



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

A. RANTOS

fremsat den 5. oktober 2023¹

Sag C-298/22

**Banco BPN/BIC Português, SA,
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, filial i Portugal,
Banco Português de Investimento SA (BPI),
Banco Espírito Santo SA, under likvidation,
Banco Santander Totta SA,
Barclays Bank Plc,
Caixa Económica Montepio Geral – Caixa Económica Bancária, SA,
Unión de Créditos Inmobiliários, SA, Establecimiento Financiero de Crédito, Sucursal em
Portugal,
Caixa Geral de Depósitos, SA,
Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo CRL,
Banco Comercial Português SA
mod
Autoridade da Concorrência
procesdeltager:
Ministério Público**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn, Portugal))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – karteller – artikel 101 TEUF – aftaler mellem virksomheder – konkurrencebegrænsende formål – informationsudveksling mellem kreditinstitutter – oplysninger om forretningsbetingelser og produktionstal«

I. Indledning

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 101, stk. 1, TEUF og betingelserne for, at en udveksling af information mellem konkurrerende virksomheder kan kvalificeres som havende »et konkurrencebegrænsende formål«.

¹ – Originalsprog: fransk.

2. Den foreliggende anmodning er blevet fremsat inden for rammerne af en tvist mellem flere bankinstitutter og Autoridade da Concorrência (konkurrencemyndigheden i Portugal, herefter »konkurrencemyndigheden«), der er sagsøgte i hovedsagen, angående konkurrencemyndighedens beslutning om at pålægge disse institutter en bøde for overtrædelse af den nationale konkurrenceret og artikel 101 TEUF bestående i deltagelse i en samordnet praksis i form af en uformel samordning mellem konkurrenter via udveksling af følsomme og strategiske oplysninger.

3. Den foreliggende sag er kendetegnet ved den omstændighed, at konkurrencemyndigheden har kvalificeret en »selvstændig« udveksling af oplysninger som havende et konkurrencebegrænsende formål uden at have konstateret, at der foreligger et kartel, hvilken kvalificering bankinstitutterne har bestridt, idet de har hævdet, at denne udveksling af oplysninger ikke er tilstrækkelig skadelig til en sådan kvalificering, og at der således ikke blot skal tages hensyn til formålet med nævnte udveksling, men også til dens virkninger. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at der ikke findes nogen retspraksis fra Domstolen, der kan fungere som en nyttig rettesnor for behandlingen af den foreliggende sag, og har derfor forelagt Domstolen et spørgsmål herom.

4. Denne sag giver Domstolen lejlighed til at uddybe sin retspraksis angående bedømmelsen af udveksling af oplysninger mellem konkurrenter i lyset af artikel 101, stk. 1, TEUF. Domstolen har således lejlighed til endnu en gang at overveje begrebet konkurrencebegrænsende formål, der, selv om det er blevet debatteret indgående, fortsat indebærer nogle betydelige udformningsmæssige tvetydigheder og giver anledning til fortolkningsspørgsmål.

II. Retsforskrifter

5. Den forelæggende ret har anført Lei n.º 19/2012 que aprova o novo regime da concorrência (lov nr. 19/2012 om indførelse af de nye konkurrenceregler) af 8. maj 2012 (herefter »konkurrenceloven«)², der erstattede Lei n.º 18/2003 (lov nr. 18/2003 om indførelse af konkurrencereglerne) af 11. juni 2003³. Konkurrencelovens artikel 9 med overskriften »Aftaler, samordnet praksis og vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger« (og tidligere artikel 4 i lov nr. 18/2003 under overskriften »Forbudt praksis«) gengiver i det væsentlige indholdet af artikel 101 TEUF.

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

6. Konkurrencemyndigheden vedtog den 9. september 2019 en beslutning om at pålægge sagsøgerne i hovedsagen en bøde for deres deltagelse i en selvstændig udveksling af oplysninger (»*standalone*«)⁴ i strid med artikel 101 TEUF og de tilsvarende nationale bestemmelser.

7. Konkurrencemyndigheden baserede denne konklusion på det forhold, at den pågældende udveksling af oplysninger havde et konkurrencebegrænsende formål, hvilket fritog den for at undersøge dens eventuelle indvirkninger på markedet. Den pågældende myndighed har ikke

² – Diário da República, serie I, nr. 89, af 8.5.2012, s. 2404-2427.

³ – Diário da República, serie I-A, nr. 134, af 11.6.2003, s. 3450-3461.

⁴ – Konkurrencemyndigheden benytter ordet »selvstændig« til at angive, at den pågældende udveksling af oplysninger er genstand for undersøgelsen, og at den ikke er accessorisk i forhold til en anden angiveligt problematisk adfærd såsom et kartel.

kritiseret de berørte virksomheder for at have deltaget i nogen anden form for konkurrencebegrænsende praksis, som udvekslingen af oplysninger kunne have været en del af, såsom en prisaftale eller en aftale om markedsafskærmning.

8. Sagsøgerne i hovedsagen har anlagt sag til prøvelse af denne beslutning ved Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn, Portugal), som er den forelæggende ret, med den begrundelse, at den pågældende udveksling af oplysninger ikke i sig selv kunne anses for at være tilstrækkelig skadelig til, at en undersøgelse af dens virkninger ikke er nødvendig. Konkurrencemyndigheden har i denne henseende navnlig ikke taget hensyn til den økonomiske, retlige og lovgivningsmæssige sammenhæng, i hvilken denne udveksling blev iværksat, selv om der skulle tages hensyn hertil, inden det kunne konkluderes, at der fandtes et konkurrencebegrænsende formål.

9. Den 28. april 2022 afsagde den forelæggende ret en mellemdom på næsten 2 000 sider, hvori den blandt de faktiske omstændigheder, der var angivet i konkurrencemyndighedens afgørelse, anførte de omstændigheder, der skulle anses for at være godtgjort. Nævnte ret har i sin anmodning om præjudiciel afgørelse sammenfattet denne dom ved at opdele sin beskrivelse i fem underafsnit vedrørende henholdsvis arten af de udvekslede oplysninger, samordningens form, det forfulgte mål, den retlige og økonomiske sammenhæng samt den angivelige eksistens af positive virkninger på konkurrencen.

10. Hvad for det første angår arten af de udvekslede oplysninger har disse oplysninger angiveligt vedrørt markedet for lån til finansiering af fast ejendom, markedet for forbrugslån og markedet for lån til virksomheder. To typer oplysninger er angiveligt blevet udvekslet vedrørende disse markeder, nemlig:

- de aktuelle og fremtidige »forretningsvilkår«, dvs. tabeller over rentespænd (spread), kundernes lånekapacitet og risikovariabler, som på tidspunktet for udvekslingen – henset til den udtømmende og systematiserede karakter af de udvekslede oplysninger – ikke var offentligt tilgængelige
- hver banks »produktionstal«, dvs. opdelte data om ydede lån for den foregående måned. Disse data blev meddelt i opdelt form og var angiveligt ikke offentligt tilgængelige fra nogen anden kilde på tidspunktet for udvekslingen eller efterfølgende.

11. Hvad for det andet angår den form, som udvekslingen af oplysningerne antog og varigheden heraf, fandt denne sted mellem maj 2002 og marts 2013. Den foregik angiveligt i henhold til en fast etableret fremgangsmåde (via telefon eller e-mail), bilateralt eller multilateralt, gennem institutionaliserede kontakter og med ledelsens fulde kendskab hertil.

12. Hvad for det tredje angår det mål, som de berørte banker forfulgte med denne udveksling, og som gjorde det muligt for dem at få detaljerede, systematiserede, ajourførte og nøjagtige oplysninger om konkurrenternes tilbud, har den forelæggende ret udledt, at nævnte udveksling havde til formål at mindske usikkerheden om parternes strategiske adfærd med henblik på at reducere risikoen for kommercielt pres.

13. Hvad for det fjerde angår den retlige og økonomiske sammenhæng, i hvilken den pågældende udveksling fandt sted i 2013, forvaltede de seks største kreditinstitutter i Portugal, der angiveligt alle deltog i denne udveksling af oplysninger, 83% af alle bankaktiver i hele den nationale sektor. Desuden var de rentespænd, som de finansielle institutioner anvendte på nye lån til finansiering

af fast ejendom, fra midten af 2008 steget betydeligt, i modsætning til udviklingen i Euribor (indeks, der afspejler interbankrentesatserne inden for euroområdet), hvilket dæmpede rentefaldet for slutkunderne⁵. I sammendraget af mellemdommen præciseres det ligeledes under overskriften »retlig og økonomisk sammenhæng«, at de omtvistede udvekslinger af oplysninger fandt sted regelmæssigt og i et lukket kredsløb. Desuden vedrørte de strategiske oplysninger, som ikke var offentligt tilgængelige eller ikke var let tilgængelige eller systematiserbare. Disse oplysninger var således adskilt fra de oplysninger, som kreditinstitutterne gav i overensstemmelse med deres oplysningsforpligtelser over for forbrugerne.

14. Hvad for det femte angår eksistensen af potentielt positive virkninger for konkurrencen eller i det mindste tvetydige virkninger fremgår det af sammendraget, at i) de pågældende banker ikke har været i stand til at påvise eller identificere de effektivitetsgevinster, som udvekslingerne af oplysninger har medført, ii) at bevise, at disse effektivitetsgevinster blev fordelt til fordel for forbrugerne, eller iii) at bevise, at konkurrencebegrænsningerne var nødvendige.

15. Selv om den forelæggende ret selv har konstateret, at den pågældende udveksling ville kunne bidrage til at reducere det kommercielle pres og usikkerheden i forbindelse med en konkurrents strategiske adfærd på markedet, hvilket kunne resultere i en uformel samordning, der begrænsede konkurrencen, har den fastslået, at den foreliggende præjudicielle forelæggelse er begrundet i den manglende præcedens i Domstolens praksis vedrørende den foreliggende sag.

