Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 5. september 2019[1]

Sag C-228/18

Gazdasági Versenyhivatal
mod
Budapest Bank Nyrt.
ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe
OTP Bank Nyrt.
Kereskedelmi és Hitelbank Zrt.
Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt.
Erste Bank Hungary Zrt.
Visa Europe Ltd
MasterCard Europe SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Kúria (øverste domstol, Ungarn))

»Konkurrence – artikel 101, stk. 1, TEUF – aftaler, vedtagelser og samordnet praksis – »til formål« eller » til følge« at begrænse konkurrencen – betalingskortsystem i Ungarn – aftale om interbankgebyr – deltagelse«

I. Indledning

1. Lige fra EU-konkurrencerettens begyndelse er der skrevet meget om sondringen mellem at have *til formål* eller *til følge* at begrænse konkurrencen[2]. Derfor kan det være overraskende, at denne sondring, som netop stammer fra formuleringen af forbuddet i (det, der nu er) artikel 101 TEUF, stadig kræver Domstolens fortolkning.

2. Teoretisk er det forholdsvis nemt at foretage denne sondring. I praksis er det dog noget vanskeligere at anvende den. Det kan også nævnes, at Unionens retsinstansers praksis ikke altid har været krystalklar på dette område. Faktisk er en række afgørelser truffet af Unionens retsinstanser blevet kritiseret af retsvidenskabelige eksperter for at sløre sondringen mellem de to begreber[3].

3. Med den foreliggende sag har Kúria (øverste domstol, Ungarn) opfordret Domstolen til yderligere at belyse en sondring, der er kernen i artikel 101 TEUF, hvilket giver Domstolen mulighed for at videreudvikle sin seneste praksis på området, navnlig CB-dommen[4] og Maxima Latvija-dommen[5].

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – Jf. eksempelvis A. Baumbach og W. Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 8. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1960, s. 1500, L. Focsaneanu, »Pour objet ou pour effet«, *Revue du Marché Commun*, 1966, s. 862-870, og W. Van Gerven, *Principes du Droit des Ententes de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1966, s. 67-70.

3 – Jf. eksempelvis R. Whish, *Competition Law*, 5. udg., LexisNexis, London, 2003, s. 110 og 111.

4 – Dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204) (herefter »CB-dommen«).

5 – Dom af 26.11.2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784) (herefter »Maxima Latvija-dommen«).

II. Retsforskrifter

A. National ret

4. I henhold til artikel 11, stk. 1, i tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. évi LVII. törvény (lov nr. LVII fra 1996 om forbud mod urimelig handelspraksis og konkurrencebegrænsning, herefter »loven om urimelig handelspraksis«):

»Aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder og vedtagelser (herefter under ét »aftaler«) mellem sammenslutninger af virksomheder, der er etableret i medfør af foreningsfrihed, offentlige selskaber, foreninger eller andre lignende organisationer af virksomheder (herefter til sammen benævnt »sammenslutninger af virksomheder«), der har til formål eller som potentiel eller faktisk virkning at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, er forbudt. Aftaler, der indgås mellem virksomheder, som ikke er indbyrdes uafhængige, betragtes ikke som sådanne aftaler.«

III. Faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

5. I transaktioner med kreditkort som de i hovedsagen omhandlede er der typisk fire hovedparter involveret: kortindehaveren, den finansielle institution, der har udstedt kreditkortet (herefter »den udstedende bank«), den handlende og den finansielle institution, der leverer tjenesteydelser, der gør det muligt for den handlende at acceptere kortet som et middel til at afvikle den pågældende transaktion (herefter »den indløsende bank«).

6. Ifølge den forelæggende ret var betalingssystemet med kreditkort stadig i sin vorden i Ungarn i begyndelsen af 1990'erne. I midten af 1990'erne gav selskaberne Visa Europe Ltd (herefter »Visa«) og MasterCard Europe SA (herefter »MasterCard«) (til sammen benævnt »kreditkortselskaberne«) i deres interne regelsæt mulighed for, at den indløsende bank og den udstedende bank i fællesskab kunne fastsætte *interbankgebyrets* størrelse. Interbankgebyret er det beløb, som førstnævnte betaler sidstnævnte, når en transaktion med et kreditkort finder sted.

7. Mellem 1991 og 1994, hvor kun få banker deltog i kreditkortordningerne i Ungarn, aftalte bankerne interbankgebyret bilateralt. I 1994 opfordrede Visa imidlertid de banker, der deltog i Visas ordning i Ungarn, til at danne et nationalt forum med henblik på bl.a. at aftale en lokal prispolitik for interbankgebyret. Mellem 1995 og 1996 indførte bankerne i kreditkortsektoren et multilateralt samarbejde (herefter »forummet«), hvor de specifikt drøftede spørgsmål vedrørende kreditkortvirksomhed, som krævede samarbejde.

8. Inden for forummet nåede syv banker – hvoraf de fleste var medlemmer af begge selskabers kreditkortsystemer – den 24. april 1996 til enighed om mindstebeløbet for *detailhandelsgebyret* (herefter »aftalen om detailhandelsgebyret«). Detailhandelsgebyret er det gebyr, som den indløsende bank opkræver af de handlende, som accepterer betalinger med kreditkort. Aftalen om detailhandelsgebyret trådte dog aldrig i kraft.

9. Den 28. august 1996 indgik den samme gruppe banker en aftale om indførelsen af et ensartet *multilateralt interbankgebyr*, som gjaldt for begge kreditkortselskaber (»aftalen om det multilaterale interbankgebyr«) med virkning fra den 1. oktober 1996. Kreditkortselskaberne var ikke til stede på det møde, hvor aftalen blev indgået, men Kereskedelmi és Hitelbank Zrt. sendte, i sin egenskab af kontaktbank, en kopi til dem. Andre banker tilsluttede sig efterfølgende aftalen om det multilaterale interbankgebyr og forummet.

10. Den 31. januar 2008 iværksatte Gazdasági Versenyhivatal (herefter »den ungarske konkurrencemyndighed«) en undersøgelse af aftalen om det multilaterale interbankgebyr. Aftalen var i kraft indtil den 30. juli 2008.

