



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
ATHANASIOS RANTOS  
föredraget den 5 oktober 2023<sup>1</sup>

**Mål 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, i 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 Central de Crédito Agrícola Mútuo CRL,  
Banco Comercial Português SA  
mot  
Autoridade da Concorrência,  
ytterligare deltagare i rättegången:  
Ministério Público**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão  
(Domstolen för konkurrens-, reglerings- och tillsynsfrågor, Portugal))

”Begäran om förhandsavgörande – Konkurrens – Konkurrensbegränsande samverkan –  
Artikel 101 FEUF – Avtal mellan företag – Konkurrensbegränsande genom syfte – Utbyte av  
information mellan kreditinstitut – Information om affärsvillkor och produktionsvärden”

## I. Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 101.1 FEUF och frågan under vilka förutsättningar ett informationsutbyte mellan konkurrerande företag kan kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte.
2. Begäran har framställts i ett mål mellan flera bankinstitut och Autoridade da Concorrência (konkurrensmyndigheten, Portugal) (nedan kallad konkurrensmyndigheten), motpart i det nationella målet, vilket rör konkurrensmyndighetens beslut att ålägga bankinstituten böter för att

<sup>1</sup> Originalspråk: franska.

de åsidosatt de nationella konkurrensrättsliga bestämmelserna och artikel 101 FEUF genom att delta i ett samordnat förfarande i form av en informell samordning mellan konkurrenter genom utbyte av känsliga och strategiska uppgifter.

3. Målet rör det förhållandet att konkurrensmyndigheten har kvalificerat ett "självständigt" informationsutbyte som konkurrensbegränsning genom syfte utan att ha fastställt att en konkurrensbegränsande samverkan föreligger. Bankinstituten har bestritt denna rättsliga kvalificering och har anfört att informationsutbytet inte varit tillräckligt skadligt för en sådan kvalificering och att det inte endast var informationsutbytet syfte som skulle beaktas, utan även dess resultat. Den hänskjutande domstolen anser att det saknas prejudicerande fall i domstolens praxis som kan ge vägledning för handläggningen av det nu aktuella målet och har därför begärt ett förhandsavgörande av EU-domstolen i detta avseende.

4. Detta mål ger domstolen tillfälle att utveckla sin praxis i fråga om utbyte av information mellan konkurrenter mot bakgrund av artikel 101.1 FEUF. Domstolen får således återigen ägna sig åt begreppet konkurrensbegränsning genom syfte, ett begrepp som trots att det länge varit föremål för diskussion, fortfarande är begreppsmässigt tvetydigt och ger upphov till tolkningsfrågor.

## II. Tillämpliga bestämmelser

5. Den hänskjutande domstolen har berört Lei n.º 19/2012 (Lei n.º 19/2012 que aprova o novo regime da concorrência) (lag nr 19/2012 om inrättande av en ny konkurrensordning) av den 8 maj 2012 (nedan kallad konkurrenslagen)<sup>2</sup> vilken har ersatt Lei n.º 18/2003, om inrättande av en konkurrensrättsordning) av den 11 juni 2003.<sup>3</sup> I artikel 9 i konkurrenslagen, som har rubriken "Avtal, samordnade förfarande och beslut av företagssammanslutningar" (liksom den tidigare artikel 4 i lag nr 18/2003, som hade rubriken "Förbjudna förfaranden"), återges i sak innehållet i artikel 101 FEUF.

## III. Tvisten i det nationella målet, tolkningsfrågorna och förfarandet vid domstolen

6. Konkurrensmyndigheten beslutade den 9 september 2019 att ålägga klagandena i det nationella målet böter för att de i strid med artikel 101 FEUF och motsvarande nationella bestämmelser deltagit i ett självständigt informationsutbyte.<sup>4</sup>

7. Konkurrensmyndigheten drog denna slutsats efter att ha funnit att informationsutbytet i fråga utgjorde en konkurrensbegränsning genom syfte, vilket innebar att myndigheten inte behövde undersöka informationsutbytet eventuella effekter på marknaden. Konkurrensmyndigheten anförde inte heller någon kritik om att de berörda företagen hade deltagit i någon annan form av konkurrensbegränsande förfarande som informationsutbytet skulle ha kunnat kopplas till, exempelvis en prisöverenskommelse eller en uppdelning av marknaderna.

8. Klagandena i det nationella målet överklagade beslutet till Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Domstolen för konkurrens-, reglerings- och tillsynsfrågor, Portugal), den hänskjutande domstolen, och anförde som grund att informationsutbytet i fråga inte i sig

<sup>2</sup> *Diário da República*, serie I, nr 89, av den 8 maj 2012, s. 2404–2427.

<sup>3</sup> *Diário da República*, serie I-A, nr 134, 11 juni 2003, s. 3450–3461.

<sup>4</sup> Konkurrensmyndigheten har använt beteckningen "självständigt" för att ange att utbytet i fråga utgör föremålet för undersökningen och att det inte är underordnat något annat påstått problematiskt beteende såsom konkurrensbegränsande samverkan.

kunde betraktas som tillräckligt skadligt för att resultatet av utbytet inte skulle behöva granskas. Konkurrensmyndigheten hade i synnerhet inte beaktat det ekonomiska, rättsliga och regleringsmässiga sammanhang som informationsutbytet genomfördes i, trots att det borde ha beaktats för att en konkurrensbegränsning genom syfte skulle kunna fastställas.

9. Den 28 april 2022 meddelade den hänskjutande domstolen en mellandom på närmare 2 000 sidor i vilken den angav vilka av de faktiska omständigheterna i konkurrensmyndighetens beslut som skulle anses vara fastställda. Den hänskjutande domstolen har sammanfattat denna mellandom i begäran om förhandsavgörande och har delat upp beskrivningen av domen i fem underavdelningar som avser arten av den utbytta informationen, formen av samordning, det eftersträvade målet, det rättsliga och ekonomiska sammanhanget respektive den påstådda förekomsten av konkurrensfrämjande effekter.

10. Den utbytta informationen utgjordes för det första av information om bostadslånemarknaden, konsumentkreditmarknaden och företagslånemarknaden. Följande två typer av information utbyttes i fråga om dessa marknader:

- Aktuella och framtida "affärsvillkor", det vill säga ränteskillnader (*spreads*), kundernas belåningsgrad och riskparametrar, vilka med hänsyn till informationsutbytets uttömmande och systematiska karaktär inte var offentliga vid tidpunkten för utbytet.
- "Produktionsvolym", det vill säga de berörda enheternas individualiserade uppgifter om storleken på de krediter som beviljats under den föregående månaden. Uppgifterna lämnades ut i icke-aggregerat skick och var inte tillgängliga i denna form eller från någon annan källa vid tidpunkten för utbytet eller senare.

11. Vad beträffar informationsutbytets varaktighet och form har den hänskjutande domstolen för det andra angett att det pågick från maj 2002 till mars 2013. Utbytet kom till uttryck i institutionaliserade bilaterala eller multilaterala kontakter i telefon eller e-post vilka bankernas ledning hade full kännedom om.

12. Den hänskjutande domstolen har för det tredje funnit att det mål som eftersträvades med informationsutbytet, i och med att det innebar att de berörda parterna kunde få detaljerade, systematiska, aktuella och exakta uppgifter om konkurrenternas erbjudanden, var att minska osäkerheten kring varje enskild parts strategiska beteende i syfte att minska risken för ett kommersiellt tryck.

13. När det för det fjärde gäller det rättsliga och ekonomiska sammanhanget kring informationsutbytet år 2013, förvaltade de sex största kreditinstituten i Portugal, som alla deltog i informationsutbytet, 83 procent av alla banktillgångar i hela den nationella banksektorn. Från och med mitten av 2008 ökade finansinstitutens ränteskillnader för nya fastighetskrediter kraftigt, till skillnad från utvecklingen av Euribor, det index som återspeglar räntesatserna mellan banker i euroområdet, vilket då hade sjunkit kraftigt. Detta resulterade i mindre räntesänkningar för slutkunderna.<sup>5</sup> I sammanfattningen av mellandomen anges också under rubriken "rättsligt och ekonomiskt sammanhang", att det omtvistade informationsutbytet var regelbundet och organiserat i en sluten krets. Informationsutbytet rörde dessutom strategisk information som

<sup>5</sup> Ränteskillnaderna har emellertid återgått till högre nivåer än under perioderna före år 2012.

inte var offentlig eller som var svår att få tillgång till eller systematisera. Det rörde sig nämligen om en annan information än den som kreditinstituten lämnade i enlighet med sin konsumentupplysningsskyldighet.

14. För det femte anges i sammanfattningen, i fråga om förekomsten av effekter med en potentiellt gynnsam eller åtminstone oklar effekt på konkurrensen, att bankerna i fråga inte har lyckats styrka eller identifiera i) några effektivitetsvinster till följd av informationsutbytet, ii) att effektivitetsvinsterna fördelades till förmån för konsumenterna, och iii) att konkurrensbegränsningarna var ofrånkomliga.

15. Den hänskjutande domstolen anser slutligen, trots att den själv har fastställt att det aktuella informationsutbytet kan bidra till att minska det kommersiella trycket och osäkerheten kring konkurrenters strategiska beteende på marknaden vilket skulle kunna utmynna i en informell konkurrensbegränsande samordning, att den nu aktuella begäran om förhandsavgörande är befogad eftersom det inte finns några prejudicerande fall i domstolens praxis som rör det nu aktuella fallet.