16. På denne baggrund har Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er artikel 101 TEUF [...] til hinder for, at en omfattende månedlig udveksling af oplysninger mellem konkurrenter vedrørende betingelserne for operationer (herunder nuværende og fremtidige kreditspænd og risikovariabler) samt produktionstal (månedlige, individualiserede og opdelt) på området for udbud af lån til finansiering af fast ejendom, lån til virksomheder og forbrugslån, der udveksles regelmæssigt og gensidigt inden for sektoren for detailbankydelse inden for rammerne af et koncentreret marked med adgangsbarrierer, der herved kunstigt har øget gennemsigtigheden og reduceret usikkerheden om konkurrenternes strategiske adfærd, kvalificeres som en konkurrencebegrænsning?
- 2) I bekræftende fald, er artikel 101 TEUF [da] til hinder for en sådan kvalificering, når der ikke er konstateret eller kan identificeres nogen effektivitetsgevinst eller tvetydig eller positiv virkning for konkurrencen som følge af denne udveksling af oplysninger?«

17. Sagsøgerne, konkurrencemyndigheden og Ministério Público har indgivet skriftlige bemærkninger til Domstolen. Den portugisiske, den græske, den italienske og den ungarske regering, Europa-Kommissionen og EFTA-tilsynsmyndigheden har ligeledes indgivet skriftlige bemærkninger. Sagsøgerne, konkurrencemyndigheden, den portugisiske og den græske regering samt EFTA-tilsynsmyndigheden og Kommissionen har afgivet mundtlige bemærkninger i retsmødet, der blev afholdt den 22. juni 2023,

⁵ – Rentespændet vendte imidlertid tilbage til højere niveauer end i perioden før 2012.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

18. Indledningsvis skal det anføres, at sagsøgerne næsten enstemmigt i en stor del af deres skriftlige bemærkninger har bestridt den forelæggende rets redegørelse for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, idet de gik så langt som til at hævde, at Domstolen har pligt til at ændre den faktiske hypotese, som denne ret har beskrevet, med henblik på at give denne et nyttigt svar⁶.

19. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at det i henhold til den i artikel 267 TEUF omhandlede procedure, der er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retter og Domstolen, ikke tilkommer Domstolen, men den nationale ret at klarlægge de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til tvisten⁷. Det følger heraf, at Domstolen kun har kompetence til at tage stilling til fortolkningen og gyldigheden af en EU-retsakt, og dermed ikke kan kontrollere nøjagtigheden af de faktiske omstændigheder, som denne ret har redegjort for, og heller ikke træffe afgørelse om holdbarheden af bemærkninger fremsat af visse parter, der bestrider relevansen af de faktuelle forhold, som den forelæggende ret har beskrevet i sin anmodning.

20. Den fortolkning af en EU-retlig bestemmelse, som Domstolen anmodes om at foretage i den faktuelle sammenhæng, som den forelæggende ret har beskrevet, indebærer således ingen formodning for, at de faktiske forhold reelt svarer til situationen i hovedsagen. Det tilkommer således altid i sidste ende den forelæggende ret at kontrollere, at de faktiske forhold, som den har fremsendt til Domstolen, reelt svarer til situationen i hovedsagen.

21. Den forpligtelse, der påhviler de nationale retter til præcist at beskrive den faktiske sammenhæng, i hvilken de præjudicielle spørgsmål indgår, og som sagsøgerne har henvist til, kan ikke så tvivl om denne konklusion. Selv om en sådan forpligtelse gør det muligt for Domstolen at sikre sig, at den præjudicielle anmodning ikke skal afvises, står det ikke desto mindre fast, at det alene er muligt at afvise en anmodning fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål⁸, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

22. Der skal således ikke tages stilling til den kritik, som sagsøgerne har fremsat vedrørende relevansen af de faktuelle forhold, som den forelæggende ret har beskrevet. Det samme gælder de anmodninger om omformulering af de præjudicielle spørgsmål, som disse parter har fremsat, og hvormed de har opfordret Domstolen til (igen) at undersøge den forelæggende rets beskrivelse af de faktiske forhold og ændre dem, noget, der alene tilkommer denne ret.

⁶ – Disse parter har nærmere bestemt hævdet, at udvekslingerne angående rentespændet ikke omfattede oplysninger, der kunne betegnes som fremtidige, idet i) afgørelserne om de pågældende priser allerede var truffet og under gennemførelse, ii) oplysningerne blev meddelt en arbejdsdag, inden de trådte i kraft, og iii) en sådan sen fremsendelse i forhold til den gældende ikrafttrædelsesdato umuliggjorde enhver tilpasning til de modtagne oplysninger henset til de interne procedurer, som bankerne anvendte på kreditsspændet. Parterne har i øvrigt bestridt kvalificeringen af oplysningerne om produktionstal som aktuelle, idet disse ifølge dem skal betegnes som »tidligere« eller »historiske«.

⁷ – Jf. dom af 12.5.2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl. (C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 35) og af 12.2.2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, præmis 23).

⁸ – Dom af 19.4.2007, Asemfo (C-295/05, EU:C:2007:227, præmis 31).

23. Til slut skal det anføres, at det ser ud til at fremgå af formuleringen af den forelæggende rets spørgsmål, at det andet præjudicielle spørgsmål kun skal besvares, hvis det første præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende. Efter min opfattelse skal de aspekter, der fremgår af de to præjudicielle spørgsmål, i en sag som den i hovedsagen omhandlede, i hvilken den væsentligste problematik går ud på at fastslå, om en udveksling af oplysninger med de i den foreliggende sag konstaterede karakteristika udgør en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål, behandles samlet. De hævdede effektivitetsgevinster eller positive virkninger for konkurrencen, der er omhandlet i det andet præjudicielle spørgsmål, vil således være relevante ved bedømmelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng, i hvilken udvekslingen af oplysninger skal vurderes, med henblik på at fastslå, om den udgør et konkurrencebegrænsende formål.

B. Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

24. De to præjudicielle spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, vedrører den retlige kvalificering som et konkurrencebegrænsende formål af en udveksling af oplysninger med de i punkt 10-14 i dette forslag til afgørelse beskrevne karakteristika.

25. Det skal i denne forbindelse påpeges, at Domstolens rolle inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 267 TEUF er begrænset til en fortolkning af de bestemmelser i EU-retten, som den er adspurgt om, det vil i den foreliggende sag sige artikel 101, stk. 1, TEUF. Det tilkommer således ikke Domstolen, men den forelæggende ret, endeligt at vurdere, om den omhandlede aftale – henset til samtlige de relevante forhold, der karakteriserer situationen i hovedsagen og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår – har til formål at begrænse konkurrencen⁹. Imidlertid kan Domstolen, når den træffer afgørelse om en præjudiciel forelæggelse, på grundlag af oplysningerne i de sagsakter, som den råder over, give nærmere oplysninger med henblik på at vejlede den nationale ret i dens fortolkning, således at den kan afgøre tvisten¹⁰.

26. Inden jeg går over til at bedømme disse spørgsmål, vil det således være hensigtsmæssigt at skitsere begrebet konkurrencebegrænsende formål og at fremkomme med visse tydeliggørelser om anvendelsen heraf på udveksling af oplysninger.

1. Begrebet konkurrencebegrænsende formål

a) De generelle principper, der er opstillet i Domstolens praksis

27. For at være omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF skal en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis have »til formål eller til følge« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen mærkbart inden for det indre marked¹¹. Det skal i denne henseende anføres, at en aftales konkurrencebegrænsende formål og virkning ikke er kumulative, men derimod alternative betingelser ved bedømmelsen af, om en sådan aftale falder

⁹ – Jf. dom af 18.11.2021, *Visma Enterprise* (C-306/20, herefter »Visma-dommen«, EU:C:2021:935, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁰ – Jf. *Visma-dommen*, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis.

¹¹ – Jf. *Visma-dommen*, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis.

ind under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF. Denne betingelses alternative karakter – som fremgår af konjunktionen »eller« – bevirker således, at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning¹².

28. Det følger af Domstolens praksis, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen til, at det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger for konkurrencen. Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår¹³.

29. Med henblik på at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkelig skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er det nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, som den tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen indgår¹⁴.

30. Det skal dog fremhæves, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes restriktivt. Det følger heraf, at hvis en analyse af en samordnet praksis mellem virksomheder ikke afslører en tilstrækkelig skadelighed for konkurrencen, skal dens virkninger undersøges, og for at den kan forbydes, må det kræves, at alle de omstændigheder, der udgør en begrænsning af konkurrencen, er til stede¹⁵.

31. Til slut skal det fremhæves, at der materielt ikke er forskel på virksomheders adfærd, afhængigt af om de betegnes som konkurrencebegrænsende efter en undersøgelse af deres virkninger eller af deres formål, eftersom begge typer er forbudt i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF. Sondringen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning er således først og fremmest et proceduræssigt instrument til brug for konkurrencemyndigheden i forbindelse med den analyse, som det påhviler den at foretage i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, og de ressourcer, som den skal anvende afhængigt af omstændighederne i hver enkelt sag¹⁶.

b) Behovet for, at der foreligger »pålidelige og solide erfaringer« for, at en praksis kan betegnes som en praksis med et konkurrencebegrænsende formål

32. Blandt de problematikker, som den forelæggende ret har rejst i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål, er behovet for, at der som omhandlet i Domstolens praksis foreligger *pålidelige og solide erfaringer* for, at en »selvstændig« udveksling af oplysninger som den i hovedsagen omhandlede kan betegnes som en praksis med et konkurrencebegrænsende formål. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om der nødvendigvis skal foreligge præcedens for, at en bestemt type adfærd udgør en adfærd med et konkurrencebegrænsende formål.

33. Dette spørgsmål må besvares benægtende.

¹² – Jf. Visma-dommen, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

¹³ – Jf. Visma-dommen, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis.

¹⁴ – Dom af 16.7.2015, ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:484, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁵ – Jf. i denne retning dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁶ – Jf. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 30).