11. I sin afgørelse af 24. september 2009 (herefter »den anfægtede afgørelse«) konkluderede den ungarske konkurrencemyndighed, at de 22 medlemsbanker og kreditkortselskaberne ved at fastsætte et multilateralt interbankgebyr og udarbejde en ensartet struktur herfor samt ved at etablere og fremme en retlig ramme for aftalen om det multilaterale interbankgebyr havde indgået en konkurrencebegrænsende aftale, som var i strid med artikel 11, stk. 1, i loven om urimelig handelspraksis og fra den 1. maj 2004 med artikel 81, stk. 1, EF (nu artikel 101, stk. 1, TEUF). Den ungarske konkurrencemyndighed pålagde bøder af varierende størrelse til de syv banker, som oprindeligt indgik aftalen om det multilaterale interbankgebyr, samt til de to kreditkortselskaber på i alt 1 922 000 000 HUF.

12. Den ungarske konkurrencemyndighed konkluderede i sin afgørelse, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr havde et konkurrencebegrænsende formål. Desuden fastslog den ungarske konkurrencemyndighed, at aftalen havde en konkurrencebegrænsende virkning.

13. Kreditkortselskaberne og seks af de banker, der var blevet idømt bøder (herefter »sagsøgerne i hovedsagen«), anlagde sag til prøvelse af den anfægtede afgørelse ved Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (forvaltnings- og arbejdsretten i Budapest, Ungarn). Denne domstol frifandt sagsøgte.

14. Sagsøgerne i hovedsagen, med undtagelse af MasterCard, iværksatte appel til prøvelse af dommen ved Fővárosi Törvényszék (retten i første instans i Budapest, Ungarn), som delvist annullerede den anfægtede afgørelse og pålagde den ungarske konkurrencemyndighed at gennemføre en ny undersøgelsesprocedure. Den pågældende domstol fastslog, at en adfærd ikke både kunne have til formål og til følge at begrænse konkurrencen. Desuden fastslog den, at den pågældende aftale ikke havde til formål at begrænse konkurrencen.

15. Den ungarske konkurrencemyndighed iværksatte dernæst appel til prøvelse af denne dom ved Kúria (øverste domstol, Ungarn). Da denne domstol var i tvivl om den korrekte fortolkning af artikel 101 TEUF, besluttede den at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan [artikel 101, stk. 1, TEUF] fortolkes således, at den kan være til hinder for en eneste adfærd, der har både et konkurrencebegrænsende formål og en konkurrencebegrænsende virkning, idet begge disse elementer udgør selvstændige retsgrundlag?

2) Kan [artikel 101, stk. 1, TEUF] fortolkes således, at den i hovedsagen omhandlede aftale mellem ungarske banker, som med hensyn til de to betalingskortselskaber MasterCard og Visa fastsætter en fælles størrelse på det interbankgebyr, der skal betales til de udstedende banker for brugen af de nævnte selskabers kort, udgør en aftale med et konkurrencebegrænsende formål?

3) Kan [artikel 101, stk. 1, TEUF] fortolkes således, at kreditkortselskaberne, der ikke deltog direkte i fastlæggelsen af aftalens indhold, men gjorde det muligt at vedtage denne aftale og accepterede og anvendte den, også skal betragtes som parter i en interbankaftale, eller skal det vurderes, at disse selskaber samordnede deres adfærd med de banker, som indgik aftalen?

4) Kan [artikel 101, stk. 1, TEUF] fortolkes således, at det for at vurdere, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, henset til sagens genstand, ikke er nødvendigt at afgøre, om der er tale om deltagelse i en aftale eller om samordning med adfærden hos de banker, der deltog i aftalen?«

16. Otte af sagsøgerne i hovedsagen (Budapest Bank Nyrt., ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe, OTP Bank Nyrt., Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., Erste Bank Hungary Zrt., Visa og MasterCard), den ungarske konkurrencemyndighed, den ungarske regering, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Europa-Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af Kereskedelmi és Hitelbank Zrt. har disse procesdeltagere også afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 27. juni 2019.

IV. Bedømmelse

17. Efter min opfattelse er svarene på den forelæggende rets første, tredje og fjerde spørgsmål forholdsvis ligetil. Jeg begynder med at give en kortfattet besvarelse af det første spørgsmål, idet jeg henleder opmærksomheden på, at en eneste adfærd faktisk kan betegnes som havende til formål og til følge at begrænse konkurrencen, forudsat at de førte beviser giver mulighed herfor (under A). Derefter behandler jeg det, jeg anser for at være kernen i den foreliggende sag: Under hvilke omstændigheder kan en aftale som aftalen om det multilaterale interbankgebyr skønnes at have til formål at begrænse konkurrencen? (under B) Til slut behandler jeg det tredje og det fjerde spørgsmål, som hænger sammen, idet jeg først tager stilling til omfanget af konkurrencemyndighedens forpligtelse til at angive, hvorvidt den pågældende adfærd udgør en aftale eller en samordnet praksis (under C), og dernæst afslutter jeg med spørgsmålet om kreditkortselskabernes deltagelse i en aftale eller samordnet praksis i forbindelse med den foreliggende sag (under D).

A. Det første spørgsmål

18. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt en virksomheds adfærd i i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 101, stk. 1, TEUF, *både* kan have til formål og til følge at begrænse konkurrencen.

19. Efter min opfattelse skal dette spørgsmål klart besvares bekræftende. Svaret kan ikke alene udledes af den pågældende bestemmelses logik og sammenhæng, men også af Domstolens nu faste praksis.

20. Den forelæggende ret er usikker på den nøjagtige betydning at udtrykket »til formål eller til følge«. Navnlig undrer den pågældende ret sig over, om disse kravs *alternative* karakter betyder, at en given aftale ikke samtidigt kan anses for både at have til formål *og* til følge at begrænse konkurrencen. I den anfægtede afgørelse har den ungarske konkurrencemyndighed netop fastslået, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr både har til formål og til følge at begrænse konkurrencen.

21. Ifølge (formel) logik opfattes konjunktionen »eller« normalt som en (inklusiv) disjunktion. Et udsagn, der indeholder to propositioner forbundet med konjunktionen »eller«, er kun sandt, hvis en eller begge dets propositioner er sande. Der kan således være tale om alene at have til formål at begrænse konkurrencen, alene til følge at begrænse konkurrencen, eller både til formål og til følge at begrænsekonkurrencen.

22. Spørgsmålet om, hvorvidt logik er (eller bør være) et generelt redskab til fortolkning af EU-retten, kan uden tvivl være genstand for heftig debat, men i den foreliggende sag er opfattelsen af konjunktionen »eller« i udtrykket »til formål eller til følge« som en inklusiv disjunktion i fuld overensstemmelse med hensigten og formålet med artikel 101, stk. 1, TEUF.