16. Under dessa omständigheter har Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Domstolen för konkurrens- reglerings- och tillsynsfrågor, Portugal) vilandeförklarat målet och ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

- ”1) Utgör artikel 101 FEUF ... hinder för att ett omfattande månatligt informationsutbyte mellan konkurrenter om villkor tillämpliga på transaktioner (bland annat aktuella och framtida kreditspridningar och riskvariabler) samt (månatliga, individualiserade och uppdelade) produktionssiffror som avser erbjudanden om bostadslån, företagslån och konsumentkrediter, som regelbundet och ömsesidigt har utbyttts inom banksektorn för privatpersoner på en koncentrerad marknad med inträdeshinder, vilket på ett konstlat sätt har ökat insynen och minskat osäkerheten kring konkurrenternas strategiska beteende, kvalificeras som en konkurrensbegränsning?
- 2) Om så är fallet, utgör artikel 101 FEUF hinder för en sådan kvalificering när det inte har fastställts eller kunnat identifieras någon effektivitetsvinst eller några verkningar, med oklar eller konkurrensfrämjande effekt, till följd av detta informationsutbyte?”

17. Klagandena, konkurrensmyndigheten och Ministério Público har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen. Skriftliga yttranden har även inkommit från den portugisiska, grekiska, italienska och ungerska regeringen samt från Europeiska kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet. Vid förhandlingen den 22 juni 2023 yttrade sig klagandena, konkurrensmyndigheten, den portugisiska och den grekiska regeringen samt Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen.

## **IV. Bedömning**

### **A. Inledande synpunkter**

18. Inledningsvis ska det påpekas att klagandena i det närmaste enhälligt har ägnat en stor del av sina skriftliga yttranden till att bestrida den hänskjutande domstolens beskrivning av de faktiska omständigheterna i det nationella målet och till och med anfört att EU-domstolen är skyldig att ändra den hänskjutande domstolens beskrivning av de faktiska omständigheterna för att kunna

lämna ett ändamålsenligt svar till denna domstol.<sup>6</sup>

19. Det framgår av domstolens fasta praxis att i ett förfarande enligt artikel 267 FEUF, som grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EU-domstolen, ankommer det inte på EU-domstolen utan på den nationella domstolen att fastställa de faktiska omständigheter som har gett upphov till målet.<sup>7</sup> Av detta följer att EU-domstolen, i och med att den endast är behörig att tolka eller pröva giltigheten av en unionsrättsakt, inte kan kontrollera riktigheten av de uppgifter om de faktiska omständigheterna som har lämnats av den nationella domstolen och inte heller i sak pröva påståenden som förts fram av vissa parter i syfte att bestrida relevansen av de faktiska förutsättningar som den hänskjutande domstolen har beskrivit i begäran om förhandsavgörande.

20. Den tolkning som EU-domstolen ska göra av en unionsrättslig bestämmelse i det faktiska sammanhang som den hänskjutande domstolen har beskrivit ger således inte upphov till någon presumtion för att det verkligen är denna förutsättning som är i fråga i det nationella målet. Således ankommer det alltid ytterst på den hänskjutande domstolen att kontrollera att de uppgifter om de faktiska omständigheterna som den har överlämnat till domstolen verkligen motsvarar den situation som är i fråga i det nationella målet.

21. Denna slutsats påverkas inte av de nationella domstolarnas skyldighet – vilken klagandena har hänvisat till – att exakt beskriva den faktiska bakgrunden till tolkningsfrågorna. Även om syftet med en sådan skyldighet är att domstolen ska kunna försäkra sig om att begäran om förhandsavgörande inte ska avvisas, är det nämligen ändå så, enligt fast rättspraxis, att en begäran bara kan avvisas då den begärda tolkningen av unionskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller domstolen inte förfogar över de uppgifter om sakförhållanden eller rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att kunna besvara frågorna på ett ändamålsenligt sätt.<sup>8</sup> Så är inte fallet i det nu aktuella målet.

22. Det saknas följaktligen anledning att pröva klagandenas invändningar mot relevansen av de faktiska förutsättningar som den hänskjutande domstolen har lagt fram. Detsamma gäller klagandenas begäran om en omformulering av tolkningsfrågorna, genom vilken de har uppmanat domstolen att (om)pröva den beskrivning av de faktiska omständigheterna som gjorts av den hänskjutande domstolen och omklassificera dem, något som det enbart ankommer på den hänskjutande domstolen att göra.

23. Jag vill slutligen påpeka att den hänskjutande domstolens frågor är formulerade så, att den andra tolkningsfrågan inte tycks behöva besvaras om den första tolkningsfrågan besvaras jakande. Jag anser att i ett sådant mål som det nu aktuella nationella målet, i vilket den största svårigheten är att fastställa huruvida ett informationsutbyte med de nu konstaterade egenskaperna utgör en konkurrensbegränsning genom syfte, så finns det anledning att behandla de aspekter som berörts i de båda tolkningsfrågorna tillsammans. De påstådda effektivitetsvinster

<sup>6</sup> Klagandena har närmare bestämt anfört att utbytet av information om ränteskillnader inte omfattade uppgifter som kunde kvalificeras som framtida, eftersom i) de aktuella besluten i fråga om priser redan hade fattats och höll på att verkställas, ii) uppgifterna lämnades ut en arbetsdag innan besluten trädde i kraft, iii) den omständigheten att de lämnades ut dagen innan de trädde i kraft innebar, med hänsyn till bankernas interna förfaranden för ändring av kreditskillnader, att alla former av anpassning till de mottagna uppgifterna omöjliggjordes. Klagandena har också bestritt kvalificeringen av uppgifterna om produktionsvolymerna som "aktuella" och menar att de ska betraktas som "tidigare" eller "historiska".

<sup>7</sup> Se dom av den 12 maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl. (C-377/20, EU:C:2022:379, punkt 35), och dom av den 12 februari 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, punkt 23).

<sup>8</sup> Dom av den 19 april 2007, Asemfo (C-295/05, EU:C:2007:227, punkt 31).

eller konkurrensfrämjande effekter som avses i den andra frågan om förhandsavgörande kommer således att vara relevanta för analysen av det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket informationsutbytet ska bedömas, när det gäller att avgöra om det utgör en konkurrensbegränsning genom syfte.

## **B. Den första och den andra tolkningsfrågan**

24. Den hänskjutande domstolens två tolkningsfrågor rör den rättsliga kvalificeringen av ett informationsutbyte med sådana egenskaper som beskrivs ovan i punkterna 10–14 som en konkurrensbegränsning genom syfte.

25. I ett förfarande enligt artikel 267 FEUF är EU-domstolen endast behörig att tolka de unionsbestämmelser som tolkningsfrågan avser, det vill säga i det nu aktuella fallet artikel 101.1 FEUF. Det ankommer därför inte på EU-domstolen utan på den hänskjutande domstolen att med hänsyn tagen till alla relevanta omständigheter i det aktuella fallet och till det rättsliga och ekonomiska sammanhang det ingår i göra den slutgiltiga bedömningen av huruvida det aktuella avtalet har haft till syfte att begränsa konkurrensen.<sup>9</sup> När EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande kan den emellertid, på grundval av handlingarna i målet vid domstolen, bidra med preciseringar för att vägleda den hänskjutande domstolens tolkning så att den kan avgöra det mål den handlägger.<sup>10</sup>

26. Innan frågorna granskas finns det skäl att erinra om innebörden av begreppet ”konkurrensbegränsning genom syfte” och göra vissa klargöranden om dess tillämpning på utbyten av information.

### **1. Begreppet konkurrensbegränsning genom syfte**

#### ***a) Allmänna principer i domstolens praxis***

27. För att omfattas av förbudet enligt artikel 101.1 FEUF ska ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande ha ”till syfte eller resultat” att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden.<sup>11</sup> Det konkurrensbegränsande syftet och resultatet är inte kumulativa utan alternativa villkor för bedömningen av huruvida ett sådant avtal omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF. Den omständigheten att villkoren är alternativa, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, leder således till att själva syftet med avtalet måste beaktas först.<sup>12</sup>

28. Enligt domstolens fasta praxis är vissa typer av samordning mellan företag så pass skadliga för konkurrensen att någon bedömning av deras resultat inte behöver göras. Denna praxis grundas på att vissa former av samordning mellan företag redan till sin art kan anses vara skadliga för den normala konkurrensen.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Se dom av den 18 november 2021, *Visma Enterprise* (C-306/20, nedan kallad domen *Visma*, EU:C:2021:935, punkt 51 och där angiven rättspraxis).

<sup>10</sup> Se domen *Visma* (punkt 52 och där angiven rättspraxis).

<sup>11</sup> Se domen *Visma* (punkt 54 och där angiven rättspraxis).

<sup>12</sup> Se domen *Visma* (punkt 55 och där angiven rättspraxis).

<sup>13</sup> Se domen *Visma* (punkt 57 och där angiven rättspraxis).

29. Frågan huruvida en företagssammanslutnings avtal eller beslut är så pass skadligt att det kan anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, ska prövas i förhållande till innehållet i beslutets bestämmelser, de mål som eftersträvas med detsamma samt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det ingår.<sup>14</sup>

30. Det ska emellertid understrykas att begreppet ”konkurrensbegränsande syfte” ska tolkas restriktivt. Av detta följer att om en analys av ett samordnat förfarande mellan företag leder till slutsatsen att det inte uppvisar en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen, ska det samordnade förfarandets resultat prövas. För att det samordnade förfarandet ska kunna omfattas av förbudet krävs att det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen begränsas.<sup>15</sup>

31. I sak görs inom detta system ingen skillnad beroende på om ett företags beteende har fastställts vara konkurrensbegränsande genom en granskning av beteendets verkningar eller av beteendets syfte, i och med att beteendet i båda fallen är förbjudet enligt artikel 101.1 FEUF. Uppdelningen mellan konkurrensbegränsning genom syfte och konkurrensbegränsning genom verkan är nämligen i första hand ett processuellt instrument som är avsett att vägleda konkurrensmyndigheten i fråga om den analys som den ska göra enligt artikel 101.1 FEUF och de resurser som det är lämpligt att tillgripa mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall.<sup>16</sup>

***b) Kravet på ”solid och tillförlitlig erfarenhet” för att ett förfaringssätt ska kunna kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte***

32. En av de frågeställningar som den hänskjutande domstolens har tagit upp i sin första tolkningsfråga är kravet på att det ska finnas *solid och tillförlitlig erfarenhet*, i den mening som avses i domstolens praxis, för att ett sådant ”självständigt” informationsutbyte som det nu aktuella i det nationella målet ska kunna kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte. Den hänskjutande domstolen vill med andra ord få klarhet i huruvida det är nödvändigt att det finns ett prejudicerande fall för att ett visst beteende ska kunna anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte.