34. Det skal for det første fremhæves, at det fremgår af affattelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF, og især af ordet »navnlig«, at denne bestemmelse ikke indeholder en udtømmende liste over aftaler, der har et konkurrencebegrænsende »formål« eller en konkurrencebegrænsende »virkning«. Andre former for aftaler kan også kvalificeres som aftaler med et konkurrencebegrænsende formål, såfremt en sådan kvalificering sker i overensstemmelse med de krav, der følger af Domstolens praksis¹⁷.

35. For det andet må det konstateres, at selv om Domstolen i flere af disse domme, herunder navnlig dom af 11. september 2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, herefter »dommen i sagen CB mod Kommissionen«), og af 2. april 2020, Budapest Bank m.fl., (C-228/18, EU:C:2020:265, herefter »Budapest Bank-dommen«), faktisk lagde vægt på behovet for, at der foreligger *tilstrækkeligt pålidelige og solide erfaringer* for, at en aftale efter sin art kan anses for at være skadelig for konkurrencen og dermed kan betegnes som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål¹⁸, har den dog klart fastslået, at den omstændighed, at Kommissionen ikke har konstateret, at en bestemt type aftale efter sit formål er konkurrencebegrænsende, ikke i sig selv er til hinder for, at det kan ske på et senere tidspunkt efter en individuel og grundig undersøgelse af den omtvistede praksis¹⁹. Enhver anden fortolkning ville svare til, at en bestemmelse i traktaten, der er affattet således, at den kan omfatte nye kategorier af konkurrencebegrænsning, der måtte opstå i fremtiden, ikke ville kunne finde anvendelse.

36. Argumentet fremført af visse af sagsøgerne om, at det er en forudsætning for, at en praksis kan betegnes som en praksis med et konkurrencebegrænsende formål, at der foreligger pålidelige og solide erfaringer, og at de nationale domstole og konkurrencemyndigheder nødvendigvis skal påvise eksistensen af en præcedens for, at en adfærd på markedet kan kvalificeres som en adfærd med et konkurrencebegrænsende formål, bør dermed forkastes²⁰.

37. For det tredje skal det fremhæves, at det væsentlige retlige kriterium for bestemmelse af, om en aftale eller en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål i betydningen i artikel 101, stk. 1, TEUF, ligger i konstateringen af, at en sådan aftale eller praksis i sig selv er *tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen*, således at det ikke er nødvendigt at undersøge dens følger for konkurrencen²¹.

38. Aftaler eller praksis, der kan sidestilles med adfærd eller former for adfærd, hvis skadelighed for konkurrencen ikke kan betvivles på grundlag af de indhøstede erfaringer, opfylder principielt nemmere dette kriterium. Eksistensen af *pålidelige og solide erfaringer* for skadeligheden af en konkurrencebegrænsende praksis »øger« sandsynligheden for, at en praksis med de samme karakteristika som en anden praksis, der tidligere er blevet kvalificeret som en praksis med et

¹⁷ – Budapest Bank-dommen, præmis 63.

¹⁸ – Jf. Budapest Bank-dommen, præmis 76, og generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 63-73).

¹⁹ – Jf. dom af 25.3.2021, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen (C-586/16 P, EU:C:2021:241, præmis 86), og af 25.3.2021, Lundbeck mod Kommissionen (C-591/16 P, EU:C:2021:243, præmis 130).

²⁰ – Det skal i denne henseende anføres, at Domstolen i præmis 86 i dom af 25.3.2021, Sun Pharmaceuticals og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen (C-586/16 P, EU:C:2021:241), udtrykkeligt forkastede det argument, som nogle af sagsøgerne i den foreliggende sag har fremsat, hvorefter præmis 51 i dommen i sagen CB mod Kommissionen krævede, at domstolene eller myndighederne påviser en særlig »erfaring« med forbud mod bestemte former for praksis som praksis med et »konkurrencebegrænsende formål«. Jf. i denne retning ligeledes præmis 66 i dom af 25.3.2021, Sun Pharmaceutical Industries og Ranbaxy (UK) mod Kommissionen (C-586/16 P, EU:C:2021:241).

²¹ – Jf. punkt 28 og 30 i dette forslag til afgørelse.

konkurrencebegrænsende formål, også bliver kvalificeret som sådan²². Som nævnt i punkt 34 i dette forslag til afgørelse er fraværet af præcedens ikke til hinder for, at konkurrencemyndighederne kan kvalificere aftaler, der efter en individuel og grundig undersøgelse viser sig at være skadelige for konkurrencen, som aftaler med et konkurrencebegrænsende formål.

39. Den omstændighed, at ikke alle kendetegnene ved en aftale, der undersøges af en konkurrencemyndighed, er identiske med kendetegnene ved en praksis, der tidligere er blevet kvalificeret som en praksis med et konkurrencebegrænsende formål, betyder ikke, at der ikke findes *tilstrækkeligt pålidelige og solide erfaringer*. At kræve fuldstændig overensstemmelse mellem alle sådanne aftalers kendetegn (herunder hvad angår de berørte markeder), således som nogle af sagsøgerne synes at gøre, ville således begrænse anvendelsesområdet for begrebet konkurrencebegrænsende formål uberettiget og ville gøre det særlig vanskeligt for konkurrencemyndighederne at anvende dette.

40. I lyset af kravet om, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes restriktivt, bør denne kvalificering, selv om praksis, for hvilke der ikke findes præcedens, kan betragtes som praksis med konkurrencebegrænsende formål, ikke begrænses til tilfælde, hvor den konkurrencebegrænsende karakter af en aftale eller praksis fremgår tydeligt, eller hvor de pågældende former for praksis ikke troværdigt kan forklares på nogen anden måde end med en begrænsning af konkurrencen på markedet²³.

c) Hensyntagen til den retlige og økonomiske sammenhæng ved vurderingen af et konkurrencebegrænsende formål og afgrænsningen af den i forbindelse med bedømmelsen af de konkurrencebegrænsende virkninger

41. En anden væsentlig problematik i den foreliggende sag er hensyntagen til den retlige og økonomiske sammenhæng ved vurderingen af et konkurrencebegrænsende formål og sondringen mellem hensyntagen til sammenhængen og undersøgelsen af virkningerne ved vurderingen af en konkurrencebegrænsning.

42. Det skal for det første fremhæves, at hensyntagen til den retlige og økonomiske sammenhæng ved vurderingen af et konkurrencebegrænsende formål hovedsageligt har til formål at bekræfte eller afkræfte den oprindelige konstatering af det konkurrencebegrænsende formål med en bestemt praksis, der er foretaget på grundlag af andre elementer, der er særlige for denne problematik.

43. Det skal i denne henseende anføres, at Domstolen i Budapest Bank-dommen henviste til generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse, i henhold til hvilket der ved konstatering af, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, skal udføres en analyse i to trin²⁴. Det tilkommer således konkurrencemyndighederne først at bestemme, om aftalen, henset til dens indhold og formål, falder ind under en kategori af aftaler, der i henhold til indhøstede pålidelige og solide

²² – Forudsat at intet andet element, der er specifikt for denne praksis, og navnlig den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori denne indgår, kan så tvivl om denne konstatering. Jf. i denne retning punkt 43 og 44 i dette forslag til afgørelse.

²³ – Jf. dom af 25.3.2021, Lundbeck mod Kommissionen (C-591/16 P, EU:C:2021:243, præmis 131).

²⁴ – Budapest Bank-dommen, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis, og generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 41-43). Generaladvokat Emiliou fulgte også denne tilgang med hensyn til kvalificeringen af en udveksling af følsomme forretningsoplysninger som en udveksling med et konkurrencebegrænsende formål (jf. i denne retning generaladvokat Emiliou's forslag til afgørelse HSBC Holdings m.fl. mod Kommissionen, C-883/19 P, EU:C:2022:384, punkt 83 og 84).

erfaringer (eller i mangel heraf, hvor det er åbenlyst, at de) er skadelige for konkurrencen²⁵. Dernæst skal konkurrencemyndighederne foretage et »grundlæggende realitetstjek« med henblik på at kontrollere, om de særlige omstændigheder i tilknytning til den retlige og økonomiske sammenhæng, som den pågældende aftale indgår i, kan give anledning til tvivl om dens formodede skadelighed²⁶.

44. Formålet med undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng er at undgå risikoen for »falske positive resultater«, der kan følge af en formel analyse af en aftale, der ikke hænger sammen med den »økonomiske virkelighed« og den retlige og lovgivningsmæssige sammenhæng, i hvilken den indgår. Formålet med en aftale skal således ikke vurderes abstrakt, men konkret i lyset af de reelle forhold på markedet under hensyntagen til alle relevante oplysninger²⁷. Denne fremgangsmåde afspejler nærmere bestemt udviklingen i Domstolens praksis og overgangen fra en bred og formalistisk fortolkning af begrebet konkurrencebegrænsende formål til en mere restriktiv fortolkning af dette begreb baseret på dets struktur og erfaringerne med det²⁸.

45. For det andet må analysen af den økonomiske sammenhæng, i hvilken den pågældende praksis indgår, ikke forveksles med en analyse af virkningerne, idet denne indebærer en supplerende bevisbyrde og en mere indgående undersøgelse af aftalens indvirkning på markedet med henblik på at klarlægge forekomsten af en konkurrencebegrænsning. Hvis det ikke forholdt sig således, ville sondringen mellem et konkurrencebegrænsende »formål« og en konkurrencebegrænsende »virkning« være uden betydning.