23. Artikel 101, stk. 1, TEUF er formuleret meget bredt. Den sigter mod at omfatte alle former for hemmelige aftaler mellem virksomheder (»[a]lle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis«), uanset det formål, der forfølges, og genstanden herfor (»som har til formål eller til følge«), som måtte have en negativ indvirkning på konkurrencen i Unionen (»hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«). Alle de anførte former for adfærd er således omfattet, uanset om de optræder separat eller a fortiori samtidigt.

24. Desuden er aftaler, der har til formål at begrænsekonkurrencen og aftaler, der har til følge at konkurrencen begrænses, ikke ontologisk forskellige. Materielt er der ingen forskel mellem dem: Begge begrænser konkurrencen på det indre marked og er derfor i princippet forbudt. Sondringen mellem de to begreber er snarere baseret på overvejelser af proceduremæssig karakter. Hensigten med den er at indikere, hvilken form for analyse konkurrencemyndighederne skal foretage ved vurdering af aftaler i lyset af artikel 101, stk. 1, TEUF.

25. Denne opfattelse blev understreget af Domstolen så langt tilbage som i 1966 i LTM-dommen, hvor den påpegede, at brugen af den disjunktive konjunktion »eller« i den daværende artikel 85, stk. 1, EØF betyder, at en konkurrencemyndighed først skal tage aftalens formål i betragtning. Hvis der imidlertid ved en undersøgelse af aftalens formål »ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrencen, der er tilstrækkelig skadelig, må der foretages en undersøgelse af aftalens *virkninger*« [6].

26. Dette aspekt fremgår også klart af nyere domme afsagt af Domstolen. I CB-dommen forklarede Domstolen, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår. I sådanne tilfælde ville det »med henblik på anvendelsen af [artikel 101, stk. 1, TEUF] [være] *ufornødent* at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet«. »Erfaringen viser, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne« [7]. Tilsvarende formuleringer findes også i Maxima-Latvija-dommen [8].

27. Sondringen mellem formål og virkning er derfor i bund og grund proceduremæssig med den hensigt at bistå konkurrencemyndigheden i forbindelse med den analyse, som den alt efter sagens omstændigheder skal foretage i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF [9]. En myndighed skal ikke udføre en fuld undersøgelse af en aftales virkninger – hvilket ofte vil tage længere tid og kræve flere ressourcer [10] – når den konstaterer og påviser, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.

28. Eftersom de to former for aftaler ikke er væsensforskellige, kan myndigheden dog i en konkret sag beslutte at undersøge en aftale ud fra begge vinkler samtidigt i samme afgørelse og således undersøge, om begge krav er opfyldt. Denne praksis kan, som Kommissionen og EFTA-Myndigheden har gjort gældende, være begrundet i hensynet til en effektiv sagsbehandling: hvis en aftales konkurrencebegrænsende formål er kontroversielt, kan det være »sikrere« for myndigheden at påvise, i tilfælde af efterfølgende søgsmål, at aftalen ligeledes har til følge, at konkurrencen begrænses [11]. Faktisk har Domstolen udtrykkeligt accepteret, at virksomheder kan deltage »i en samordning, som har til formål *og* til følge at begrænse konkurrencen på det indre marked som omhandlet i artikel 101 TEUF« [12].

6 – Dom af 30.6.1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, s. 216). Min fremhævelse.

7 – CB-dommen (præmis 50 og 51).

8 – Maxima Latvija-dommen (præmis 19).

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

10 – Jf. tilsvarende generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 43).

11 – Det sker også undertiden, at en konkurrencemyndighed holder spørgsmålet om, hvorvidt en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, åbent, fordi den har konstateret, at aftalen har en konkurrencebegrænsende virkning: jf. med yderligere henvisninger, D. Bailey og L.E. John, (red.), *Bellamy & Child – European Union Law of Competition*, 8. udg., Oxford University Press, Oxford, s. 164.

12 – Jf. dom af 9.7.2015, Innolux mod Kommissionen (C-231/14 P, EU:C:2015:451, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis). Min fremhævelse.

29. Når dette er sagt, ønsker jeg at fremhæve et vigtigt punkt: Accept som en begrebsmæssig mulighed af, at en aftale kan begrænse konkurrencen på begge måder fritager bestemt ikke den relevante konkurrencemyndighed fra kravet om for det første at føre de fornødne beviser for begge former for begrænsning og for det andet at vurdere og klart medtage denne dokumentation under de relevante juridiske kategorier.

30. Efter min opfattelse er det vigtigt at understrege dette aspekt temmelig tydeligt, ikke på grund af ordlyden i denne anmodning om præjudiciel forelæggelse, men snarere dens undertoner. Det ville næppe være tilstrækkeligt, herunder med henblik på en efterfølgende domstolsprøvelse af en afgørelse, hvis en konkurrencemyndighed i sin afgørelse begrænsede sig til at samle faktuelle beviser og uden at sige, hvilke konklusioner med hensyn til en retlig vurdering den drog ud fra disse beviser, blot foreslog, at en vis adfærd kunne være det ene og/eller det andet, således at en påkendende retsinstans skulle forbinde de faktuelle elementer og nå frem til en konklusion. Ganske enkelt er eksistensen af alternative retlige muligheder ikke ensbetydende med, at der tillades uklarhed, især ikke, når der pålægges betydelige administrative sanktioner.

31. Til slut vil jeg nu behandle de tre argumenter, som den forelæggende ret har fremført i sin anmodning om præjudiciel afgørelse, og som har givet den forelæggende ret anledning til at udtrykke tvivl om, hvorvidt det er muligt for en myndighed at konstatere, at en adfærd udgår en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF af begge grunde.

32. For det første er det, eftersom der ikke er nogen begrebsmæssig forskel mellem de to, ikke overraskende, at en konkurrencemyndighed kan henvise til det samme sæt af faktiske omstændigheder og økonomiske overvejelser for at konstatere, at en aftale både har til formål og til følge at begrænse konkurrencen. Med det forbehold, der lige er skitseret, dvs. at den juridiske kvalifikation skal være klar, handler forskellen i den analyse, som myndigheden skal foretage, i de to situationer mere om grad og dybde end om karakteren heraf. I lyset af myndighedens viden og erfaringer er de to former for analyse blot to forskellige måder at besvare et og samme spørgsmål på: hvorvidt den pågældende aftale kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.