33. Frågan ska besvaras nekande.

34. Det framgår av själva lydelsen i artikel 101.1 FEUF och i synnerhet av ordet ”särskilt” att bestämmelsen inte innehåller en uttömmande förteckning över avtal som har till ”syfte” eller ”resultat” att begränsa konkurrensen. Andra typer av avtal kan således kvalificeras som en begränsning ”genom syfte” när en sådan kvalificering kan göras i enlighet med de krav som följer av domstolens praxis.<sup>17</sup>

35. I flera av dessa domar – i synnerhet domen av den 11 september 2014, CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), och domen av den 2 april 2020, Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2020:265) (nedan kallad domen Budapest Bank) – betonade domstolen visserligen att det är nödvändigt att det föreligger erfarenhet som är tillräckligt solid och tillförlitlig för att det ska kunna anses att ett avtal, redan till sin art, är skadligt för konkurrensen och att det följaktligen

<sup>14</sup> Dom av den 16 juli 2015, ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:484, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

<sup>15</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, punkt 66 och där angiven rättspraxis).

<sup>16</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 30).

<sup>17</sup> Dom av den 2 april 2020, Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2020:265, punkt 63).

ska kunna kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte.<sup>18</sup> Domstolen har emellertid medgett klart och tydligt att den omständigheten att kommissionen inte tidigare har ansett att ett visst slags avtal begränsar konkurrensen på grund av själva sitt syfte, inte i sig hindrar att kommissionen i framtiden drar motsatt slutsats efter en ingående granskning av det omtvistade beteendet i det enskilda fallet.<sup>19</sup> Alla andra tolkningar skulle hindra tillämpning av en bestämmelse i fördraget som har formulerats på ett sådant sätt att den omfattar nya kategorier av konkurrensbegränsningar som skulle kunna uppkomma i framtiden.

36. Det argument som några av klagandena har anfört, att det måste finnas solid och tillförlitlig erfarenhet för att ett förfarande ska kunna betraktas som konkurrensbegränsning genom syfte och att de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna därför måste visa att det finns ett prejudicerande fall för att ett beteende på marknaden ska kunna kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte, bör därför underkännas.<sup>20</sup>

37. Det grundläggande rättsliga kriteriet för att avgöra huruvida ett avtal eller ett samordnat förfarande har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF är om det kan fastställas att ett sådant avtal eller förfarande i sig självt uppvisar *en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen* för att det ska vara möjligt att anse att det saknas anledning att undersöka avtalets resultat.<sup>21</sup>

38. Kravet är i princip lättare att uppfylla när det gäller avtal eller förfaranden som kan likställas med beteenden eller kategorier av beteenden vars skadlighet för konkurrensen är ställd utom allt tvivel mot bakgrund av tidigare erfarenheter. Den omständigheten att det finns *solid och tillförlitlig erfarenhet* i fråga om skadligheten av ett konkurrensbegränsande förfarande ”stärker” sannolikheten att ett förfarande med samma kännetecken som ett annat som tidigare har kvalificerats som konkurrensbegränsning också är det.<sup>22</sup> Den omständigheten att det inte finns några prejudicerande fall hindrar emellertid inte, såsom anges ovan i punkt 34, att konkurrensmyndigheterna klassificerar avtal som konkurrensbegränsning genom syfte när det efter en individuell och ingående granskning framgår att de är skadliga för konkurrensen.

39. Den omständigheten att alla egenskaper hos ett avtal som en konkurrensmyndighet har granskat inte är identiska med ett förfarande som tidigare har kvalificerats som konkurrensbegränsning genom syfte betyder dessutom inte att det saknas *solid och tillförlitlig erfarenhet* i dess avseende. Att kräva en absolut överensstämmelse mellan alla egenskaper hos sådana avtal (däribland på de berörda marknaderna), såsom några av klagandena tycks ha anfört, skulle nämligen innebära en obefogad inskränkning av tillämpningsområdet för begreppet konkurrensbegränsning genom syfte och göra det synnerligen svårt för konkurrensmyndigheter att tillämpa begreppet.

<sup>18</sup> Se domen Budapest Bank, punkt 76, och förslag till avgörande av generaladvokaten i målet Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkterna 63–73).

<sup>19</sup> Se dom av den 25 mars 2021, Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen (C-586/16 P, EU:C:2021:241, punkt 86), och dom av den 25 mars 2021, Lundbeck/kommissionen (C-591/16 P, EU:C:2021:243, punkt 130).

<sup>20</sup> I punkt 86 i domen av den 25 mars 2021, Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen (C-586/16 P, EU:C:2021:241), underkände domstolen uttryckligen det argument som förts fram av några av klagandena i det nu aktuella målet, att punkt 51 i domen i målet CB/kommissionen innebar att domstolar eller myndigheter måste visa att det finns en specifik ”erfarenhet” av förbud mot vissa förfaranden i egenskap av begränsningar ”genom syfte”. Se, för ett liknande resonemang, även punkt 66 i domen av den 25 mars 2021, Sun Pharmaceutical Industries och Ranbaxy (UK)/kommissionen (C-586/16 P, EU:C:2021:241).

<sup>21</sup> Se punkterna 28 och 30 i detta förslag till avgörande.

<sup>22</sup> Förutsatt att detta konstaterande inte ifrågasätts av någon annan omständighet som är specifik för detta förfarande, i synnerhet det ekonomiska och rättsliga sammanhang som förfarandet ingår i. Se, för ett liknande resonemang, punkterna 43 och 44 ovan.



40. Även om förfaranden för vilka det inte finns några prejudicerande fall kan anses vara konkurrensbegränsningar genom syfte, bör denna klassificering emellertid – med hänsyn till att begreppet konkurrensbegränsning genom syfte ska tolkas restriktivt – endast begränsas till fall där det är uppenbart att ett avtal eller ett förfarande hämmar konkurrensen eller när den enda trovärdiga förklaringen till det aktuella förfarandet är en konkurrensbegränsning på marknaden.<sup>23</sup>

***c) Beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget vid bedömningen av en konkurrensbegränsning genom syfte och gränsdragning mot analysen av det konkurrensbegränsande resultatet***

41. En annan viktig frågeställning i det aktuella målet rör beaktandet av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget vid bedömningen av en konkurrensbegränsning genom syfte och skillnaden mellan att beakta sammanhanget och granska resultatet vid bedömningen av en konkurrensbegränsning.

42. För det första är det främsta syftet med att beakta det rättsliga och ekonomiska sammanhanget vid bedömningen av en konkurrensbegränsning genom syfte att bekräfta eller undanröja det ursprungliga konstaterandet att ett visst förfarande har ett konkurrensbegränsande syfte, vilket konstaterande har gjorts på grundval av andra omständigheter som är specifika för detta förfarande.

43. I domen i målet Budapest Bank hänvisade domstolen till förslaget till avgörande av generaladvokaten Bobek, enligt vilket det krävs en analys i två steg för att fastställa en konkurrensbegränsning genom syfte.<sup>24</sup> Det ankommer således på konkurrensmyndigheterna att först avgöra huruvida avtalet, med beaktande av dess innehåll och syften kan hänföras till en kategori av avtal som, mot bakgrund av solid och tillförlitlig erfarenhet (eller som, i avsaknad av sådan erfarenhet, uppenbarligen), är skadliga för konkurrensen.<sup>25</sup> Konkurrensmyndigheterna ska sedan göra en ”enkel verklighetskontroll” för att kontrollera huruvida särskilda omständigheter i det rättsliga och ekonomiska sammanhang som det berörda avtalet har genomförts i inte kan väcka tvivel om avtalets presumerade skadlighet.<sup>26</sup>

44. Granskningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget är avsedd att undvika risken för ”falska positiva svar” som kan bli resultatet av en formell analys av ett avtal, utan koppling till den ”ekonomiska verklighet” och det rättsliga och regleringsmässiga landskap som avtalet ingår i. Syftet med ett avtal ska nämligen inte bedömas abstrakt, utan konkret, mot bakgrund av de verkliga förutsättningar under vilka marknaden fungerar och med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>27</sup> Detta förhållningssätt återspeglar närmare bestämt hur domstolens praxis har

<sup>23</sup> Se domen av den 25 mars 2021, Lundbeck/kommissionen (C-591/16 P, EU:C:2021:243, punkt 131).

<sup>24</sup> Domen Budapest Bank, punkt 76, och förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkterna 41–43). Detta förhållningssätt har även tillämpats av generaladvokaten Emiliou i fråga om ett utbyte av känsliga affärsuppgifter som kvalificerats som konkurrensbegränsning genom syfte (se, för ett liknande resonemang, förslag till avgörande av generaladvokaten Emiliou i målet HSBC Holdings m.fl./kommissionen, C-883/19 P, EU:C:2022:384, punkterna 83 och 84).

<sup>25</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 42).

<sup>26</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkterna 43, 48 och 49).

<sup>27</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:28, punkt 158), förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 41) och förslag till avgörande av generaladvokaten Bobek i målet Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2019:678, punkt 46).

utvecklats och övergått från en bred och formalistisk tolkning av begreppet konkurrensbegränsning genom syfte till en restriktivare tolkning som bygger på systematiken i och erfarenheten av detta begrepp.<sup>28</sup>

45. För det andra ska analysen av det ekonomiska sammanhang som förfarandet ingår i inte blandas ihop med en analys av resultatet, eftersom den sistnämnda analysen innebär en större bevisböda och en mer ingående granskning av avtalets verkningar på marknaden för att fastställa förekomsten av en konkurrensbegränsning. Om så inte vore fallet skulle uppdelningen mellan begränsning genom syfte och begränsning genom resultat inte längre vara meningsfull.