46. Selv om denne sondring i teorien kan forekomme relativt enkel, har dens gennemførelse i praksis ikke desto mindre vist sig at være mere kompleks. Hensyntagen til den retlige og økonomiske sammenhæng, som en aftale indgår i, kan i visse tilfælde gøre spørgsmålet om, hvornår undersøgelsen af aftalens formål slutter, og undersøgelsen af aftalens virkninger begynder, meget uklart. Den omstændighed, at Domstolen i sin praksis desuden anser vurderingen af aftalers eller praksissers virkninger i lyset af artikel 101 TEUF, og konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål, for at indebære et behov for at tage *de konkrete rammer, hvori aftalen indgår, i betragtning, bl.a. den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de goder eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes det eller de omhandlede markeder er opbygget og reelt fungerer*²⁹, kan også give anledning til forvirring.

47. Forskellen mellem de to kategorier af restriktioner ligger hovedsageligt i, hvor grundigt de undersøges. Såfremt det konkurrencebegrænsende formål er let at få øje på, skal analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng, som den pågældende praksis indgår i, begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at bekræfte eller afkræfte skadeligheden og de konkurrencebegrænsende formål, der fremgår af indholdsanalysen og målene med den pågældende praksis³⁰. Det følger

²⁵ – Jf. generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 42).

²⁶ – Jf. generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 43, 48 og 49).

²⁷ – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:28, punkt 158), generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 41) og generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse Budapest Bank m.fl. (C-8/18, EU:C:2019:678, punkt 46).

²⁸ – Retspraksis i sagen CB mod Kommissionen er efterfølgende blevet stadfæstet og justeret i en række domme afsagt af Domstolen, heriblandt i dom af 26.11.2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784), Budapest Bank-dommen, og dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52).

²⁹ – Jf. Visma-dommen, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis.

³⁰ – Jf. dom af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 29).

heraf at en sådan analyse principielt ikke på nogen måde kan afhjælpe en manglende faktisk identificering af et konkurrencebegrænsende formål via en påvisning af de potentielle virkninger af de omhandlede foranstaltninger³¹.

48. Som anført i punkt 28 i dette forslag til afgørelse skal det for at kunne konkludere, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, være muligt at fastslå, at den reelt kan begrænse konkurrencen, uden at det er nødvendigt at undersøge dens virkninger. Analysen af en aftales konkurrencebegrænsende formål skal derfor overgå til en analyse af den nævnte aftales konkurrencebegrænsende virkninger, når det til trods for en analyse af samtlige relevante iboende og kontekstuelle forhold viser sig ikke at være muligt at fastslå, at denne aftale kan begrænse konkurrencen³². Dette ville f.eks. være tilfældet, hvis analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng gav anledning til tvivl om den konstaterede særlig skadelige karakter af en aftale (under det første trin) eller i det mindste viste sig at have tvetydige virkninger.

49. For det tredje, og som Domstolen for nylig har påpeget i HSBC-dommen³³, skal der, når parterne i en aftale påberåber sig dennes konkurrencefremmende virkninger, tages behørigt hensyn til disse virkninger, som udgør en del af den sammenhæng, i hvilken aftalen indgår, med henblik på dens kvalificering som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, for så vidt som de kan rejse tvivl om den samlede vurdering af, hvorvidt den pågældende hemmelige aftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed dens kvalificering som en aftale med konkurrencebegrænsende formål³⁴. Den blotte ikke-underbyggede angivelse af, at en omtvistet aftale har konkurrencefremmende virkninger, er ikke tilstrækkelig til at udelukke kvalificeringen af denne aftales konkurrencebegrænsende formål³⁵. Hvis der er konstateret relevante konkurrencefremmende virkninger, som er specifikke for den omhandlede aftale, skal disse virkninger være af et sådant omfang, at de giver anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt den pågældende aftale er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen, og dermed om dens konkurrencebegrænsende formål³⁶.

50. For det fjerde, selv om hensyntagen til effektivitetsgevinster eller angivelige konkurrencefremmende formål udgør en del af den retlige og økonomiske sammenhæng, inden for hvilken udvekslingen af oplysninger skal vurderes, skal det understreges, at dette trin i analysen er forskelligt fra det trin, der gennemføres i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, og som har til formål at undersøge, om fritagelseskriterierne er opfyldt, når en konkurrencebegrænsning er fastslået³⁷. Formålet med at tage hensyn til disse konkurrencefremmende virkninger er således ikke at udelukke, at den pågældende praksis kvalificeres som en konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, men at vurdere dens objektive grovhed og som følge heraf at fastlægge de relevante bevismidler³⁸.

³¹ – Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 44).

³² – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Generics UK m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:28, punkt 164).

³³ – Dom af 12.1.2023, HSBC Holdings m.fl. mod Kommissionen (C-883/19 P, EU:C:2023:11, herefter »HSBC-dommen«).

³⁴ – HSBC-dommen, præmis 139 og den deri nævnte retspraksis.

³⁵ – Dom af 25.3.2021, Lundbeck mod Kommissionen (C-591/16 P, EU:C:2021:243, præmis 137).

³⁶ – HSBC-dommen, præmis 197 og den deri nævnte retspraksis.

³⁷ – Jf. mit forslag til afgørelse International Skating Union mod Kommissionen (C-124/21 P, EU:C:2022:988, punkt 93).

³⁸ – Jf. HSBC-dommen, præmis 140 og den deri nævnte retspraksis.

2. Anvendelse af begrebet konkurrencebegrænsende formål på udveksling af oplysninger

51. Indledningsvis skal det påpeges, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at begreberne »aftale«, »vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder« og »samordnet praksis« i artikel 101, stk. 1, TEUF set fra et subjektivt standpunkt omfatter former for hemmelig forståelse, som er af samme karakter, og som kun adskiller sig fra hinanden ved deres grad og den form, hvorunder de kommer til udtryk³⁹. Det følger heraf, at de kriterier, der ifølge Domstolens praksis skal lægges til grund ved bedømmelsen af, om en adfærd har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, finder anvendelse, uanset om der er tale om en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis⁴⁰.

52. For så vidt angår definitionen på en samordnet praksis har Domstolen desuden fastslået, at en sådan praksis består i en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at indgå en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde⁴¹. Siden dommen af 16. december 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 288), står det desuden fast, at udveksling af oplysninger kan udgøre en selvstændig overtrædelse i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF.

53. Det fremgår af artikel 101, stk. 1, TEUF, at begrebet samordnet praksis forudsætter både samordning mellem virksomhederne og en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, og en årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden. Domstolen har imidlertid udtalt, at det må antages – med forbehold af det modbevis, som det påhviler de pågældende erhvervsdrivende at føre – at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til udvekslingen af oplysninger med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet⁴².

54. Udveksling af oplysninger anses således for at være i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF, såfremt den *formindsker eller fjerner usikkerhedsgraden vedrørende det relevante markeds funktion og følgelig begrænser konkurrencen mellem virksomhederne*⁴³. EUF-traktatens konkurrencebestemmelser indeholder et krav om, at økonomiske aktører skal være uafhængige. Selv om dette krav ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller forventede adfærd, forhindrer det imidlertid kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller potentiel konkurrents markedsadfærd eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til – eller overvejer – selv at følge⁴⁴.

55. Selv om Domstolen flere gange har haft anledning til at prøve foreneligheden af en udveksling af oplysninger med artikel 101, stk. 1, TEUF, har den imidlertid endnu ikke klart præciseret, om de kriterier, som den har henvist til, navnlig kriteriet om *nedsettelse eller fjernelse af usikkerheden*

³⁹ – Dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis, herefter »T-Mobile-dommen«).

⁴⁰ – T-Mobile-dommen, præmis 24.

⁴¹ – Jf. T-Mobile-dommen, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis.

⁴² – Dom af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 126 og 127 (herefter »Dole-dommen«).

⁴³ – Dom af 28.5.1998, Deere mod Kommissionen (C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 90), og af 23.11.2006, Asnef-Equifax og Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, herefter »ASNEF-dommen«, præmis 51), T-Mobile-dommen, præmis 35, og Dole-dommen, præmis 121.

⁴⁴ – Dole-dommen, præmis 120 og den deri nævnte retspraksis.

med hensyn til markedets funktion, vedrører begrebet restriktion generelt, om der udelukkende sigtes til konkurrencebegrænsende virkninger, eller om de også gør det muligt at fastslå et konkurrencebegrænsende formål⁴⁵. Den omstændighed, at ovennævnte kriterium anvendes til at påvise både et konkurrencebegrænsende formål og en konkurrencebegrænsende virkning, er imidlertid ikke overraskende. Som anført i punkt 31 i dette forslag til afgørelse har sondringen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning først og fremmest bevismæssig betydning.

56. Det skal imidlertid præciseres, at Domstolen i nogle af de domme, hvori begrebet konkurrencebegrænsende formål i forbindelse med udveksling af oplysninger er blevet nævnt, har forsøgt at tydeliggøre de omstændigheder, under hvilke en udveksling skal kvalificeres som havende et konkurrencebegrænsende formål. Domstolen har navnlig fastslået, at en udveksling af oplysninger, *der kan fjerne betydelige usikkerhedsmomenter hos parterne med hensyn til tidspunktet for, omfanget af og fremgangsmåden i forbindelse med den tilpasning af adfærden på markedet, som de berørte virksomheder vil gennemføre*⁴⁶, og som dermed vil kunne påvirke konkurrenternes forretningsstrategi eller fordreje den normale konkurrence på markedet, bør antages at have et konkurrencebegrænsende formål⁴⁷. Dette er navnlig tilfældet, når udvekslingen af oplysninger vedrører elementer, der er særligt følsomme ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt, såsom fremtidige priser eller en af prisbestanddelene, som det var tilfældet i T-Mobile-dommen og Dole-dommen, eller senest i HSBC-dommen.