33. For det andet er der ingen automatisk korrelation mellem bestemmelsen af, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen eller til følge at begrænse konkurrencen og fastsættelsen af de bøder, der kan pålægges de ansvarlige virksomheder. I artikel 23, stk. 3, i forordning (EF) nr. 1/2003 hedder det, at »[v]ed fastlæggelse af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens *grovhed* og varighed«[13]. Ganske vist er der større sandsynlighed for, at når det konstateres, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, vil det også antages, at den giver anledning til alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne. Ikke desto mindre er dette blot en uundgåelig følge af, at begrebet »konkurrencebegrænsende formål« kun kan anvendes på former for samordning, der »er *tilstrækkeligt* skadelige for konkurrencen«[14]. Hvad der er endnu vigtigere, er, at det på ingen måde er udelukket på den ene side, at visse konkurrencebegrænsende formål i lyset af alle relevante omstændigheder kan betragtes som førende til mindre grove overtrædelser, og på den anden side, at konkurrencebegrænsende virkninger kan betragtes som særligt alvorlige overtrædelser af konkurrencereglerne.

34. For det tredje har konstateringen af, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning desuden ingen indvirkning på muligheden for at indrømme en fritagelse i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF. Der er intet i denne bestemmelses ordlyd, der tyder på, at fritagelser kun kan finde anvendelse på aftaler, der har en konkurrencebegrænsende virkning. En sådan holdning ville også være vanskelig at forene med, at der som forklaret i punkt 24 ovenfor ikke er nogen begrebsmæssig forskel mellem de to former for aftaler.

13 – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF og 102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1). Min fremhævelse.

14 – Jf. Maxima Latvija-dommen (præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.). Min fremhævelse.

35. I Matra Hachette-dommen fastslog Retten netop, at alle former for konkurrencebegrænsende praksis, der er omfattet af artikel 101, stk. 1, TEUF, kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, såfremt de relevante betingelser er opfyldt [15]. Denne konstatering anfægtes ikke af Domstolens dom i sagen Beef Industry Development Society og Barry Brothers [16]. Præmis 21 i sidstnævnte dom kan ikke forstås som en indikation af, at sondringen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning er relevant i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF. Domstolens hensigt med den pågældende formulering var simpelthen at påpege, at hvis parterne i en aftale har handlet uden en subjektiv hensigt om at begrænse konkurrencen, udelukker dette ikke, at aftalen er af konkurrencebegrænsende karakter. Derfor har Domstolen gjort det klart, at når det er blevet fastslået, at en aftale begrænser konkurrencen, kan spørgsmålet om, hvorvidt den forfølger andre (angiveligt lovlige) mål, kun tages i betragtning, hvor det er relevant, med henblik på fritagelse i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF.

36. I lyset af det ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det første spørgsmål således, at det kan fastslås, at en virksomheds adfærd kan anses for at overtræde artikel 101, stk. 1, TEUF ved både at have til formål og til følge at begrænse konkurrencen inden for det indre marked.

B. Det andet spørgsmål

37. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at en aftale som f.eks. aftalen om det multilaterale interbankgebyr udgør en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.

38. Jeg mener ikke, at Domstolen kan besvare spørgsmålet på samme måde, som det er stillet. I forbindelse med hovedsagen er enhver bedømmelse af realiteten nødvendigvis baseret på den (relativt begrænsede) mængde oplysninger om aftalen om det multilaterale interbankgebyr og de relevante markeder, der indgår i anmodningen om præjudiciel afgørelse, eller som kan udledes af parternes indlæg. I de fleste tilfælde er det alligevel ikke nogen nem opgave at analysere en aftales konkurrencebegrænsende karakter (uanset om det drejer sig om formål eller virkning). Det kræver en god forståelse af kontraktforholdet mellem aftaleparterne og et indgående kendskab til det marked, hvorpå aftalen blev gennemført.

39. I sager, der indbringes for Domstolen under den præjudicielle procedure, er det uundgåeligt, at kun den forelæggende ret har disse oplysninger og denne ekspertise. I stedet for at forsøge at foretage en indirekte gennemgang af en (national) administrativ afgørelse, hvilket falder uden for Domstolens kompetence [17], vil jeg blot nøjes med at foreslå nogle retningslinjer og kriterier for, hvordan den forelæggende ret bør foretage denne gennemgang på baggrund af de foreliggende oplysninger.

15 – Dom af 15.7.1994, Matra Hachette mod Kommissionen (T-17/93, EU:T:1994:89, præmis 85).

16 – Dom af 20.11.2008 (C-209/07, EU:C:2008:643).

17 – Jf. i denne retning dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 29).

1. Om begrebet »konkurrencebegrænsende formål«

40. Som Domstolen har understreget i sin seneste praksis, skal begrebet »konkurrencebegrænsende formål« fortolkes *indskrænkende* og kan kun anvendes på visse former for samordning mellem virksomheder, der er *tilstrækkeligt skadelige* for konkurrencen til, at det må fastslås, at en undersøgelse af deres virkninger ikke er nødvendig [18]. Denne retspraksis bunder i den omstændighed, at visse former for samordning mellem virksomheder *efter deres art* kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår, da de normalt medfører ineffektive økonomiske resultater og reducerer forbrugernes velfærd [19].

41. Det følger af retspraksis, at konkurrencemyndigheden for at konstatere, at en aftale har et konkurrencebegrænsende *formål*, skal udføre en analyse *i to trin*.

42. På det *første trin* fokuserer myndigheden primært på indholdet af aftalens bestemmelser samt aftalens formål [20]. Hovedformålet med dette proceduremæssige trin er at konstatere, hvorvidt den pågældende aftale falder ind under en kategori af aftaler, hvis skadelige karakter i henhold til erfaringen er almindeligt accepteret og let at identificere [21]. Henset hertil kan disse erfaringer forstås som »det, der traditionelt fremgår af den økonomiske analyse, sådan som den er blevet stadfæstet af konkurrencemyndighederne og eventuelt underbygget af retspraksis« [22].

43. På det *andet trin* skal myndigheden efterprøve, om den formodede konkurrencebegrænsende karakter af aftalen, som er konstateret på grundlag af en rent formel vurdering heraf, ikke drages i tvivl af hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen blev gennemført. Med dette for øje skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning [23]. Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, kan dette forhold tages i betragtning, hvor dette er relevant [24].

44. Det er omfanget og dybden af dette andet proceduremæssige skridt, som i den forelæggende rets øjne er noget uklart. Jeg forstår denne tvivl: Er denne analyse ikke en de facto-kontrol af den pågældende aftales virkninger? Hvor holder det andet trin i analysen af formålet op, og hvor begynder analysen af virkningerne? Nærmere bestemt, kan en sådan sondring rent faktisk foretages i forbindelse med en sag, hvor den nationale konkurrencemyndighed synes at have foretaget begge former for analyse i den samme afgørelse?