46. Trots att denna distinktion kan förefalla relativt enkel i teorin, är dess praktiska tillämpning mer komplicerad. Beaktandet av det ekonomiska och rättsliga sammanhang som ett avtal ingår i kan nämligen i vissa fall göra det särskilt oklart var gränsen går mellan bedömningen av avtalet utifrån dess syfte och bedömningen av avtalet utifrån dess resultat. Den omständigheten att domstolen i sin praxis anser att prövning av resultatet av avtal eller förfaranden mot bakgrund av artikel 101 FEUF, precis som konstaterandet av en begränsning genom syfte, innebär att hänsyn tas till *det konkreta sammanhang där avtalet ingår, det vill säga bland annat det ekonomiska och rättsliga sammanhang där de berörda företagen är verksamma, de aktuella varornas eller tjänsternas beskaffenhet och strukturen och de faktiska villkoren på marknaden*<sup>29</sup> kan också leda till förvirring.

47. Skillnaden mellan de två kategorierna av konkurrensbegränsningar ligger i huvudsak i hur ingående prövningen av dem är. I de fall det konkurrensbegränsande syftet är lätt att urskilja bör analysen av det ekonomiska och rättsliga sammanhang som förfarandet ingår i således begränsas till vad som är strikt nödvändigt för att bekräfta eller avfärda skadligheten och det konkurrensbegränsande syfte som framgår av analysen av innehållet i och syftena med det aktuella förfarandet.<sup>30</sup> Av detta följer att en sådan analys inte på något sätt kan ersätta avsaknaden av en faktisk identifiering av ett konkurrensbegränsande syfte genom att de åsyftade åtgärdernas potentiella verkningar påvisas.<sup>31</sup>

48. Slutsatsen att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte förutsätter såsom anges ovan i punkt 28 att det är möjligt att slå fast att avtalet konkret kan begränsa konkurrensen utan att avtalets resultat först behöver undersökas. Därför är det endast om det inte är möjligt genom en analys av samtliga relevanta omständigheter som rör själva avtalet och dess sammanhang att slå fast att ett avtal är ägnat att begränsa konkurrensen, som prövningen med avseende på förekomst av konkurrensbegränsande syfte ska "övergå" i en prövning med avseende på förekomst av ett konkurrensbegränsande resultat.<sup>32</sup> Så är till exempel fallet om prövningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget ger upphov till tvivel i frågan om ett avtal är av den särskilt skadliga karaktär som konstaterats (i det första steget av prövningen) eller åtminstone lett till ett tvetydigt resultat.

<sup>28</sup> En praxis som härrör från målet CB/kommissionen och sedan har fastställts och förfinats i en rad domar som meddelats av domstolen, däribland domarna av den 26 november 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784), och Budapest Bank, och dom av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52).

<sup>29</sup> Se domen Visma (punkt 72 och där angiven rättspraxis).

<sup>30</sup> Se domen av den 20 januari 2016, Toshiba Corporation/kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26, punkt 29).

<sup>31</sup> Förslaget till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 44).

<sup>32</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:28, punkt 164).

49. I domen i målet HSBC<sup>33</sup> erinrade domstolen för det tredje om att när parterna i ett avtal gör gällande att avtalet har konkurrensfrämjande effekter, så ska dessa effekter, i egenskap av omständigheter som utgör en del av det sammanhang som avtalet ingår i, vederbörligen tas i beaktande vid prövningen av om avtalet ska anses utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte, i den mån de kan anses vederlägga helhetsbedömningen av den konkurrensbegränsande samverkan som tillräckligt skadlig och, således, dess kvalificering som konkurrensbegränsning genom syfte.<sup>34</sup> Att endast påstå – utan att därvid åberopa någon bevisning till styrkande av detta påstående – att ett omtvistat avtal har konkurrensfrämjande verkningar, kan emellertid inte anses tillfyllest för att avtalet inte ska anses utgöra konkurrensbegränsning genom syfte.<sup>35</sup> Även under förutsättningen att dessa konkurrensfrämjande effekter är styrkta, relevanta och specifika för det berörda avtalet, måste de således vara tillräckligt betydande, så att de ger upphov till rimligt tvivel om att det berörda avtalet är tillräckligt skadligt för konkurrensen och därmed ger upphov till tvivel om huruvida det har ett konkurrensbegränsande syfte.<sup>36</sup>

50. Även om hänsyn till de påstådda effektivitetsvinsterna eller konkurrensfrämjande verkningarna är en del av det rättsliga och ekonomiska sammanhang i vilket informationsutbytet ska bedömas, finns det för det fjärde skäl att klargöra att denna del av i analysen skiljer sig från den som görs enligt artikel 101.3 FEUF, vilken när en konkurrensbegränsning väl är fastställd syftar till att undersöka huruvida kriterierna för undantag är uppfyllda.<sup>37</sup> Syftet med att de konkurrensfrämjande effekterna beaktas är nämligen inte att utesluta att det är fråga om en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, utan att bedöma den aktuella samverkans objektiva svårighetsgrad, vilket är en fråga som är avgörande för vilka bevisregler som ska tillämpas.<sup>38</sup>

## **2. Tillämpning av begreppet konkurrensbegränsande genom syfte på informationsutbyten**

51. Det framgår inledningsvis av domstolens fasta praxis att begreppen ”avtal”, ”beslut av företagsammanslutningar” och ”samordnat förfarande” i artikel 101.1 FEUF, om man ser till den subjektiva sidan, omfattar olika former av samförstånd som är av samma art och som endast skiljer sig åt vad avser deras intensitet och i vilka former de kommer till uttryck.<sup>39</sup> Av detta följer att de kriterier som har fastställts i domstolens rättspraxis för bedömningen av huruvida ett beteende har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen, är tillämpliga oavsett om det är fråga om ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande.<sup>40</sup>

52. När det gäller definitionen av begreppet samordnat förfarande har domstolen också slagit fast att begreppet avser en form av samordning mellan företag som, utan att ha gått så långt att ett avtal i egentlig mening slutits, ändå medvetet byter ut de risker som konkurrensen innebär mot ett praktiskt samarbete.<sup>41</sup> Det är också utrett, sedan domen av den 16 december 1975, Suiker Unie

<sup>33</sup> Dom av den 12 januari 2023, HSBC Holdings m.fl./kommissionen (C-883/19 P, EU:C:2023:11) (nedan kallad domen HSBC).

<sup>34</sup> Domen HSBC, punkt 139 och där angiven rättspraxis).

<sup>35</sup> Dom av den 25 mars 2021, Lundbeck/kommissionen (C-591/16 P, EU:C:2021:243, punkt 137).

<sup>36</sup> Domen HSBC, punkt 197 och där angiven rättspraxis).

<sup>37</sup> Se mitt förslag till avgörande i målet International Skating Union/kommissionen (C-124/21 P, EU:C:2022:988, punkt 93).

<sup>38</sup> Se domen HSBC, punkt 140 och där angiven rättspraxis).

<sup>39</sup> Dom av den 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, nedan kallad domen T-Mobile, EU:C:2009:343, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

<sup>40</sup> Domen T-Mobile (punkt 24).

<sup>41</sup> Se domen T-Mobile, punkt 26 och där angiven rättspraxis).

m.fl./kommissionen (40/73 – 48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174, punkt 288), att informationsutbyten kan utgöra ett självständigt åsidosättande av artikel 101.1 FEUF.

53. Det framgår av artikel 101.1 FEUF att begreppet samordnat förfarande förutom samordning mellan de berörda företagen även förutsätter ett beteende på marknaden som följer på denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit. Domstolen har emellertid slagit fast att såvida motsatsen inte bevisas, vilket det åvilar de berörda aktörerna att göra, måste det antas att de företag som deltar i samordningen och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till informationsutbytet med sina konkurrenter när de bestämmer sitt beteende på denna marknad.<sup>42</sup>

54. Utbyte av information som mildrar eller undanröjer graden av osäkerhet om den relevanta marknadens funktion och följaktligen begränsar konkurrensen mellan företagen anses således strida mot artikel 101.1 FEUF.<sup>43</sup> EUF-fördragets konkurrensbestämmelser utgör nämligen ett självständighetskrav på ekonomiska aktörer. Även om detta krav inte utesluter att de ekonomiska aktörerna kan göra nödvändiga anpassningar till sina konkurrenters konstaterade eller förväntade agerande, förhindrar det emellertid varje direkt eller indirekt kontakt mellan aktörer som har till föremål eller verkan, antingen att påverka en aktuell eller potentiell konkurrents agerande på marknaden eller att avslöja för en sådan konkurrent hur man själv har beslutat eller överväger att agera på marknaden.<sup>44</sup>

55. Domstolen har visserligen flera gånger prövat huruvida ett informationsutbyte har varit förenligt med artikel 101.1 FEUF. Den har emellertid fortfarande inte angett tydligt huruvida de kriterier som den hänvisat till, särskilt kriteriet avseende *minskning eller undanröjande av osäkerheten på marknaden*, avser begreppet konkurrensbegränsning i allmänhet, om de enbart avser begränsning genom resultat eller om de även gör det möjligt att fastställa ett konkurrensbegränsande syfte.<sup>45</sup> Den omständigheten att det ovan angivna kriteriet är detsamma för att identifiera en konkurrensbegränsning genom syfte och genom resultat är emellertid föga överraskande. Intresset av att skilja mellan konkurrensbegränsning genom syfte och genom resultat ligger främst i beviskraven, såsom anges ovan i punkt 31.