57. Når udvekslingen af oplysninger vedrører mindre følsomme oplysninger ud fra et konkurrenceretligt synspunkt, eller når det konkurrencebegrænsende formål ikke fremgår klart af analysen af indholdet, målene og den retlige og økonomiske sammenhæng, i hvilken udvekslingerne indgår i, skal der dog efter Domstolens opfattelse foretages en analyse af virkningerne. Det var den løsning, der f.eks. blev anvendt i ASNEF-dommen, hvor Domstolen, henset til udvekslingens kendetegn, lagde til grund, at udvekslingen af visse oplysninger mellem bankinstitutter, der vedrørte oprettelse af et bankregister, ikke havde konkurrencebegrænsende formål, og at dens virkninger derfor skulle undersøges⁴⁸. I samme sag vurderede Domstolen i øvrigt, at de registre, der blev udvekslet, hverken kunne afsløre konkurrenternes placering på markedet eller deres forretningsstrategi, eftersom de pågældende banker havde truffet visse foranstaltninger til at skjule følsomme oplysninger⁴⁹.

58. I lyset af det ovenstående skal følgende anføres.

59. Det skal for det første understreges, at ikke enhver udveksling af oplysninger mellem konkurrenter kan anses for at være konkurrencebegrænsende. Udveksling af oplysninger er således et fællestræk ved mange konkurrerende markeder. Det fremgår i øvrigt af den økonomiske teori, at gennemsigtighed mellem økonomiske aktører kan bidrage til en øget konkurrence, løse problemer med informationsasymmetri og give anledning til forskellige former for effektivitetsgevinster, som således gør markederne mere effektive⁵⁰.

⁴⁵ – Sagsøgerne har i øvrigt fremført dette punkt med henblik på at bestride konkurrencemyndighedens kvalificering af den omtvistede udveksling af oplysninger som en restriktion med et konkurrencebegrænsende formål, idet de har hævdet, at dette kriterium kun kan anvendes til at konstatere en konkurrencebegrænsende virkning.

⁴⁶ – T-Mobile-dommen, præmis 41, Dole-dommen, præmis 122, og HSBC-dommen, præmis 116.

⁴⁷ – Dom af 26.9.2018, Philips og Philips France mod Kommissionen (C-98/17 P, EU:C:2018:774, præmis 37).

⁴⁸ – ASNEF-dommen, præmis 48.

⁴⁹ – ASNEF-dommen, præmis 59.

⁵⁰ – Jf. punkt 57 i Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af artikel 101 TEUF på horisontale samarbejdsaftaler (EUT 2011, C 11, s. 1) (herefter »retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler«).

60. For det andet fremgår det af den i punkt 54 i dette forslag til afgørelse nævnte praksis fra Domstolen, at for så vidt angår udvekslinger af oplysninger mellem konkurrenter er *nedbringelse af usikkerheden i forbindelse med en konkurrents strategiske adfærd på markedet* det afgørende kriterium for vurderingen af, om artikel 101, stk. 1, TEUF er blevet tilsidesat.

61. Vurderingen i lyset af ovennævnte kriterium hænger imidlertid nøje sammen med arten af de oplysninger, der udveksles mellem konkurrenter. Kun udveksling af *strategiske oplysninger* (eller *følsomme forretningsoplysninger*) kan nedbringe usikkerheden på markedet og påvirke parternes beslutningsfrihed, hvorved konkurrencen begrænses. Selv om der ikke findes en præcis definition af begrebet strategiske oplysninger (eller følsomme forretningsoplysninger), erkendes det dog principielt, at oplysninger om priser og mængder er de oplysninger, der har den største strategiske interesse, og herefter kommer oplysninger om omkostninger og efterspørgsel⁵¹. Desuden kan den strategiske nytteværdi af de udvekslede oplysninger også afhænge af en række andre faktorer såsom graden af koncentration på det pågældende marked, oplysningernes aggregerede eller opsplittede karakter, hvor gamle oplysningerne er, samt den hyppighed, hvormed de pågældende oplysninger udveksles⁵².

62. For det tredje medfører den omstændighed, at en udveksling vedrører strategiske oplysninger, der kan *nedbringe usikkerheden på markedet*, ikke automatisk en kvalificering som konkurrencebegrænsende formål, selv om en sådan udveksling af oplysninger kan være omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF.

63. I lyset af kravet om, at begrebet konkurrencebegrænsende formål skal fortolkes restriktivt, kan kun udvekslinger af oplysninger, i forbindelse med hvilke det klart og utvetydigt fremgår, at de, henset til deres karakteristika, og uden at det er nødvendigt at undersøge deres virkninger, opfylder kriteriet om nedbringelse eller fjernelse af usikkerheden på markedet, således at disse udvekslinger direkte kan påvirke konkurrenternes forretningsstrategi ved at gøre det muligt at tilpasse deres adfærd til markedet, betegnes som sådanne. Som nævnt i punkt 56 i dette forslag til afgørelse anses dette kriterium for at være opfyldt, når udvekslingen af oplysninger vedrører afgørende konkurrenceparametre, såsom aktuel og fremtidig kapacitet og pris.

64. I lyset af det ovenstående må det konstateres, at en udveksling af oplysninger kan udgøre en praksis med konkurrencebegrænsende formål, når det fremgår af en analyse af dens indhold, dens formål og den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, at denne udveksling er tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Det forhold, at denne udveksling er »selvstændig« i den forstand, at den ikke hænger sammen med konstateringen af et kartel, kan desuden ikke så tvivl om konstateringen af konkurrencebegrænsende formål, forudsat at denne udveksling har en tilstrækkelig skadelig karakter⁵³.

⁵¹ – Jf. punkt 86 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler.

⁵² – Jf. punkt 86 og 91 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler.

⁵³ – Selv om udvekslinger af oplysninger, der har fundet sted inden for rammerne af et kartel, i Domstolens praksis er blevet kvalificeret som en praksis med et konkurrencebegrænsende formål, indebærer denne praksis på ingen måde, at alene disse udvekslinger kan kvalificeres som en praksis med et konkurrencebegrænsende formål.

3. Vurderingen af kvalificeringen af konkurrencebegrænsende formål i den foreliggende sag

a) Indledende bemærkninger

65. Indledningsvis skal det påpeges, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at de pågældende udvekslinger, henset til de i punkt 10-14 i dette forslag til afgørelse beskrevne karakteristika, vedrørte aktuelle og fremtidige data, der var strategiske ud fra et konkurrenceretligt synspunkt, og har gjort det muligt for sagsøgerne at indhente præcise oplysninger om deres konkurrenters tilbud, hvilket gjorde det muligt for dem at nedbringe den usikkerhed, der er forbundet med den strategiske adfærd, og at lægge sig på linje med hinanden takket være en uformel samordning.

66. Sagsøgerne, der er af den opfattelse, at de udvekslede oplysninger, i modsætning til konkurrencemyndighedens og den forelæggende rets konstateringer, havde en sådan karakter, at de ikke muliggjorde en sådan samordning på markedet, har anfægtet denne beskrivelse⁵⁴.

67. Det skal dog påpeges, dels at det ikke tilkommer Domstolen at kontrollere nøjagtigheden af de faktiske omstændigheder, således som den forelæggende ret har beskrevet dem⁵⁵, dels at det tilkommer den forelæggende ret på grundlag af alle de relevante oplysninger, der kendetegner situationen i hovedsagen, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvor denne indgår, at foretage en endelig bedømmelse af, om den pågældende udveksling af oplysninger har haft til formål at begrænse konkurrencen⁵⁶.

68. Efter disse tydeliggørelser vil jeg i første omgang undersøge den del af udvekslingen af oplysninger, der vedrører forretningsvilkårene for optagne lån (bl.a. dem, der vedrører rentespændet), inden jeg i anden omgang vil undersøge udvekslingerne om produktionstal og i tredje og sidste omgang betingelserne for, at en og samme udveksling, der vedrører disse to typer oplysninger, som bedømmes samlet, kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

b) Oplysninger om »forretningsvilkår«

1) Indholdet af de udvekslede oplysninger

69. Indledningsvis skal det påpeges, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at de »rentespænd«, som bankerne har udvekslet oplysninger om, udgør en væsentlig del af prisen⁵⁷. Det fremgår i øvrigt af samme afgørelse, at sagsøgerne ved at udveksle en af komponenterne i den pris, som de ville fastsætte, mellem konkurrenter, havde bidraget til at øge gennemsigtigheden på markedet ved at nedbringe usikkerheden omkring den aktuelle eller fremtidige strategi, hvilket gjorde det muligt for de enkelte deltagende banker at udnytte disse oplysninger ved fastlæggelsen af deres forretningsstrategi og på et hvilket som helst tidspunkt tilpasse sig takket være en uformel samordning.

⁵⁴ – Jf. punkt 18 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁵ – Jf. punkt 19-21 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁶ – Jf. punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁷ – Rentespændet udgør således en del af den pris, som en kunde skal betale banken for lånet, og den margin, som banken tjener ved at yde lånet.

70. Det skal indledningsvis anføres, at det fremgår af Domstolens praksis, der er nævnt i punkt 56 i dette forslag til afgørelse, at en udveksling med sådanne karakteristika kan kvalificeres som en udveksling med et konkurrencebegrænsende formål. I modsætning til, hvad nogle af sagsøgerne har anført, må det således konstateres, at der foreligger tilstrækkeligt *pålidelige og solide erfaringer* til, at det kan fastslås, at sådanne udvekslinger, der vedrører fremtidige priser (eller nogle af deres faktorer), kan anses for at være konkurrencebegrænsende, navnlig på grund af den særligt høje risiko, som de indebærer, således at de kan kvalificeres som udvekslinger med et konkurrencebegrænsende formål.

71. Det skal ligeledes fremhæves, at vurderingen af en udveksling af oplysninger mellem konkurrenter i henhold til Domstolens praksis skal ske på baggrund af det underliggende princip i traktatens konkurrencebestemmelser, som går ud på, at enhver økonomisk aktør uafhængigt skal fastlægge den forretningspolitik, han agter at følge på markedet⁵⁸. Udvekslingen af oplysninger mellem konkurrenter om de faktorer, der er bestemmende for prisen, er imidlertid åbenlyst i strid med dette krav om uafhængighed, navnlig når disse oplysninger vedrører fremtidige intentioner på prisområdet, hvilket gør det muligt for virksomhederne at foregribe en konkurrents strategiske forretningsudvikling og tilpasse sig den ved at nedbringe konkurrencepresset på markedet.

