne ikke har fået medhold, bør sidstnævnte i princippet tilpligtes at betale appelsagens omkostninger. Da appellanterne imidlertid har anfægtet en række retlige fejl, herunder i den appellerede dom, og fået medhold, er det min opfattelse, at det – i henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 3 – forekommer berettiget at tilpligte appellanterne og Kommissionen at bære deres egne omkostninger i forbindelse med den foreliggende appelsag.

173. I den foreliggende sag forekommer det ligeledes berettiget at anvende procesreglementets artikel 140, stk. 3, som finder anvendelse på appelsagen i henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 1, hvorefter Domstolen kan bestemme, at private parter, der intervenerer i appelsager, skal bære deres egne omkostninger.

174. Endelig ser jeg ingen grund til at ændre Rettens afgørelse om sagsomkostningerne i første instans.

⁸² – Jf. f.eks. dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 125 og den deri nævnte retspraksis).

⁸³ – Jf. dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 123-125 og den deri nævnte retspraksis).

⁸⁴ – Dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 109 og 110).

VIII. Forslag til afgørelse

175. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»– Appellerne forkastes.

- HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc, HSBC Continental Europe (tidligere HSBC France) og Europa-Kommissionen bærer hver deres egne omkostninger i forbindelse med appelsagen.
- Crédit Agricole SA og Crédit Agricole Corporate and Investment Bank og JP Morgan Chase & Co., JP Morgan Chase Bank National Association og JP Morgan Services LLP bærer hver deres egne omkostninger i forbindelse med appelsagen.«