56. I vissa av de domar där begreppet begränsning genom syfte har berörts i samband med ett informationsutbyte har domstolen emellertid försökt klargöra närmare under vilka omständigheter begreppet begränsning genom syfte ska användas. Domstolen har i synnerhet slagit fast att ett utbyte av information *som är ägnat att kunna undanröja osäkerhet hos de berörda vad gäller tidpunkten, omfattningen och den anpassning som de berörda företagen måste göra vad gäller deras beteende på marknaden*, ska anses ha ett konkurrensbegränsande syfte<sup>46</sup> – och följaktligen direkt kan påverka konkurrenternas affärsstrategi eller den normala konkurrensen på marknaden.<sup>47</sup> Så är i synnerhet fallet när informationsutbytet rör parametrar

<sup>42</sup> Dom av den 19 mars 2015, Dole Food och Dole Fresh Fruit Europe/kommissionen (C-286/13 P, nedan kallad domen Dole, EU:C:2015:184, punkterna 126 och 127).

<sup>43</sup> Dom av den 28 maj 1998, Deere/kommissionen (C-7/95 P, EU:C:1998:256, punkt 90), dom av den 23 november 2006, Asnef-Equifax och Administración del Estado (C-238/05, nedan kallad domen ASNEF, EU:C:2006:734, punkt 51), domen T-Mobile punkt 35), och domen Dole, punkt 121).

<sup>44</sup> Domen Dole (punkt 120 och där angiven rättspraxis).

<sup>45</sup> Klagandena har framhållit denna aspekt för att bestrida Konkurrensmyndighetens kvalificering av det omtvistade informationsutbytet som konkurrensbegränsning genom syfte. Klagandena har anfört att kriteriet endast kan användas för att fastställa en konkurrensbegränsning genom resultat.

<sup>46</sup> Domarna T-Mobile (punkt 41), Dole (punkt 122) och HSBC (punkt 116).

<sup>47</sup> Dom av den 26 september 2018, Philips och Philips France/kommissionen (C-98/17 P, EU:C:2018:774, punkt 37).

som är särskilt känsliga i konkurrenshänseende, såsom framtida priser eller någon av beståndsdelarna i dessa priser, vilket var fallet i domarna i målen T-Mobile och Dole eller mer nyligen i domen i målet HSBC.

57. När informationsutbytet har avsett mindre känsliga uppgifter sett ur konkurrensrättslig synvinkel eller det konkurrensbegränsande syftet inte tydligt har framgått av analysen av innehållet, målen och det rättsliga och ekonomiska sammanhang som utbytet har ingått i, har domstolen emellertid ansett att det funnits skäl att företa en analys av resultatet. Den lösningen valdes till exempel i målet ASNEF, i vilket domstolen slog fast att med beaktande av utbytets kännetecken hade ett utbyte av vissa uppgifter mellan bankinstitut som avsåg inrättandet av ett bankregister inte som syfte att begränsa konkurrensen och att dess resultat därför skulle analyseras.<sup>48</sup> I detta mål slog domstolen dessutom fast att vissa åtgärder som vidtagits av de aktuella bankerna för att känsliga uppgifter inte skulle spridas innebar att registren som utbyttes mellan bankerna inte skulle avslöja de konkurrerande företagens ställning på marknaden eller deras affärsstrategier.<sup>49</sup>

58. Mot bakgrund av vad som anförs ovan ska följande påpekande göras.

59. Allt utbyte av information mellan konkurrenter kan inte anses vara konkurrensbegränsande. Utbyte av information är ett vanligt inslag på flera konkurrensutsatta marknader. Det framgår också av ekonomisk teori att öppenhet mellan ekonomiska aktörer kan bidra till ökad konkurrens och göra det möjligt att lösa problem med informationssymmetri och generera olika typer av effektivitetsvinster och således göra marknaderna effektivare.<sup>50</sup>

60. Vidare framgår det av domstolens praxis, vilken nämns ovan i punkt 54, att när det gäller informationsutbyte mellan konkurrenter är en *minskad eller undanröjd osäkerhet i fråga om en konkurrents strategiska beteende på marknaden* det avgörande kriteriet för att avgöra om det föreligger ett åsidosättande av artikel 101.1 FEUF.

61. Bedömningen med beaktande av detta kriterium beror i hög grad på vilken typ av information som utbyts mellan konkurrenterna. Det är nämligen endast utbyte av *strategisk (eller kommersiellt känslig) information* som kan minska osäkerheten på marknaden och påverka parternas självständiga beslutsfattande, vilket således leder till en minskad konkurrens. Det finns visserligen ingen exakt definition av begreppet strategisk (eller kommersiellt känslig) information, men information om priser och kvantiteter anses i princip vara den information som är av störst strategiskt intresse, följt av information om kostnader och efterfrågan.<sup>51</sup> Den strategiska nyttan av de uppgifter som utbyts kan även vara beroende av en rad andra faktorer, såsom graden av koncentration på den aktuella marknaden, huruvida informationen är aggregerad eller inte, hur gammal den är samt hur ofta utbytet i fråga sker.<sup>52</sup>

62. Den omständigheten att ett informationsutbyte rör strategiska uppgifter som *är ägnade att minska osäkerheten på marknaden* leder vidare inte automatiskt till att det ska kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte, även om det kan omfattas av artikel 101.1 FEUF.

<sup>48</sup> Domen ASNEF (punkt 48).

<sup>49</sup> Domen ASNEF (punkt 59).

<sup>50</sup> Se punkt 57 i kommissionens riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal (EUT C 11, 2011, s. 1) (nedan kallade riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal).

<sup>51</sup> Se punkt 86 i riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal.

<sup>52</sup> Se punkterna 86 och 91 i riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal.

63. Med hänsyn till att begreppet konkurrensbegränsning genom syfte ska tolkas restriktivt kan denna kvalificering endast användas när det klart och entydigt framgår att ett informationsutbyte, med beaktande av dess egenskaper och utan att resultatet av utbytet behöver granskas, uppfyller kriteriet om minskning eller undanröjande av osäkerheten på marknaden, så att konkurrenternas affärsstrategi påverkas direkt genom att de ges möjlighet att anpassa sitt beteende på marknaden. Såsom anges ovan i punkt 56 ska detta kriterium anses uppfyllt om ett informationsutbyte rör parametrar som är avgörande för konkurrensen, såsom framtida kapacitet och priser.

64. Mot bakgrund av vad som anförs ovan ska det konstateras att ett informationsutbyte kan utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte om det av analysen av dess innehåll, dess mål och det rättsliga och ekonomiska sammanhang som det ingår i framgår att utbytet har en tillräcklig grad av skadlighet med avseende på konkurrensen. Den omständigheten att utbytet är "självständigt", i den meningen att det inte är förenat med en fastställd konkurrensbegränsande samverkan, påverkar inte heller konstaterandet att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, förutsatt att utbytet har en tillräcklig grad av skadlighet.<sup>53</sup>

### **3. Bedömning av kvalificeringen konkurrensbegränsning genom syfte i det nu aktuella fallet**

#### **a) Inledande anmärkningar**

65. Det framgår av beslutet om hänskjutande att det aktuella informationsutbytet, mot bakgrund av de egenskaper som beskrivs ovan i punkterna 10–14, avsåg aktuella och framtida uppgifter som var strategiska ur en konkurrensrättslig synvinkel och gjorde det möjligt för klagandena att få utförlig information om konkurrenternas erbjudanden, vilket således gjorde det möjligt för dem att minska osäkerheten kring det strategiska beteendet och anpassa sig till varandra genom en informell samordning.

66. Klagandena har emellertid bestritt denna beskrivning och anser att den utbytta informationens egenskaper, tvärtom vad konkurrensmyndigheten och den hänskjutande domstolen har fastställt, inte möjliggjorde en sådan samordning på marknaden.<sup>54</sup>

67. Det ankommer emellertid inte på EU-domstolen att kontrollera riktigheten av de faktiska omständigheter som den hänskjutande domstolen har redogjort för.<sup>55</sup> Det är den hänskjutande domstolen som med hänsyn tagen till alla relevanta omständigheter i det aktuella fallet och det rättsliga och ekonomiska sammanhang informationsutbytet i fråga ingår i, slutgiltigt ska avgöra huruvida informationsutbytet har haft till syfte att begränsa konkurrensen.<sup>56</sup>

68. Efter dessa klargöranden inleder jag min bedömning med den del av informationsutbytet som rör affärsvillkoren avseende lån (bland annat ränteskillnaderna) för att sedan granska utbytet av information om produktionsvolymen. Därefter undersöker jag under vilka förutsättningar en samlad analys av dessa två typer av information inom ramen för ett och samma utbyte skulle kunna anses ha ett konkurrensbegränsande syfte.

<sup>53</sup> Även om domstolen i sin praxis främst har använt kvalificeringen konkurrensbegränsning genom syfte för informationsutbyten som ägt rum inom ramen för en konkurrensbegränsande samverkan, innebär denna rättspraxis inte att det enbart är sådana utbyten som kan kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte.

<sup>54</sup> Se ovan punkt 18.

<sup>55</sup> Se ovan punkterna 19–21.

<sup>56</sup> Se ovan punkt 25.

## **b) Informationen om affärsvillkoren**

### *1) Innehållet i den information som utbytt*

69. Det framgår inledningsvis av beslutet om hänskjutande att de ränteskillnader som utbytt mellan bankerna utgör en väsentlig del av priset.<sup>57</sup> Det framgår också av samma beslut att klagandena genom att de mellan konkurrenter lämnade ut en av beståndsdelarna i det pris som de skulle anta, bidrog till att öka insynen på marknaden genom en minskad osäkerhet kring deras nuvarande och framtida strategi. Detta innebar att de deltagande bankerna kunde utnyttja denna information i utformningen av sin affärsstrategi och hela tiden anpassa sig genom en informell samordning.