72. Det må i øvrigt konstateres, at oplysningerne om rentespændet, ud over at de er fortrolige på tidspunktet for udvekslingen, er særlig relevante for udformningen af de lånetilbud, som bankerne giver deres kunder. Uanset den omstændighed, at bankmarkedet er kraftigt reguleret, har bankerne således en vis beslutningsfrihed for så vidt angår fastsættelse af de rentespænd, der sikrer en strategisk differentiering af de enkelte banker, og som dermed udgør en central faktor i konkurrencen mellem disse institutter⁵⁹.

73. Indholdet af denne udveksling er således i sig selv tilstrækkeligt skadeligt i forhold til konkurrencen og kan på grund af dens art betragtes som skadelig for de normale konkurrencevilkår, og det er tilstrækkeligt til at fastslå, at der er tale om en adfærd, der ændrer konkurrencen på de relevante markeder⁶⁰.

74. I modsætning til den opfattelse, som nogle af sagsøgerne har skitseret, er det i øvrigt ikke nødvendigt, at en samordnet praksis omfatter alle konkurrenceparametre. En sådan praksis kan have et konkurrencebegrænsende formål, selv om den kun vedrører særskilte konkurrenceparametre, som f.eks. rentespænd⁶¹. Den omstændighed, at slutprisen omfatter andre komponenter, der eventuelt ikke (alle) er genstand for en udveksling af oplysninger, kan ikke så tvivl om konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål.

75. Der kan i øvrigt ikke sås tvivl om de udvekslede oplysningers strategiske og forretningsmæssigt følsomme karakter, selv om det, således som flere af sagsøgerne har hævdet, skulle vise sig, at nogle af de pågældende udvekslinger hverken vedrører de slutpriser, som bankerne anvendte, eller de kreditspænd, der rent faktisk blev tilbudt kunderne, men snarere vedrørte et vejledende renteinterval, der blev anvendt som udgangspunkt for de individuelle forhandlinger med hver enkelt kunde afhængigt af dennes særlige risikoprofil. Afsløringen af

⁵⁸ – Jf. punkt 54 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁹ – En bank, der har kendskab til sine konkurrenters rentespænd, befinder sig således i en gunstigere situation, når den skal fastsætte prisen i sluttilbuddet eller vurdere konkurrenternes pristilbud.

⁶⁰ – Det samme gælder efter min opfattelse udvekslinger af oplysninger om andre forretningsvilkår såsom kundernes lånekapacitet og risikofaktorerne, når disse vedrører væsentlige dele af kontrakten og spiller en afgørende rolle for prisdannelsen. Udvekslingen af sådanne oplysninger kan således lette og fremme samordning mellem de berørte virksomheder.

⁶¹ – Jf. HSBC-dommen, præmis 204.

sådanne data kan være tilstrækkeligt til at afsløre de strategiske hensigter i forbindelse med en fremtidig priskomponent og dermed fremme konkurrerende virksomheders hemmelige samordning⁶².

2) Det mål, der forfølges med udvekslingen af oplysninger

76. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at der ved undersøgelsen af, om en aftale eller en udveksling af oplysninger er omfattet af det i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede forbud, navnlig skal lægges vægt på de tilsigtede objektive mål⁶³. De objektive mål, der skal fremgå klart af de pågældende praksisser, må i øvrigt ikke på nogen måde blandes sammen med den subjektive hensigt om at begrænse konkurrencen eller ej eller med de lovlige mål, som de berørte virksomheder eventuelt forfølger. Det står desuden fast, at en aftale kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, selv om den forfølger andre lovlige mål⁶⁴.

77. Det skal i denne henseende fremhæves, at konkurrencemyndigheden har skønnet, at de oplysninger, der var omfattet af udvekslingen, henset til deres art, ikke kunne have nogen andre formål end begrænsning af konkurrencen. Sagsøgerne har bestridt denne konstatering, idet de har hævdet, at udvekslingen af oplysninger var et uformelt middel til at fremme bankernes *benchmarkingvirksomhed* ved at gøre det muligt for dem at foretage en sammenligning af deres respektive tilbud⁶⁵, samtidig med at omkostningerne i tilknytning til en sådan sammenligning blev nedbragt, hvilket vil kunne have haft konkurrencefremmende virkninger⁶⁶, således at målet med udvekslingen ikke umiddelbart var at begrænse konkurrencen.

78. Dette argument er lidet troværdigt og bør derfor forkastes.

79. Selv om en udveksling af oplysninger således kan medføre effektivitetsgevinster og gøre virksomhederne mere effektive ved at gøre det muligt for dem navnlig at sammenligne deres praksis og således forbedre såvel deres interne effektivitet som deres stilling på markedet, siger det sig selv, at initiativer såsom *benchmarking* ikke kan begrunde anvendelsen af en praksis, der i sig selv er konkurrencebegrænsende, som f.eks. udveksling af oplysninger, der i henhold til konkurrenceretten er fortrolige eller strategiske, såsom oplysninger om virksomhedernes påtænkte prisvirksomhed.

80. Jeg har desuden vanskeligt ved at følge bankernes ræsonnement vedrørende de mål, der forfølges med den pågældende udveksling af oplysninger. Der må således sættes spørgsmålstegn ved det nyttige i en sådan udveksling, når de udvekslede oplysninger ifølge sagsøgerne dels ville blive offentliggjort af bankerne samtidigt med (eller umiddelbart efter) den pågældende udveksling, dels ikke kunne tages i betragtning ved ændringen af kreditspændet på grund af bankernes interne procedurer. Ud over at konkurrencemyndigheden har bestridt denne konstatering, og at den ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er en sådan udveksling af oplysninger uden nogen form for forretningsmæssig logik. Man kan således undre sig over, hvad

⁶² – Jf. også punkt 90 i dette forslag til afgørelse om målet om beskyttelse af markedets struktur, der forfølges med EU's konkurrenceret.

⁶³ – T-Mobile-dommen, præmis 27.

⁶⁴ – Jf. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 117).

⁶⁵ – Sagsøgerne har i denne henseende gjort gældende, at de indhentede oplysninger havde til formål at foretage sammenligninger af bankernes tilbud og støtte de enkelte bankers kommercielle net til markedsføring af produkter, idet den enkelte bank fremhæver fordelene ved sine produkter og ulemperne ved konkurrenternes produkter.

⁶⁶ – Dette argument vurderes i punkt 93-96 i dette forslag til afgørelse vedrørende bedømmelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng.

der har foranlediget sagsøgerne til at udsætte sig for en ikke uvæsentlig risiko ud fra et konkurrenceretligt synspunkt for at opnå oplysninger, der ifølge dem selv ikke har nogen egentlig kommerciel interesse.

3) Den retlige og økonomiske sammenhæng

81. Indledningsvis skal det anføres, at sagsøgerne har kritiseret konkurrencemyndigheden for ikke at have taget hensyn til den økonomiske, retlige og lovgivningsmæssige sammenhæng, der gjorde sig gældende for bankerne i den periode, hvor overtrædelsen fandt sted. Set i den rette retlige og økonomiske sammenhæng var de pågældende udvekslinger ifølge disse parter reelt konkurrencefremmende eller i det mindste burde vurderingen af denne sammenhæng have givet anledning til tvivl om udvekslingernes konstaterede skadelighed, hvilket ville have sæt tvivl om konstateringen af et konkurrencebegrænsende formål⁶⁷.

82. Det skal desuden påpeges, som det blev præciseret i punkt 47 i dette forslag til afgørelse, at når det konkurrencebegrænsende formål er let at få øje på, således som det ser ud til at være tilfældet med udvekslingerne om rentespænd, skal analysen af den retlige og økonomiske sammenhæng, som den pågældende praksis indgår i, begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at kontrollere, om der findes særlige omstændigheder, der vil kunne give anledning til tvivl om denne praksis' konstaterede skadelighed. Det følger heraf, at konkurrencemyndigheden kun skal undersøge de forhold, der reelt er relevante for bedømmelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng, og at den ikke er forpligtet til at undersøge rent hypotetiske argumenter eller argumenter, der ikke vedrører den retlige og økonomiske sammenhæng, i hvilken den pågældende udveksling af oplysninger eller adfærd indgår⁶⁸.

83. Sagsøgerne har for det første bestridt konkurrencemyndighedens og den forelæggende rets vurderinger af koncentrationsgraden blandt de forskellige deltagere i den periode, hvor udvekslingerne fandt sted (og deres markedsandele), og den omstændighed, at udvekslingerne fandt sted i et »lukket kredsløb«.

84. Selv om det ikke tilkommer Domstolen at sætte sig i den forelæggende rets sted og vurdere den af konkurrencemyndigheden anvendte metode og det velbegrundede i den analyse, som den har foretaget, skal det først og fremmest anføres, at koncentrationsgraden er et af de forhold, der kan vise sig at være relevante i forbindelse med bedømmelsen af en konkurrencebegrænsning⁶⁹. Domstolen har således allerede fastslået, at udveksling af visse oplysninger på et stærkt koncentreret marked, navnlig afhængigt af den type oplysninger, der udveksles, kan give virksomhederne kendskab til deres konkurrenters placering på markedet og deres forretningsstrategi og dermed fordreje den rivalisering, der finder sted på markedet, og øge sandsynligheden for samordning eller endog lette en sådan samordning⁷⁰.

⁶⁷ – Jf. i denne forbindelse punkt 25 i dette forslag til afgørelse.

⁶⁸ – En konkurrencemyndighed kan således ikke kritiseres for ikke at have undersøgt forhold, der er uden betydning for analysen af denne sammenhæng.