45. For det første, *hvorfor* kræves der overhovedet (en vis) analyse af den retlige og økonomiske sammenhæng, når en aftale synes at have et konkurrencebegrænsende formål? Årsagen er, at en rent formel vurdering af en aftale, som er helt adskilt fra den faktiske situation, kan føre til en negativ vurdering af uskadelige eller konkurrencefremmende aftaler. Der ville ikke være nogen retlig eller

18 – Jf. i denne retning CB-dommen (præmis 58), og Maxima Latvija-dommen (præmis 18).

19 – CB-dommen (præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).

20 – Jf. i denne retning dom af 6.10.2009, GlaxoSmithKline m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis).

21 – Jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 56), og EFTA-Domstolens dom af 22.12.2016 (E-3/16, Ski Taxi m.fl., EFTA Court Report 2016, s. 1002, præmis 61).

22 – Jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 79).

23 – Jf. dom af 26.9.2018, Infineon Technologies mod Kommissionen (C-99/17 P, EU:C:2018:773, præmis 156 og den deri nævnte retspraksis).

24 – Jf. bl.a. dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 36 og 37), og af 19.3.2015, Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 117 og 118).

økonomisk begrundelse for at forbyde en aftale, der, selv om den var i overensstemmelse med en kategori af aftaler, som normalt anses for konkurrencebegrænsende, ikke desto mindre på grund af særlige omstændigheder er helt ude af stand til at medføre skadelige virkninger på markedet, eller som endda er konkurrencefremmende [25].

46. Derfor har Domstolen altid været konsekvent i sin praksis på dette punkt: En vurdering af en fremgangsmåde i henhold til EU's konkurrenceregler kan ikke foretages abstrakt, men kræver en undersøgelse af den pågældende fremgangsmåde i lyset af de retlige og økonomiske forhold på de berørte markeder. Dette princips store betydning bekræftes af, at det er fundet gyldigt med hensyn til såvel artikel 101, stk. 1, TEUF [26] som artikel 102 TEUF [27]. Ikke engang når det drejer sig om former for adfærd som prisfastsættelse, opdeling af markeder eller eksportforbud, som generelt anses for at være særligt skadelige for konkurrencen, kan der helt ses bort fra den økonomiske og retlige sammenhæng [28].

47. Tilsvarende har Domstolen i Toshiba-dommen fastslået, at med hensyn til aftaler, som angiveligt har et konkurrencebegrænsende formål, »kan analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori praksissen indgår, *begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt* for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål« [29]. Hvad betyder dette i praksis?

48. Det betyder efter min opfattelse, at den konkurrencemyndighed, der anvender artikel 101, stk. 1, TEUF, på baggrund af de elementer, der indgår i sagsakterne, skal kontrollere, at der ikke foreligger *særlige omstændigheder*, der kan rejse tvivl om den pågældende aftales formodede skadelige karakter. Hvis erfaringerne viser, at den pågældende aftale tilhører en kategori af aftaler, som for det meste er til skade for konkurrencen, forekommer det ikke nødvendigt at foretage en detaljeret analyse af aftalens virkninger på de pågældende markeder. Det er tilstrækkeligt, at myndigheden kontrollerer, at det/de relevante markeder og den pågældende aftale ikke har særlige karakteristika, der kunne tyde på, at den foreliggende sag kan udgøre en undtagelse fra den erfaringsbaserede regel. Selv om det forekommer sjældent, kan muligheden for, at en aftale faktisk har sådanne karakteristika, ikke afvises, medmindre der tages hensyn til den faktiske situation for aftalen. Hvis der f.eks. ikke er mulighed for konkurrence på et givet marked, og der ikke er nogen konkurrence, er der således ingen konkurrence, som kan begrænses.

49. Det andet trin svarer således til et *grundlæggende realitetstjek*. Det kræver blot, at konkurrencemyndigheden på et forholdsvis generelt niveau kontrollerer, om der foreligger retlige eller faktiske omstændigheder, der udelukker, at den pågældende aftale eller adfærd begrænser konkurrencen. Der findes ingen standardtype af analyse eller et bestemt niveau af grundighed og omhu, som en myndighed skal holde sig til for at udføre denne kontrol. Kompleksiteten af den analyse, som myndigheden skal udføre for at konstatere, at en aftale har et »konkurrencebegrænsende formål«, afhænger af alle sagens faktiske omstændigheder. Det er umuligt at (eller i mindste kan jeg ikke) trække en abstrakt streg i sandet mellem (det andet trin af) en analyse af formålet og en analyse af virkningerne.

25 – Jf. med hensyn til en udførlig discussion heraf P. Ibáñez Colomo og A. Lamadrid, »On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know«, i D. Gerard, M. Merola og B. Meyring, (red.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2017, s. 336-339.

26 – Jf. bl.a. dom af 30.6.1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38, s. 250), og af 15.12.1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 32).

27 – Jf. i denne retning dom af 9.11.1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 57), af 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 29), og af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 138-147).

28 – Jf. i denne retning dom af 19.4.1988, Erauw-Jacquery (27/87, EU:C:1988:183, præmis 8-20), af 22.6.1994, IHT Internationale Heiztechnik og Danzinger (C-9/93, EU:C:1994:261, præmis 59), og af 4.10.2011, Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 136 og 143).

29 – Dom af 20.1.2016, Toshiba Corporation mod Kommissionen (C-373/14 P, EU:C:2016:26, præmis 29). Min fremhævelse.

50. Som jeg allerede har været inde på, handler forskellen mellem dem mere om graden end om karakteren. Ikke desto mindre er det klart, at hvis de elementer, som myndigheden bliver opmærksom på, når den undersøger den retlige og økonomiske sammenhæng for en aftale, der påberåbes at have et »konkurrencebegrænsende formål«, peger i forskellige retninger, er det nødvendigt at foretage en analyse af aftalens virkninger. I så fald skal der – som i alle tilfælde, hvor en aftale ikke anses for at have et konkurrencebegrænsende formål – foretages en fuldstændig analyse af virkningerne med henblik på artikel 101, stk. 1, TEUF. Formålet med en sådan analyse er at fastslå, hvilke virkninger aftalen kan have på konkurrencen på det relevante marked. Myndigheden skal i det væsentlige sammenligne konkurrencestrukturen på det marked, som den undersøgte aftale medfører, med den, der ville være gældende uden aftalen [30]. Analysen skal således gå videre end blot at undersøge aftalens *evne* til at påvirke konkurrencen negativt på det relevante marked [31], idet den skal fastslå, om aftalen har positive eller negative *nettovirkninger* på markedet.