70. Det framgår av domstolens praxis, vilken erinras om ovan i punkt 56, att ett utbyte med sådana egenskaper kan kvalificeras som konkurrensbegränsning genom syfte. Det finns således, tvärtemot vad några av klagandena har anfört, en *tillräckligt solid och tillförlitlig erfarenhet* som gör det möjligt att anse att sådana utbyten om framtida priser (eller vissa prisparametrar) i sig är konkurrensbegränsande, särskilt med hänsyn till den synnerligen stora samverkansrisk som de medför. Det innebär att de kan klassificeras som konkurrensbegränsning genom syfte.

71. Enligt domstolens praxis ska bedömningen av ett informationsutbyte mellan konkurrenter göras mot bakgrund av den grundläggande tanken bakom fördragets konkurrensregler, nämligen att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma den politik som den avser att följa på marknaden.<sup>58</sup> Det är uppenbart att ett utbyte mellan konkurrenter av information om faktorer som är avgörande för priserna strider mot detta krav på självständighet, särskilt när informationen rör framtida avsikter i fråga om priser och den gör det möjligt för företagen att förekomma och anpassa sig till en konkurrents strategiska affärsrörelse och minska konkurrenstrycket på marknaden.

72. Information om ränteskillnader är också, förutom att den är konfidentiell då utbytet sker, särskilt relevant när bankernas låneerbjudanden till kunderna ska fastställas. Trots att bankmarknaden är hårt reglerad förfogar bankinstituten således över ett fritt beslutsutrymme i fråga om fastställandet av ränteskillnader vilket ska säkerställa en strategisk differentiering för varje bank och följaktligen utgör en avgörande parameter för konkurrensen mellan bankinstituten.<sup>59</sup>

73. Innehållet i utbytet uppvisar alltså i sig en tillräcklig grad av skadlighet för konkurrensen och kan anses vara sådant att det redan till sin art är skadligt för den normala konkurrensen, vilket skulle vara tillräckligt för att slå fast att det rör sig om ett beteende som kan anses förändra konkurrensen på de relevanta marknaderna.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Ränteskillnaderna utgör en beståndsdel i det pris som en kund betalar till banken för finansiering och den marginal som banken tjänar på att bevilja krediter.

<sup>58</sup> Se ovan punkt 54.

<sup>59</sup> En bank som har kännedom om konkurrenternas ränteskillnader har nämligen bättre förutsättningar att mer exakt fastställa priserna i sluterbjudandet eller priserna i konkurrenternas erbjudande.

<sup>60</sup> Detsamma gäller enligt min mening för utbyte av information om andra affärsvillkor, såsom kundernas lånekapacitet och riskparametrar, i den mån dessa avser väsentliga delar av avtalet och spelar en avgörande roll för prisbildningen. Utbytet av sådan information kan nämligen underlätta och uppmuntra samordnade förfaranden mellan de berörda företagen.

74. Ett samordnat förfarande behöver dessutom inte avse alla konkurrensparametrar, tvärtom vad några av klagandena har anfört. Ett sådant förfarande kan ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det endast avser enskilda konkurrensaspekter, till exempel ränteskillnader.<sup>61</sup> Den omständigheten att slutpriset omfattar andra beståndsdelar som eventuellt inte (alla) har varit föremål för ett informationsutbyte kan inte påverka konstaterandet att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte.

75. Konstaterandet att de utbytta uppgifterna var strategiska och kommersiellt känsliga skulle inte ens ifrågasättas om det visade sig, såsom flera av klagandena har anfört, att vissa av de aktuella utbytena inte avsåg vare sig bankernas slutpriser eller de kreditskillnader som faktiskt beviljats kunderna, utan i stället ett spann av indikativa räntesatser som man utgick från i de individuella förhandlingarna med varje kund på grundval av kundens specifika riskprofil. Att sådana uppgifter sprids kan nämligen vara tillräckligt för att avslöja de strategiska avsikterna om en framtida prissättning och därmed förenkla samordnade förfaranden mellan konkurrerande företag.<sup>62</sup>

## 2) Mål som eftersträvas med informationsutbytet

76. Det framgår av domstolens fasta praxis att för att avgöra om ett avtal eller ett informationsutbyte omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF ska ledning sökas i de objektiva mål som det syftar till att uppnå.<sup>63</sup> Dessa objektiva mål, vilka tydligt bör framgå av det aktuella beteendet, ska inte förväxlas med subjektiva avsikter att begränsa eller inte begränsa konkurrensen och inte heller med legitima syften som företagen i fråga eventuellt försöker uppnå. Det är också utrett att ett avtal kan anses ha ett konkurrensbegränsande syfte även om det eftersträvar andra legitima syften.<sup>64</sup>

77. I detta avseende vill jag erinra om att konkurrensmyndigheten ansåg att informationsutbytet med hänsyn till arten av den information som utbyttes inte kunde ha något annat syfte än att begränsa konkurrensen. Klagandena har bestritt detta konstaterande och har anfört att informationsutbytet var ett informellt sätt att underlätta bankernas *benchmarking* och göra det möjligt för dem att sinsemellan jämföra sina respektive erbjudanden<sup>65</sup> och samtidigt sänka kostnaderna för en sådan jämförelse, något som kunde få gynnsamma effekter på konkurrensen,<sup>66</sup> och att syftet med utbytet alltså inte i sig var konkurrensbegränsande.

78. Argumentet framstår inte som trovärdigt och ska därför avvisas.

79. Även om ett informationsutbyte kan leda till effektivitetsvinster och få företagen att prestera bättre, bland annat genom att de kan jämföra sin respektive praxis och således förbättra både sin interna effektivitet och sin ställning på marknaden, kan ett sådant initiativ som *benchmarking* naturligtvis inte göra det berättigat att använda sig av förfaranden som i sig är

<sup>61</sup> Se domen HSBC (punkt 204).

<sup>62</sup> Se även vad som anges ovan punkt 90 om det mål som eftersträvas med unionens konkurrensrätt, att skydda marknadsstrukturen.

<sup>63</sup> Domen T-Mobile (punkt 27).

<sup>64</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 117).

<sup>65</sup> Klagandena har anfört att informationen som erhöles var avsedd för jämförelser av bankernas erbjudanden och att utgöra stöd för bankernas marknadsföring av sina produkter genom att framhäva fördelen med bankens produkter och nackdelarna med konkurrenternas.

<sup>66</sup> Argumentet prövas ovan i punkterna 93–96, i analysen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget.



konkurrensbegränsande, till exempel ett utbyte av information som är konfidentiell och strategisk ur konkurrensrättslig synvinkel, såsom information om företagens planerade åtgärder i fråga om priser.

80. Jag har också svårt att följa bankernas resonemang om de mål som eftersträvades genom det aktuella informationsutbytet. Det finns nämligen skäl att ifrågasätta nyttan av ett sådant utbyte i och med att den information som utbyttes enligt klagandena skulle offentliggöras av bankerna samtidigt som (eller direkt efter) utbytet i fråga, och att informationen, med hänsyn till bankernas interna förfaranden, inte skulle kunna beaktas för ändring av kreditkillnaderna. Ett sådant informationsutbyte skulle sakna all affärsmässig logik, bortsett från att detta konstaterande har bestritts av konkurrensmyndigheten och inte framgår av beslutet om hänskjutande. Således uppkommer frågan om vilka motiv som skulle ha kunnat föranleda klagandena att utsätta sig för en ej försumbar risk ur konkurrensrättslig synvinkel för att erhålla information som de menar saknade verkligt kommersiellt intresse.

### *3) Det rättsliga och ekonomiska sammanhanget*

81. Klagandena har klandrat konkurrensmyndigheten för att den inte tog hänsyn till det ekonomiska, rättsliga och regleringsmässiga sammanhanget i banksektorn under överträdelseperioden. Klagandena menar att utbytena i fråga sett till det relevanta rättsliga och ekonomiska sammanhanget i själva verket var konkurrensfrämjande eller åtminstone borde ha gett upphov till tvivel om utbytet skadlighet, vilket föranleder ett ifrågasättande av konstaterandet att det föreligger en konkurrensbegränsning.<sup>67</sup>

82. I sådana fall där det konkurrensbegränsande syftet lätt kan urskiljas, vilket tycks vara fallet i fråga om utbytena av information om ränteskillnader, ska bedömningen av det ekonomiska och rättsliga sammanhang som förfarandet ingår i, såsom anges ovan i punkt 47, begränsas till vad som visar sig strikt nödvändigt för att kontrollera huruvida det föreligger särskilda omständigheter som kan ge upphov till tvivel om den fastställda skadligheten av detta utbyte. Av detta följer att det endast är de omständigheter som verkligen är relevanta för bedömningen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget som ska bedömas av en konkurrensmyndighet. En konkurrensmyndighet är inte skyldig att granska rent hypotetiska argument som inte har någon koppling till det rättsliga och ekonomiska sammanhang som informationsutbytet eller beteendet i fråga ingår i.<sup>68</sup>

83. Sökandena har bestritt konkurrensmyndighetens och den hänskjutande domstolens bedömningar av graden av koncentration (och marknadsandelarna) för de olika deltagarna under den period som berörs av utbytet och den omständigheten att utbyten ägde rum i en ”sluten krets”.

84. Det ankommer visserligen inte på domstolen att i den hänskjutande domstolens ställe bedöma konkurrensmyndighetens metoder och avgöra huruvida myndighetens bedömning är välgrundad. Det finns emellertid skäl att framhålla att graden av koncentration är en av de omständigheter som

<sup>67</sup> Se ovan punkt 25.