⁶⁹ – Det skal præciseres, at koncentrationsgraden blot er en af de faktorer, der skal tages i betragtning ved konstateringen af, om der er tale om konkurrencebegrænsning, og ikke i sig selv gør det muligt at konstatere, at en udveksling af oplysninger har et konkurrencebegrænsende formål. Efter denne præcisering skal det anføres, at det ikke fremgår af nogen af sagsakterne, at konkurrencemyndigheden eller den forelæggende ret udelukkende baserede sig på denne faktor ved konstateringen af, at den pågældende udvikling har et konkurrencebegrænsende formål.

⁷⁰ – I forbindelse med hensyntagen til koncentrationsgraden ser det ikke ud til, at der i Domstolens praksis sondres mellem udvekslinger af oplysninger, der har et konkurrencebegrænsende formål, og udvekslinger, der har en konkurrencebegrænsende virkning. Der tages således hensyn til koncentrationsgraden som en af de supplerende faktorer, der gør det muligt at konstatere en begrænsning af konkurrencen på samme måde, uanset hvordan begrænsningen af konkurrencen betegnes. Jf. i denne retning ASNEF-dommen, præmis 58, og T-Mobile-dommen, præmis 34.

85. Ud over denne udvekslings samordningspotentiale indebærer den omstændighed, at den har fundet sted i et lukket kredsløb, også en risiko for udelukkelse af banker, der ikke deltager i denne udveksling, og som derfor ikke råder over de samme data, på grundlag af hvilke de kan vurdere de eksisterende og fremtidige vilkår på det pågældende marked. En sådan udveksling inden for en begrænset gruppe deltagere vil kunne gøre det vanskeligt for nye aktører at komme ind på markedet⁷¹, navnlig når markedet ser ud, som den forelæggende ret har beskrevet det⁷².

86. Desuden udelukker den omstændighed, at udvekslingerne af tabeller over rentespænd i modsætning til udvekslingerne af oplysninger om produktionstal angiveligt har været sporadiske, således som sagsøgerne har gjort gældende, ikke i sig selv, at en udveksling af oplysninger har et konkurrencebegrænsende formål. Domstolen har således skønnet, at alene det forhold, at der tages kontakt, kan være nok til, at virksomhederne samordner deres praksis, afhængigt af markedsstrukturen⁷³.

87. Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at den pågældende adfærd, henset til det portugisiske bankmarked, ikke kunne have nogen indvirkning på konkurrencen og dermed heller ikke kunne resultere i en samordning⁷⁴. I lyset af de interne procedurer, som kreditinstitutterne skulle følge, når de skulle ændre deres tilbud, kunne de nærmere bestemt ikke reagere øjeblikkeligt på sådanne oplysninger.

88. Det skal i denne forbindelse anføres, at det fremgår af Domstolens praksis, at det – med forbehold for det modbevis, som det må påhvile de pågældende erhvervsdrivende at føre⁷⁵ – må antages, at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter, når de fastlægger deres adfærd på markedet⁷⁶, og dette gælder så meget desto mere, når samordningen finder sted regelmæssigt og over en lang periode⁷⁷.

89. Efter min opfattelse forsøger sagsøgerne at vende denne formodning ved at anføre, at det »reelt er umuligt« at tage hensyn til disse oplysninger med henblik på at tilpasse og ændre deres adfærd på markedet. Selv hvis dette skulle vise sig at være tilfældet (hvilket ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen), er et sådant argument imidlertid ikke alene tilstrækkeligt til fastslå, at der ikke foreligger et konkurrencebegrænsende formål.

90. Det skal således for det første fremhæves, at artikel 101 TEUF i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler ikke kun har til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan. Konstateringen af, at en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, kan således ikke være betinget af, at der foreligger en direkte forbindelse mellem denne og de slutpriser, som

⁷¹ – ASNEF-dommen, præmis 60.

⁷² – Dette marked beskrives således af den forelæggende ret som et »koncentreret marked med adgangsbarrierer« i det første præjudicielle spørgsmål.

⁷³ – Jf. T-Mobile-dommen, præmis 59 og 62.

⁷⁴ – Jf. fodnote 6 i dette forslag til afgørelse.

⁷⁵ – Dette ville f.eks. være tilfældet, hvis en virksomhed klart tilkendegav, at den nægtede at modtage sådanne oplysninger. Jf. i denne retning dom af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, præmis 162 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁶ – Jf. Dole-dommen, præmis 127 og den deri nævnte retspraksis.

⁷⁷ – Jf. T-Mobile-dommen, præmis 51.

kunderne har betalt⁷⁸. Selv en adfærd, der vil kunne medføre et vist prisfald på de berørte produkter eller tjenester (eller have en neutral indvirkning på konkurrencen), kan under visse omstændigheder anses for reelt at være konkurrencebegrænsende⁷⁹.

91. For det andet ændrer den omstændighed, at rentespændet blev offentliggjort kort tid efter de omhandlede udvekslinger, ikke ved, at disse oplysninger var fortrolige og ikke var offentligt tilgængelige på det tidspunkt, hvor de rent faktisk blev udvekslet. Desuden fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at disse oplysninger vedrørte de berørte bankers fremtidige intentioner på prisområdet, og de var derfor strategiske og særligt følsomme ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt.

92. Selv hvis det antages, at sagsøgernes argument er blevet bevist, er jeg af den opfattelse, at det ikke er tilstrækkeligt til at så tvivl om konstateringen af, at der er tale om en overtrædelse, der består i et konkurrencebegrænsende formål, men det kan tages i betragtning ved beregningen af bøden og eventuelt føre til en nedsættelse af den bøde, der pålægges.

93. Hvad angår for det tredje argumenterne om banksektorens særlige karakter har sagsøgerne gjort gældende, at den pågældende udveksling af oplysninger ved at nedbringe usikkerheden på markedet kunne medføre effektivitetsgevinster og have konkurrencefremmende virkninger, der er gavnlige for forbrugerne.

94. Det skal i denne henseende anføres, som det blev fremhævet i punkt 49 i dette forslag til afgørelse, at den eventuelle forekomst af konkurrencefremmende virkninger, som sagsøgerne har gjort gældende, ikke sår tvivl om konklusionen om, at en bestemt aftale har et konkurrencebegrænsende formål, medmindre de pågældende virkninger er dokumenterede, relevante, specifikke og så betydningsfulde, at de sår tvivl om konklusionen om, at udvekslingen af oplysninger reelt er skadelig for konkurrencen.

95. Selv om sagsøgerne generelt og i højere grad teoretisk har påvist visse angiveligt konkurrencefremmende aspekter, af de omtvistede udvekslinger, ser det ikke ud til, at de er i stand til at dokumentere dette. Det fremgår således ikke af nogen af oplysningerne i sagsakterne, at disse udvekslinger skulle have gjort det muligt at forbedre markedets funktion eller afhjælpe dets mangler⁸⁰. Selv hvis det antages, at de berørte banker har overført visse fordele til deres kunder, hvilket i øvrigt ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen, udelukker dette ikke, at den pågældende adfærd er konkurrencebegrænsende⁸¹.

96. Henset til den særligt følsomme karakter af de oplysninger om de rentespænd, der er beskrevet i punkt 71-74 i dette forslag til afgørelse, er det desuden usandsynligt, at de konkurrencefremmende aspekter, som sagsøgerne har gjort gældende, kan give anledning til rimelig tvivl om, hvorvidt de omhandlede udvekslinger var tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen⁸².

⁷⁸ – Jf. Dole-dommen, præmis 123-125, og HSBC-dommen, præmis 120 og 121.

⁷⁹ – Jf. dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 109 og 110).

⁸⁰ – Den forelæggende ret har i det andet præjudicielle spørgsmål anført, at »der ikke er konstateret eller kan identificeres nogen effektivitetsgevinst eller tvetydig eller positiv virkning for konkurrencen som følge af denne udveksling af oplysninger«.

⁸¹ – Det fremgår således af den i punkt 90 i dette forslag til afgørelse nævnte retspraksis, at EU's konkurrenceret har til formål at beskytte ikke blot forbrugernes umiddelbare interesser, men også markedstrukturen.

⁸² – Jf. i denne retning HSBC-dommen, præmis 199-205.

97. For det fjerde har sagsøgerne gjort gældende, at rentestigningerne, i modsætning til hvad den forelæggende ret har konstateret, ikke skyldtes de omhandlede udvekslinger af oplysninger, men kunne forklares med andre faktorer i tilknytning til finanskrisen, der indtraf i løbet af 2008, og med de budgetsaneringsforanstaltninger, som Portugal indførte som følge af denne krise.

98. Af grunde svarende til dem, der er fremsat i punkt 90 i dette forslag til afgørelse, skal et sådant argument efter min opfattelse også forkastes⁸³. Desuden må det konstateres, at selv om det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at udvekslingerne blev intensiveret i perioden med økonomisk krise, står det ikke desto mindre fast, at nævnte udveksling blev indledt løbet af 2002, dvs. lang tid inden finanskrisen og de regulerende instansers senere indgreb.

99. Hvad for det femte angår de lovgivningsmæssige rammer, inden for hvilke udvekslingen af oplysninger fandt sted, har sagsøgerne kritiseret den forelæggende ret for ikke at have taget hensyn til den omstændighed, at den gældende lovramme for banksektoren i Portugal omfattede en række regler, der havde til formål at sikre en vis grad af gennemsigtighed på markedet med henblik på at undgå systemiske kriser. Disse regler skulle desuden ifølge sagsøgerne være indført ved EU-retten om forbrugerbeskyttelse.