51. Forenklet til en metaforisk yderlighed kan det siges, at det, der ser ud som en fisk og lugter som en fisk, kan antages at være en fisk. Medmindre der ved første øjekast er noget mærkeligt ved den bestemte fisk, f.eks. at den ikke har finner, hænger i luften eller dufter af liljer, er der ikke behov for en nærmere dissektion af fisken for at kunne betegne den som en sådan. Hvis der imidlertid er noget ud over det sædvanlige over den pågældende fisk, kan den stadig klassificeres som en fisk, men først efter en grundig undersøgelse af skabningen.

2. Har aftalen om det multilaterale interbankgebyr et konkurrencebegrænsende formål?

52. Den ungarske konkurrencemyndighed har, med støtte fra den ungarske regering og Kommissionen, fastslået, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr i sig selv er konkurrencebegrænsende, hvilket sagsøgerne i hovedsagen har anfægtet.

53. Som nævnt i punkt 9 ovenfor indførte aftalen om det multilaterale interbankgebyr i det væsentlige et ensartet interbankgebyr, dvs. det gebyr, som de indløsende banker skal betale til de udstedende banker, når en kreditkorttransaktion finder sted. Derfor er en sådan aftale hverken, som den forelæggende ret med rette har påpeget, en typisk horisontal prisfastsættelsesaftale eller, tilføjer jeg, noget, der umiddelbart kan betegnes som en aftale om fastholdelse af vertikale videresalgspriser. I aftalen om det multilaterale interbankgebyr fastsættes hverken salgs- eller købspriser for slutkunderne, men aftalen »standardiserer« blot et aspekt af omkostningsstrukturen for visse tjenester, der udløses af brugen af kreditkort som betalingsmiddel.

54. I lyset heraf ville man have forventet, at de procesdeltagere, der har argumenteret for et »konkurrencebegrænsende formål«, især ville have berørt de følgende punkter. Den adfærd, der påberåbes at udgøre et konkurrencebegrænsende formål, burde være blevet identificeret utvetydigt, og der burde være gjort rede for dens vigtigste elementer (de ansvarlige parter, de berørte markeder, den pågældende adfærds karakter og den relevante tidsramme) [under a)]. Dernæst burde aftalen om det multilaterale interbankgebyr være blevet vurderet i lyset af denne analytiske ramme: for det første at fremlægge pålidelige og solide erfaringer for at dokumentere, at en sådan adfærd i sig selv er konkurrencebegrænsende [under b)], og for det andet at forklare, hvorfor aftalens retlige og økonomiske sammenhæng ikke sætter spørgsmålstegn ved dens formodede konkurrencebegrænsende karakter [under c)].

30 – Jf. i denne retning generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:42, punkt 52).

31 – Jf. dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 31).

55. I det følgende vil jeg kort berøre hvert af disse punkter under hensyntagen til de oplysninger, som Domstolen har fået kendskab til i løbet af den foreliggende sag og samtidig påpege, at det ikke tilkommer Domstolen at foretage en indirekte domstolsprøvelse af en national administrativ afgørelse. Det tilkommer således den forelæggende ret at efterprøve, at den ungarske konkurrencemyndighed har løftet sin bevisbyrde i den anfægtede afgørelse.

a) Blev den hævdede overtrædelse tydeligt identificeret og forklaret?

56. Den konklusion, at en given praksis har et konkurrencebegrænsende formål, er kun begrundet, hvis den påberåbte åbenlyse overtrædelse er klart defineret. Den manglende præcision i denne henseende i denne sag, som allerede er fremgået af de skriftlige indlæg, er blevet yderligere forstærket under retsmødet, hvor de forskellige procesdeltagere, der har argumenteret for et »konkurrencebegrænsende formål«, synes at have talt hver deres sag. Især har deres argumenter, når de blev anmodet om utvetydigt at forklare, hvilken form for konkurrencemæssig skade aftaler som f.eks. aftalen om det multilaterale interbankgebyr sandsynligvis vil forvolde, »hoppet« fra det ene marked til det andet og fra en form for skade til en anden uden den nødvendige klarhed og præcision.

57. Mindst tre markeder, som den påberåbte overtrædelse kan have påvirket, er blevet nævnt: markedet for interbanktjenester i forbindelse med kreditkortbaserede transaktioner (som aftalen om det multilaterale interbankgebyr vedrørte direkte), markedet (delvis i et efterfølgende led) for tjenesteydelser, der leveres til de handlende i forbindelse med kreditkortbaserede transaktioner (som den ungarske konkurrencemyndighed er forekommet at være mest bekymret over) og markedet (reelt et tidligere led) for kreditkortudbydere (som Kommissionen i høj grad har fokuseret på). Disse tre markeder er tydeligvis indbyrdes forbundne, og der kan ikke ses bort fra deres interaktion [32].

58. Med hensyn til det første marked har aftalen om det multilaterale interbankgebyr faktisk indført et element af prisfastsættelse. De skadelige virkninger for konkurrencen, som den ungarske konkurrencemyndighed og Kommissionen har identificeret, giver sig imidlertid ikke udslag på dette marked. Den ungarske konkurrencemyndighed og Kommissionen har snarere påpeget skadelige virkninger på de to andre markeder.

59. For at begynde med markedet for tjenesteydelser, der leveres til *de handlende* i forbindelse med kreditkortbaserede transaktioner, er det den ungarske konkurrencemyndigheds og Kommissionens synspunkt, at interbankgebyret i praksis fungerede som en vejledende mindstepris. De indløsende banker kunne faktisk ikke opkræve et detailhandelsgebyr hos de handlende, som var lavere end interbankgebyret til den udstedende bank, da dette ikke ville have været økonomisk rentabelt. Ud fra dette perspektiv er en vis grad af konkurrencebegrænsning netop plausibel: Bankernes incitament til at konkurrere om de handlende ved at sænke detailhandelsgebyret kan i praksis begrænses af det aftalte multilaterale interbankgebyr. For så vidt angår markedet for *kreditkortudbydere*, og for så vidt som aftalen om det multilaterale interbankgebyr vedrørte både MasterCard og Visa, kan det heller ikke udelukkes, at den kunne neutralisere et element af priskonkurrence mellem disse selskaber.