<sup>68</sup> Följaktligen kan en konkurrensmyndighet inte klandras för att den inte har granskat omständigheter som inte har någon nytta för granskningen av nämnda sammanhang.

kan vara relevanta i bedömningen av en konkurrensbegränsning.<sup>69</sup> Domstolen har således redan funnit att på en starkt koncentrerad marknad kan ett utbyte av viss information, beroende på vilken typ av information det rör sig om, ge företag möjlighet att ta reda på vilken affärsställning och vilka affärsstrategier konkurrenter har på marknaden och på så sätt snedvräda konkurrensen på marknaden och öka risken för hemliga samförstånd, eller till och med förenkla för sådana.<sup>70</sup>

85. Bortsett från att utbytet kan utgöra hemlig samverkan innebär den omständigheten att det äger rum i en sluten krets även en risk för utestängning av banker som inte deltar i utbytet och som följaktligen inte förfogar över samma uppgifter för att bedöma befintliga och framtida villkor på den relevanta marknaden. Ett sådant utbyte mellan en begränsad grupp av deltagare skulle kunna göra det svårare för nya aktörer att komma in på marknaden,<sup>71</sup> särskilt om denna marknad kännetecknas av de egenskaper som den nationella domstolen har fastställt.<sup>72</sup>

86. Den omständigheten att informationsutbytet avseende tabeller över ränteskillnader såsom klagandena har anfört var sporadiska, till skillnad från informationsutbytet avseende produktvolymerna som var regelbundna, utesluter inte i sig att ett informationsutbyte har ett konkurrensbegränsande syfte. Domstolen har nämligen funnit att en enda kontakt, med hänsyn till marknadens struktur, kan vara tillräcklig för att företaget ska kunna samordna sitt beteende.<sup>73</sup>

87. Klagandena har vidare anfört att det aktuella beteendet med hänsyn till särdragen hos den portugisiska bankmarknaden inte kunde påverka konkurrensen och därmed utmynna i en hemlig samverkan.<sup>74</sup> Kreditinstituten kunde närmare bestämt inte reagera omedelbart på sådan information, med hänsyn till de interna förfaranden som kreditinstituten tillämpade för att ändra sitt eget erbjudande.

88. Det framgår i detta sammanhang av domstolens praxis att det, såvida motsatsen inte bevisas, vilket det åvilar parterna att göra,<sup>75</sup> måste antas att företagen tar hänsyn till informationsutbytet med sina konkurrenter när de bestämmer sitt beteende på marknaden och fortsätter att vara aktiva där<sup>76</sup> och att detta i synnerhet är fallet när samordningen sker regelbundet under en lång tidsperiod.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> Det ska påpekas att graden av koncentration endast är en av de faktorer som ska beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger en konkurrensbegränsning och att den inte i sig gör det möjligt att fastställa att ett informationsutbyte har ett konkurrensbegränsande syfte. Mot bakgrund av detta klargörande framgår det inte av handlingarna i målet att konkurrensmyndigheten eller den hänskjutande domstolen uteslutande har förlitat sig på denna faktor vid fastställandet av att det aktuella informationsutbytet utgjorde en konkurrensbegränsning genom sitt syfte.

<sup>70</sup> I domstolens praxis tycks ingen åtskillnad göras mellan informationsutbyten som har kvalificerats som konkurrensbegränsning genom syfte eller genom resultat med hänsyn till graden av koncentration. Graden av koncentration beaktas således som en av de ytterligare omständigheter som gör det möjligt att fastställa en konkurrensbegränsning på samma sätt, oavsett hur konkurrensbegränsningen klassificeras. Se, för ett liknande resonemang, domen ASNEF (punkt 58) och domen T-Mobile (punkt 34).

<sup>71</sup> Domen ASNEF (punkt 60).

<sup>72</sup> Den hänskjutande domstolen har nämligen beskrivit denna marknad som en "koncentrerad marknad med inträdeshinder" i den första tolkningsfrågan.

<sup>73</sup> Se domen T-Mobile (punkterna 59 och 62).

<sup>74</sup> Se fotnot 6 ovan.

<sup>75</sup> Så vore till exempel fallet om ett företag tydligt hade förklarat att det vägrar att ta emot sådan information. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 1999, Hüls/kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punkt 162 och där angiven rättspraxis).

<sup>76</sup> Se domen Dole (punkt 127 och där angiven rättspraxis).

<sup>77</sup> Se domen T-Mobile (punkt 51).

89. Sökandena tycks ha försökt bryta denna presumtion genom att åberopa en ”faktisk omöjlighet” att beakta informationen i syfte att anpassa och ändra sitt beteende på marknaden. Även om så vore fallet (en omständighet som inte framgår av beslutet om hänskjutande), skulle ett sådant argument emellertid inte i sig vara tillräckligt för att underkänna konstaterandet att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte.

90. För det första är nämligen artikel 101 FEUF, i likhet med övriga konkurrensregler i fördraget, inte enbart avsedd att skydda konkurrenternas eller konsumenternas direkta intressen. Den ska även skydda marknadsstruktur och därmed konkurrensen som sådan. Det måste därför inte föreligga ett direkt samband mellan ett samordnat förfarande och de priser som betalas av slutkonsumenterna för att det ska kunna konstateras att ett samordnat förfarande har ett konkurrensbegränsande syfte.<sup>78</sup> Till och med ett beteende som kan medföra en viss sänkning av priset på de berörda varorna eller tjänsterna (eller som har en neutral inverkan på konkurrensen) kan således, under vissa omständigheter, betraktas som i sig konkurrensbegränsande.<sup>79</sup>

91. Den omständigheten att ränteskillnaderna skulle offentliggöras efter informationsutbytet ändrar för det andra inte det faktum att informationen var konfidentiell utan att vara tillgänglig för allmänheten då den faktiskt utbyttes. Det framgår dessutom av beslutet om hänskjutande att informationen avsåg de berörda bankernas framtida prissättning och därför var strategisk och särskilt känslig ur konkurrensrättslig synvinkel.

92. Även om det argument som klagandena har fört fram godtogs, skulle det enligt min mening inte vara tillräckligt för att ifrågasätta konstaterandet att en konkurrensbegränsning genom syfte föreligger. Däremot skulle det kunna beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet och eventuellt leda till en nedsättning av de påförda böterna.

93. När det sedan gäller argumenten avseende banksektorns särskilda karaktär, har klagandena anfört att det aktuella informationsutbytet genom att det minskade osäkerheten på marknaden kunde medföra effektivitetsvinster och få konkurrensfrämjande effekter som gynnade konsumenterna.

94. Såsom erinras om ovan i punkt 49 påverkar inte den eventuella förekomsten av konkurrensfrämjande effekter som klagandena har framhållit slutsatsen att ett visst avtal utgör en konkurrensbegränsning genom syfte, såvida inte effekterna i fråga är styrkta, relevanta, specifika och så påtagliga att de kan ifrågasätta slutsatsen att ett informationsutbyte i sig är skadligt för konkurrensen.

95. Klagandena har visserligen på ett allmänt och teoretiskt sätt identifierat vissa påstått konkurrensfrämjande aspekter som följer av de omtvistade utbytena, men de tycks inte kunna lägga fram någon bevisning som styrker detta. Det framgår nämligen inte någonstans i handlingarna i målet att informationsutbytena gjorde det möjligt att förbättra marknadsfunktion eller korrigerade dess brister.<sup>80</sup> Även om bankerna i fråga verkligen hade överfört en del av fördelarna till sina kunder, en uppgift som för övrigt inte framgår av beslutet om hänskjutande, innebär det emellertid inte att det aktuella beteendet inte är konkurrensbegränsande.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Se domen Dole (punkterna 123–125) och domen HSBC (punkterna 120 och 121).

<sup>79</sup> Se domen av den 30 januari 2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, punkterna 109 och 110).

<sup>80</sup> I den andra tolkningsfrågan har den hänskjutande domstolen framhållit att ”det inte har fastställts eller kunnat identifieras någon effektivitetsvinst eller några verkningar, med oklar eller konkurrensfrämjande effekt, till följd av detta informationsutbyte”.

<sup>81</sup> Det framgår nämligen av den rättspraxis som anges ovan i punkt 90 att EU:s konkurrenslagstiftning är avsedd att skydda inte bara konsumenternas direkta intressen utan även marknadsstruktur.

96. Med hänsyn till den särskilt känsliga karaktären hos den information om ränteskillnader som beskrivs ovan i punkterna 71–74, är det vidare inte sannolikt att de konkurrensfrämjande aspekter som klagandena har gjort gällande ger rimliga skäl att tvivla på de aktuella utbytenas skadliga karaktär med avseende på konkurrensen.<sup>82</sup>

97. Sökandena har även anfört att höjningen av räntesatserna i motsats till vad den hänskjutande domstolen har konstaterat inte berodde på det aktuella informationsutbytet, utan hade sin förklaring i andra faktorer med anknytning till 2008 års globala finanskris och budgetsaneringsåtgärder som genomfördes av Portugal efter krisen.

98. Av skäl som liknar dem som det redogörs för ovan i punkt 90 anser jag att även detta argument ska underkännas.<sup>83</sup> Även om det framgår av beslutet om hänskjutande att utbytet i fråga intensifierades under den period som berördes av den ekonomiska krisen, inleddes utbytet icke desto mindre år 2002, det vill säga före finanskrisen och de efterföljande ingripandena av de berörda tillsynsinstanserna.

99. När det sedan gäller det regelverk inom vilket informationsutbytet ägde rum har klagandena klandrat den hänskjutande domstolen för att den inte tog hänsyn till det faktum att den lagstiftning som gäller banksektorn i Portugal innehåller en rad regler som syftar till att garantera en viss nivå av öppenhet på marknaden i syfte att undvika systemkriser. Klagandena menar att dessa regler för övrigt härrör från unionsrättens konsumentskyddslagstiftning.