100. Dette argument kan ikke tages til følge, eftersom det fremgår klart af forelæggelsesafgørelsen, at de oplysninger, som sagsøgerne udvekslede, var særskilte og gik videre end de oplysninger, som sagsøgerne meddelte inden for rammerne af deres forskriftsmæssige forpligtelser. Det skal endvidere anføres, at ingen af bestemmelserne i EU-retten i modsætning til, hvad nogle sagsøgere har hævdet, krævede udveksling af oplysninger mellem banker som f.eks. udveksling af oplysninger om rentespænd⁸⁴.

c) Oplysninger om »produktionstal«

101. Uden at det er fornødent at gengive det »klassiske analyseskema« i forbindelse med en foranstaltning med konkurrencebegrænsende formål, der omfatter en undersøgelse af indholdet, formålene og den retlige og økonomiske sammenhæng, i hvilken en aftale indgår, er det efter min opfattelse vigtigt at foretage nogle præciseringer vedrørende udvekslingerne af produktionstal, eftersom nogle af parterne i hovedsagen synes at være af den opfattelse, at nævnte udvekslinger alene (og uafhængigt af bedømmelsen af udvekslingerne om rentespænd) kan have et konkurrencebegrænsende formål.

102. Det skal for det første anføres, at oplysninger om produktionstal principielt ud fra et konkurrenceretligt synspunkt kan udgøre strategiske og følsomme oplysninger, forudsat at de udvekslede oplysningers karakter og den sammenhæng, som denne udveksling indgår i, gør det muligt at nedbringe usikkerheden i tilknytning til en den adfærd, som en konkurrent på markedet udviser⁸⁵.

⁸³ – Selv hvis det antages, at rentestigningen ikke skyldtes udvekslingen af oplysninger, men udefra kommende faktorer (såsom finanskrisen), fremgår af den i punkt 90 i dette forslag til afgørelse nævnte faste retspraksis, at det ved konstateringen af, at en adfærd har et konkurrencebegrænsende formål, ikke er nødvendigt, at der findes en umiddelbar og direkte forbindelse mellem denne adfærd og en stigning i slutpriserne.

⁸⁴ – Enhver anden fortolkning ville svare til, at det accepteres, at banksektoren principielt er underlagt anvendelsen af andre konkurrenceretlige regler end andre sektorer, hvilket naturligvis ikke er tilfældet, og de talrige sager, som de nationale konkurrencemyndigheder og Kommissionen har anlagt på det seneste, er et udtryk herfor.

⁸⁵ – Selv hvis det antoges, at dette var tilfældet, ville dette aspekt ikke automatisk medføre en konstatering af et konkurrencebegrænsende formål, som det fremgår af punkt 62 i dette forslag til afgørelse.

103. Det må for det andet konstateres, at den pågældende udveksling i modsætning til udvekslingerne af oplysninger om rentespænd ikke vedrører fremtidige praksisser, men data fra den foregående måned. Selv om det påhviler den forelæggende ret at foretage den endelige vurdering af disse oplysningers tidsmæssige karakter, henset til de forhold, der er kendetegnende for det pågældende bankmarked, skal det fremhæves, at det er usandsynligt, at udveksling af oplysninger om tidligere forhold vil medføre en hemmelig samordning, og at disse oplysninger er mindre skadelige ud fra et konkurrenceretligt synspunkt, eftersom de ikke giver noget fingerpeg om konkurrenternes fremtidige adfærd eller skaber en fælles forståelse på markedet⁸⁶.

104. Det skal i denne forbindelse anføres, at der ikke findes nogen forud fastsat tærskel for, hvornår oplysningerne får historisk karakter, dvs. at de bliver tilstrækkeligt gamle til ikke at udgøre en risiko for konkurrencen. Det afgøres på grundlag af det pågældende markeds kendetegn og særegenheder og navnlig på grundlag af hyppigheden af genforhandling af priserne inden for sektoren, om oplysningerne reelt vedrører tidligere forhold⁸⁷. Det følger heraf, at selv om det er usandsynligt, er det ikke udelukket, at udvekslingerne angående tidligere begivenheder også vil kunne have konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101 TEUF. Dette ville være tilfældet, hvis udvekslingen af nyere individualiserede oplysninger om de strategiske variabler afslørede tendenser, der, hvis parterne havde kendskab til dem, ville kunne nedbringe eller fjerne usikkerheden med hensyn til deres fremtidige intentioner på markedet, og i dette tilfælde kunne en sådan udveksling svare til en udveksling af fremtidige oplysninger.

105. For det tredje erkendes det, at udveksling af reelt samlede oplysninger, dvs. hvor det er tilstrækkelig vanskeligt at genkende virksomhedsspecifikke oplysninger, i langt mindre grad end udveksling af virksomhedsspecifikke oplysninger vil kunne få konkurrencebegrænsende virkninger. Risikoen for, at udvekslinger af strategiske oplysninger nedbringer usikkerheden på markedet og dermed begrænser konkurrencen, er højere, når disse oplysninger er opdelte⁸⁸.

106. For det fjerde er den omstændighed, at de udvekslede oplysninger gik ud over de forskriftsmæssige forpligtelser, som de pågældende banker var underlagt, og vedrørte oplysninger, der ikke var offentligt tilgængelige, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at disse oplysninger kan tillægges en konkurrencebegrænsende karakter. Det skal også fastslås, om de udvekslede oplysninger har gjort det muligt at mindske eller fjerne usikkerheden på markedet (og klart og utvetydigt for, at det kan konkluderes, at der er tale om et konkurrencebegrænsende formål).

107. Det følger heraf, at selv om det ikke er udelukket, at udvekslingen af nyere og opdelte data om produktionstal kan være af strategisk karakter og følsom ud fra et konkurrenceretligt synspunkt, navnlig når denne udveksling finder sted på et stærkt koncentreret marked, og når udvekslingerne foregår hyppigt, indeholder forelæggelsesafgørelsen ingen oplysninger, der gør det muligt klart at fastslå, således som en restriktiv fortolkning af begrebet konkurrencebegrænsende formål kræver, at denne udveksling var særlig skadelig for konkurrencen og (alene) har gjort det muligt at fjerne den strategiske usikkerhed med hensyn til markedsdeltagernes fremtidige adfærd⁸⁹.

⁸⁶ – Jf. punkt 90 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler.

⁸⁷ – Jf. punkt 90 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler.

⁸⁸ – Jf. punkt 89 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler.

⁸⁹ – Jf. punkt 56 i nærværende forslag til afgørelse.

d) Den samlede bedømmelse af de udvekslede oplysninger

108. Det fremgår af ovenstående bedømmelse, at selv om den del af udvekslingen af oplysninger, som den forelæggende ret har beskrevet, og som vedrører rentespænd, kan være omfattet af en af kategorierne af aftaler eller samordnet praksis, der er omfattet af begrebet konkurrencebegrænsende formål, er en sådan konstatering ikke så indlysende, når der er tale om data om produktionstal, hvis disse udvekslinger bedømmes separat og særskilt.

109. Det fremgår imidlertid af konkurrencemyndighedens oprindelige afgørelse og af forelæggelsesafgørelsen, at selv om den forelæggende ret har foretaget en sondring mellem de to typer af oplysninger, der er blevet udvekslet, har den ikke ment, at hver enkelt af disse udvekslinger af oplysninger i sig selv havde et konkurrencebegrænsende formål, men at de udgjorde en del af en og samme udveksling, der er blevet kvalificeret som en foranstaltning med et konkurrencebegrænsende formål. Det skal endvidere anføres, at en sådan udveksling på grundlag af de konstateringer, som den forelæggende ret selv har foretaget med hensyn til den reelt skadelige karakter i forhold til konkurrencen⁹⁰, vil kunne have et konkurrencebegrænsende formål. For at en sådan retlig kvalificering kan foretages, skal de to øvrige betingelser, der ikke fremgår klart af sagsakterne i den foreliggende sag, ikke desto mindre også være opfyldt.

110. Dels er det således ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt vigtigt at sikre, at den skadeteori, som ligger til grund for konkurrencemyndigheds betegnelse af en praksis som konkurrencebegrænsende, fremgår klart, navnlig når det skal fastslås, at en sådan praksis har et konkurrencebegrænsende formål⁹¹.

111. Dels skal forholdet mellem udvekslingerne af disse to typer af oplysninger, der gør det muligt at understøtte den skadeteori, som en konkurrencemyndighed har valgt, fremgå utvetydigt af den analyse, som denne myndighed har foretaget. Konkurrencemyndigheden skal således godtgøre en tilstrækkelig klar forbindelse mellem udvekslingerne af disse to typer af oplysninger og forklare, hvorfor udvekslinger af sådanne oplysninger er tilstrækkelig skadelige for konkurrencen til at kunne begrunde kvalificeringen som et konkurrencebegrænsende formål. Konkurrencemyndigheden skal med andre ord godtgøre, hvordan disse udvekslinger samlet set udgør en del af en åbenbart konkurrencebegrænsende »plan« og vil kunne muliggøre en samordning af de berørte bankers adfærd⁹².

V. Forslag til afgørelse

112. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn, Portugal) forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 101 TEUF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for, at en udveksling af oplysninger mellem konkurrenter vedrørende forretningsbetingelserne for operationer (herunder nuværende og fremtidige creditspænd og risikovariabler) samt produktionstal på området for udbud af lån til finansiering af fast ejendom, lån til virksomheder og forbrugslån

⁹⁰ – Jf. punkt 15 i dette forslag til afgørelse.

⁹¹ – Jf. Budapest Bank-dommen, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis.

⁹² – Med forbehold for de konstateringer, som det tilkommer den forelæggende ret at foretage i denne henseende, ser det ud til, at denne forbindelse er blevet godtgjort i den foreliggende sag, eftersom det synes at fremgå af de beviselementer, som konkurrencemyndigheden har taget i betragtning i sin afgørelse, at udvekslingerne om produktionstal havde til formål at lette påvisningen af afvigelser og at styrke den hemmelige samordning mellem sagsøgerne.

inden for banksektoren, kvalificeres som havende et konkurrencebegrænsende formål, når en sådan praksis kunstigt har øget gennemsigtigheden og reduceret usikkerheden om markedets funktion.

- 2) Artikel 101 TEUF er ikke til hinder for en sådan kvalificering, når der ikke er konstateret eller kan identificeres nogen effektivitetsgevinst eller tvetydig eller positiv virkning for konkurrencen som følge af denne udveksling af oplysninger.«