60. Jeg er dog ikke sikker på, at interaktionerne mellem disse markeder er blevet forklaret tilstrækkeligt. En analyse af formålet kan yderligere bidrage til konkurrencemyndighedens opgave med at bevise, at en bestemt adfærd har en konkurrencebegrænsende karakter, men den fritager ikke myndigheden fra kravet om klar identifikation af karakteren af den påberåbte skade. Hvad der er vigtigere, er, at de synspunkter, der er kommet til udtryk vedrørende interaktionerne mellem disse markeder, synes at være baseret på en række antagelser, hvoraf nogle i høj grad er blevet anfægtet af sagsøgerne i hovedsagen. Det er utvivlsomt muligt, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr kan have skadelige virkninger, men er disse virkninger så lette at identificere og så sandsynlige, at den pågældende aftale kan anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål«?

32 – Jf. tilsvarende CB-dommen, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis.

61. En række aktører af forskellig art var aktive på flere indbyrdes forbundne markeder, og samspillet og de indbyrdes virkninger mellem disse markeder synes ikke at være umiddelbart synlige. Ud over denne sammensatte kompleksitet med hensyn til *hvem*, *hvad og hvor* er der også tidsaspektet. Aftalen om det multilaterale interbankgebyr var i kraft i mere end 12 år. Jeg tvivler på, at forholdene på de relevante markeder i Ungarn i det væsentlige forblev uændrede i denne periode. Når alt kommer til alt, er det rimeligt at antage (og antallet af deltagende banker kan betragtes som et indirekte fingerpeg om denne udvikling), at markedet for kreditkorttjenester i Ungarn og andre steder i Europa ændrede sig betydeligt mellem 1996 og 2008. Hvad der kunne have været nyttigt eller endda nødvendigt på et givet tidspunkt for at forfølge et konkurrencefremmende mål om effektivt at etablere et marked, kan derfor være ophørt med at være det, da konkurrenceforholdene på markedet ændrede sig betydeligt. Hvis en sådan hypotese er korrekt, kan det betyde, at det ikke er muligt at se hele perioden i nøjagtigt samme lys og med den samme grad af klarhed med henblik på at vurdere, om der var tale om et konkurrencebegrænsende formål.

62. Alt i alt betyder den øgede kompleksitet med hensyn til antallet af aktører, som er aktive på flere markeder over en længere periode, et øget behov for klarhed og præcision i definitioner, navnlig hvis det, der indikeres, er et konkurrencebegrænsende formål: Hvem skulle have gjort nøjagtigt hvad på hvilke markeder og med hvilke konsekvenser? Jo flere variable, der indgår i ligningen med hensyn til strukturel kompleksitet, desto mindre sandsynligt er det generelt, at det er muligt at drage en konklusion om, at der klart er tale om et konkurrencebegrænsende formål.

b) Er der pålidelige og solide erfaringer med hensyn til aftaler som den omhandlede?

63. Især i betragtning af kompleksiteten af de faktiske omstændigheder i hovedsagen ville jeg dernæst have forventet, at de parter, der har argumenteret for et konkurrencebegrænsende formål, ville have fremlagt pålidelige og solide erfaringer, der kunne dokumentere, at aftaler som aftalen om multilaterale interbankgebyrer normalt i sig selv anses for at være konkurrencebegrænsende. Er der en forholdsvis udbredt og konsekvent praksis i de europæiske konkurrencemyndigheder og/eller medlemsstaternes domstole, som støtter det synspunkt, at aftaler som den omhandlede aftale *generelt* er skadelige for konkurrencen?

64. Adspurgt i retsmødet har den ungarske konkurrencemyndighed angivet, at den i det væsentlige (udelukkende) har støttet sig på Kommissionens praksis. Kommissionen har til gengæld gjort gældende, at den iboende konkurrencebegrænsende karakter af aftaler som aftalen om multilaterale interbankgebyrer følger af domme afsagt af Unionens retsinstanser vedrørende MasterCard [33].

65. Jeg vil sætte spørgsmålstegn ved, om dette udgør de solide og pålidelige erfaringer, der kræves for at støtte en konstatering af, at en given form for adfærd åbenlyst og generelt er konkurrencebegrænsende.

66. For så vidt angår Kommissionens praksis bemærker jeg, at Kommissionen i 2002 indrømmede fritagelser i henhold til (den nuværende) artikel 101, stk. 3, TEUF vedrørende visse aftaler, som fastsatte multilaterale interbankgebyrer [34]. Den var af den opfattelse, at disse aftaler havde en konkurrencebegrænsende virkning (og ikke et konkurrencebegrænsende formål), men at de bidrog til den tekniske og økonomiske udvikling, da de fremmede et stort internationalt betalingssystem med positive eksterne netværksvirkninger. I sin beslutning af 19. december 2007 fastslog Kommissionen, at visse vedtagelser, der fastsatte et multilateralt »fallback-interbankgebyr«, havde en konkurrencebegrænsende virkning, idet den ikke tog stilling til, om de pågældende aftaler også havde

33 – Dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), og af 24.5.2012, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (T-111/08, EU:T:2012:260).

34 – Kommissionens beslutning af 24.7.2002 (sag COMP/29.373 – Visa International – multilateralt interbankgebyr).

et konkurrencebegrænsende formål [35]. Efterfølgende konstaterede Kommissionen den 22. januar 2019, at visse grænseoverskridende indløsningsregler, som MasterCard anvendte, navnlig vedrørende et interregionalt interbankgebyr, havde et konkurrencebegrænsende formål [36]. For slet ikke at nævne afgørelserne fra 2010, 2014 og 2019, hvori Kommissionen accepterede tilsagn fra kreditkortselskaberne om at lægge loft på eller nedsætte visse typer interbankgebyrer [37]. Tilbud om tilsagn involverer naturligvis ikke nogen formel konstatering af en overtrædelse af konkurrencereglerne.

67. Det forekommer mig således, at Kommissionens praksis næppe kan betegnes som ensartet. Det er ikke en bebrejdelse, men snarere en erkendelse af, at Kommissionens egen forståelse af denne kategori af aftaler tilsyneladende har udviklet sig gradvist takket være de erfaringer, der er gjort i netop de sager. Når alt kommer til alt, står det klart, at begrebet »erfaring« nødvendigvis udvikler sig i tidens løb i lyset af den øgede viden og de erfaringer, som de kompetente administrative og retslige myndigheder har gjort, udviklingen af mere avancerede analyseværktøjer og udviklingen i økonomisk overvejelser.

68. Selv når der ses bort fra det meget omdiskuterede tidselement [38], vil jeg dog være forsigtig med at konkludere, at en håndfuld administrative afgørelser (især når de blev udstedt af en enkelt myndighed og udviklede sig i tidens løb), som vedrørte lignende former for samordning, udgør et tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at en lignende aftale kan antages at være ulovlig.