100. Detta argument kan enligt min mening inte vinna framgång, eftersom det framgår av beslutet om hänskjutande att det var en särskild information som utbyttes mellan klagandena och att den var mer omfattande än den information som de lämnade inom ramen för sina lagstadgade skyldigheter. Jag vill också påpeka att det i motsats till vad några av klagandena har anfört inte finns någon unionsrättslig bestämmelse som skulle kunna kräva att bankerna utbyter sådan information som ränteskillnader.<sup>84</sup>

### ***c) Information om produktionsvolym***

101. Det är inte nödvändigt att återge det ”klassiska analys-schemat” för en konkurrensbegränsning genom syfte som inbegriper en granskning av innehållet, målen och det rättsliga och ekonomiska sammanhang som ett avtal ingår i. Däremot ser jag det som viktigt att göra några preciseringar om utbyten som rör produktionsvolym, i och med att vissa av parterna i förfarandet tycks anse att sådana utbyten i sig (och oberoende av analysen av utbytena om ränteskillnader) skulle kunna ha ett konkurrensbegränsande syfte.

<sup>82</sup> Se, för ett liknande resonemang, domen HSBC (punkterna 199–205).

<sup>83</sup> Även om räntehöjningen inte berodde på det aktuella informationsutbytet, utan på externa faktorer (såsom finanskrisen), framgår det nämligen av den fasta rättspraxis som det erinrats om i punkt 90 i detta förslag till avgörande att det inte måste föreligga ett omedelbart och direkt samband mellan ett samordnat förfarande och ökade slutpriser för att det ska kunna konstateras att ett samordnat förfarande har ett konkurrensbegränsande syfte.

<sup>84</sup> Att göra någon annan tolkning vore detsamma som att godta att konkurrenslagstiftningen ska tillämpas på ett annat sätt på banksektorn än på andra sektorer. Så är naturligtvis inte fallet vilket framgår av ett stort antal ärenden som nyligen handlagts av nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen.

102. Uppgifter om produktionsvolymen kan för det första i princip utgöra strategisk och känslig information ur konkurrensrättslig synvinkel, förutsatt att karaktären på den information som utbyts och det sammanhang i vilket utbytet sker gör det möjligt att minska osäkerheten kring en konkurrents strategiska beteende på marknaden.<sup>85</sup>

103. Det aktuella utbytet avsåg för det andra inte framtida ageranden, utan uppgifter från den föregående månaden, till skillnad från informationsutbytet avseende ränteskillnader. Det är visserligen den hänskjutande domstolen som slutgiltigt ska bedöma den tidsmässiga karaktären på denna information, med beaktande av de särskilda omständigheterna på den aktuella bankmarknaden, men jag vill ändå erinra om att det i princip är osannolikt att utbyte av äldre (eller historiska) uppgifter kan utmynna i en hemlig samverkan och att utbyte av sådana uppgifter är mindre skadligt i konkurrensrättsligt hänseende, eftersom det är osannolikt att det ger vägledning om konkurrenters framtida beteende eller möjliggör en samverkan på marknaden.<sup>86</sup>

104. Det finns i detta avseende inte någon förutbestämd gräns för när uppgifter blir historiska, det vill säga tillräckligt gamla för att inte utgöra en risk för konkurrensen. Huruvida uppgifter verkligen är historiska avgörs nämligen utifrån den aktuella marknads egenskaper och särdrag, bland annat hur ofta priser omförhandlas i sektorn.<sup>87</sup> Av detta följer att det inte är uteslutet, om än osannolikt, att utbyten avseende tidigare händelser även skulle kunna utgöra begränsning genom syfte i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Så skulle vara fallet om ett utbyte av individuella uppgifter som avser nyligen inträffade strategiska variabler avslöjade tendenser som skulle kunna minska eller undanröja parternas osäkerhet i fråga om deras framtida intentioner på marknaden, i vilket fall ett sådant utbyte skulle kunna motsvara ett utbyte avseende framtida uppgifter.

105. För det tredje anses utbyte av uppgifter som är aggregerade i sann bemärkelse, det vill säga om det är tillräckligt svårt att känna igen individualiserad information på företagsnivå, med mycket mindre sannolikhet ge konkurrensbegränsande effekter än utbyte av information på företagsnivå. Risken för att utbytet av strategisk information minskar osäkerheten på marknaden och därmed begränsar konkurrensen är således större när information inte är aggregerad.<sup>88</sup>

106. För det fjärde är det inte tillräckligt att den utbytta informationen gick utöver de berörda bankernas lagstadgade skyldigheter och avsåg uppgifter som inte var allmänt tillgängliga för att utbytet ska betraktas som konkurrensbegränsande. Det ska fortfarande fastställas att den utbytta informationen gjorde det möjligt att minska eller undanröja osäkerheten på marknaden (på ett klart och entydigt sätt för att det ska kunna slås fast att det rör sig om konkurrensbegränsning genom syfte).

107. Av detta följer att det visserligen inte är uteslutet att ett utbyte av aktuella och icke-aggregerade uppgifter om produktionsvolymen kan vara strategiskt och känsligt ur konkurrensrättslig synvinkel, bland annat när utbytet äger rum på en starkt koncentrerad marknad och frekvensen i utbytet är hög. Det finns emellertid ingenting i beslutet om hänskjutande som gör det möjligt att klart och tydligt fastställa, vilket krävs av en restriktiv

<sup>85</sup> Även om så vore fallet skulle den omständigheten inte automatiskt leda till att en konkurrensbegränsning ska kvalificeras som en begränsning genom syfte, såsom förklaras ovan i punkt 62.

<sup>86</sup> Se punkt 90 i riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal.

<sup>87</sup> Se punkt 90 i riktlinjerna för horisontella samarbetsavtal.

<sup>88</sup> Se punkt 89 i kommissionens riktlinjer.

tolkning av begreppet begränsning genom syfte, att utbytet varit särskilt skadligt för konkurrensen och (i sig) skulle ha gjort det möjligt att minska den strategiska osäkerheten i fråga om deras framtida beteende på marknaden.<sup>89</sup>

**d) Samlad bedömning av den utbytt informationen**

108. Det framgår av bedömningen ovan att även om den del av det av den hänskjutande domstolen beskrivna informationsutbytet som rör ränteskillnader kan omfattas av någon av de kategorier av avtal eller samordnade förfaranden som omfattas av begreppet begränsning genom syfte, är det inte lika uppenbart att samma konstaterande ska göras i fråga om uppgifterna om produktionen om detta utbyte hade bedömts isolerat och separat.

109. Det framgår emellertid av såväl konkurrensmyndighetens ursprungliga beslut som av beslutet om hänskjutande att den hänskjutande domstolen, även om den i det sistnämnda beslutet gjorde åtskillnad mellan de båda typerna av utbytt information, inte ansåg att varje enskilt utbyte i sig var begränsande genom syfte men att utbytena ingick i ett och samma utbyte vilket kvalificerades som konkurrensbegränsning genom syfte. Det ska också påpekas att ett sådant utbyte kan utgöra en konkurrensbegränsning genom syfte på grundval av de konstateranden som den hänskjutande domstolen själv har gjort i fråga om dess inneboende skadlighet för konkurrensen.<sup>90</sup> För att en sådan rättslig kvalificering ändå ska kunna göras krävs emellertid även att två andra villkor, vilka inte framgår klart av handlingarna i målet, är uppfyllda.

110. Ur rättssäkerhetssynpunkt är det nämligen viktigt att säkerställa att det klart och tydligt framgår vilken skadeteori som en konkurrensmyndighet har grundat sig på när den fällt ett konkurrensbegränsande förfarande, i synnerhet när det gäller att fastställa att ett sådant beteende har ett konkurrensbegränsande syfte.<sup>91</sup>

111. Interaktionen mellan utbytena avseende dessa båda typer av information, vilken ger stöd för den skadeteori som fastställts av en konkurrensmyndighet, måste dessutom framgå entydigt av myndighetens analys. Myndigheten måste alltså fastställa ett tillräckligt klart samband mellan utbytena av dessa båda typer av information och förklara hur ett utbyte med sådana egenskaper är tillräckligt skadligt för konkurrensen för att motivera kvalificeringen konkurrensbegränsning genom syfte. Med andra ord måste konkurrensmyndigheten visa hur dessa utbyten sammantaget utgör en del av en uppenbart konkurrensbegränsande ”plan” och är ägnade att göra det möjligt för de berörda bankerna att nå konvergens i sitt beteende.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> Se ovan punkt 56.

<sup>90</sup> Se ovan punkt 15.

<sup>91</sup> Domen Budapest Bank (punkt 80 och där angiven rättspraxis).

<sup>92</sup> Med förbehåll för de slutsatser som det ankommer på den nationella domstolen att dra i detta hänseende, tycks detta samband ha fastställts i det nu aktuella fallet, eftersom det tycks framgå av de uppgifter som beaktats i konkurrensmyndighetens beslut att utbytet avseende produktionsvolymerna syftade till att underlätta upptäckten av avvikelser och till att stärka den hemliga samverkan mellan klagandena.

## V. Förslag till avgörande

112. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Domstolen för konkurrens-, reglering- och tillsynsfrågor, Portugal) har ställt på följande sätt:

- 1) Artikel 101 FEUF ska tolkas så, att den inte utgör hinder för att ett informationsutbyte mellan konkurrenter om affärsvillkor tillämpliga på transaktioner (bland annat aktuella och framtida kreditspridningar och riskvariabler) samt produktionssiffror som avser erbjudanden om bostadslån, företagslån och konsumentkrediter, inom banksektorn, vilket på ett konstlat sätt har ökat insynen och minskat osäkerheten avseende marknadens funktion, kvalificeras som en konkurrensbegränsning genom syfte.
- 2) Artikel 101 FEUF utgör inte hinder för en sådan kvalificering när det inte har fastställts eller kunnat identifieras någon effektivitetsvinst eller några verkningar, med oklar eller konkurrensfrämjande effekt, till följd av detta informationsutbyte.