69. Desuden ville praksis hos andre nationale konkurrencemyndigheder, der kan have vurderet aftaler svarende til den aftale, som den ungarske konkurrencemyndighed har undersøgt, helt sikkert have været relevant, hvis den var tilgængelig.

70. Med hensyn til retspraksis er det lige så vigtigt at kontrollere, om Unionens retsinstanser og medlemsstaternes domstole [39], som har behandlet denne kategori af aftaler, har anvendt en ensartet tilgang på dette område [40].

71. I denne forbindelse blev gyldigheden af Kommissionens ovennævnte beslutning fra 2007 netop stadfæstet først af Retten og dernæst af Domstolen [41]. Med hensyn til relevansen for den foreliggende sag er det centrale spørgsmål imidlertid, hvorvidt disse domme peger i retning af, at den overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, som Kommissionen har konstateret, var så åbenlys, at den kunne være blevet konstateret uden en omfattende virkningsanalyse. Mit indtryk er, at det på grund af de lange og detaljerede argumenter, som Unionens retsinstanser har fremført for at frifinde sagsøgte, er vanskeligt at læse disse domme som støtte til det ene eller det andet synspunkt.

35 – Kommissionens beslutning af 19.12.2007 (sag COMP/34.579 – MasterCard, sag COMP/36.518 – EuroCommerce, sag COMP/38.580 – Commercial Cards). For tydelighedens skyld er et »fallback-interbankgebyr« det interbankgebyr, der gælder som standard i mangel af en bilateral aftale mellem den indløsende bank og den udstedende bank eller et interbankgebyr, som er kollektivt fastsat på nationalt plan.

36 – Kommissionens afgørelse af 22.1.2019 (sag COMP/AT.40049 – MasterCard II).

37 – Jf. Kommissionens afgørelse af 8.12.2010 (sag COMP/39.398 – Visa MIF), af 26.2.2014 (sag COMP/39398 – Visa MIF), og af 29.4.2019 (sag COMP/AT.39398 – Visa MIF).

38 – Således tages det argument, som sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende vedrørende en angivelig overtrædelse af princippet om retssikkerhed med den begrundelse, hvorefter den konkurrencebegrænsende karakter af en aftale som aftalen om det multilaterale interbankgebyr på ingen måde var indlysende *i 2008*, ikke i betragtning.

39 – Eller for den sags skyld også potentielt myndigheder eller domstole uden for Den Europæiske Union, som anvender lignende konkurrenceregler.

40 – For tydelighedens skyld vil jeg understrege, at det, der fremføres om det »horisontale« niveau for udveksling af viden (som involverer en national konkurrencemyndighed, der tager hensyn til vedtagelser fra andre nationale konkurrencemyndigheder eller domstole i andre medlemsstater), bestemt ikke er en eller anden CILFIT-forpligtelse, som i det mindste nominelt påhviler retten i sidste instans inden for rammerne af artikel 267, stk. 3, TEUF (jf. dom af 6.10.1982, Cilfit m.fl., 283/81, EU:C:1982:335, præmis 16). Hvad der her menes, er snarere de potentielle kilder til viden, som kan støtte angivelsen af, at en bestemt type aftale klart har et konkurrencebegrænsende formål.

41 – Jf. fodnote 33 ovenfor.

72. Endelig er jeg noget overrasket over, at der i indlæggene fra de parter, der har argumenteret for et »konkurrencebegrænsende formål«, overhovedet ikke er fremført undersøgelser eller rapporter, der er udarbejdet af uafhængige forfattere og baseret på metoder, principper og standarder, som anerkendes af det internationale økonomiske samfund, til støtte for disse parters synspunkter. Hvorvidt der er tilstrækkelig enighed blandt økonomerne om, at aftaler som den omhandlede i sig selv er konkurrencebegrænsende, forekommer mig faktisk at være af allerstørste vigtighed. Begrebet konkurrencebegrænsning er, når alt kommer til alt, hovedsagelig et økonomisk begreb.

73. Det kan konkluderes, at de erfaringer, som over for Domstolen er gjort gældende til støtte for det synspunkt, at aftaler som den i hovedsagen omhandlede efter deres karakter er skadelige for konkurrencen, forekommer ret begrænsede. Imidlertid tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve dette forhold nærmere i lyset af de argumenter og den dokumentation, der er lagt til grund for den pågældende administrative afgørelse.

c) Sætter den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen om det multilaterale interbankgebyr indgår, spørgsmålstegn ved dens formodede konkurrencebegrænsende karakter?

74. Såfremt den forelæggende ret bliver overbevist af den ungarske konkurrencemyndigheds analyse af, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr falder ind under en kategori af aftaler, der generelt anses for at være konkurrencebegrænsende, bør det andet trin i dens analyse være at efterprøve gyldigheden af denne foreløbige konklusion ved at rette opmærksomheden mod den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen blev gennemført. Er der et specifikt element i aftalen om det multilaterale interbankgebyr eller på de berørte markeder, som kan rejse tvivl om dens skadelige virkning på konkurrencen? Kan angivelsen af en sådan aftales generelt skadelige karakter således *ved første øjekast* med rimelighed anfægtes i sammenhæng med den enkelte sag?

75. Sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr ikke havde et konkurrencebegrænsende formål, eller i det mindste at den også havde visse konkurrencefremmende virkninger.

76. For det første har disse procesdeltagere givet en alternativ forklaring på den økonomiske begrundelse for aftalen om det multilaterale interbankgebyr: De har gjort gældende, at det var nødvendigt at standardisere interbankgebyret for at sikre systemets korrekte og gnidningsløse funktion, idet kreditkortsystemet i Ungarn stadig var underudviklet, da aftalen om det multilaterale interbankgebyr blev indgået. Efter deres opfattelse har aftalen således bidraget til oprettelsen og udvidelsen af markedet for kreditkort i Ungarn. For det andet har de gjort gældende, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr også sigtede mod at begrænse markedets tendens til et stigende interbankgebyr. De har anført, at dette forhold støttes af Rettens dom i MasterCard-sagen [42] samt af den omstændighed, at lovgiver i mange jurisdiktioner (herunder Ungarn og EU [43]) har grebet ind med et loft over interbankgebyret.

77. Efter min opfattelse er det inden for rammerne af den foreliggende sag ikke muligt utvetydigt at bestemme, hvorvidt disse argumenter, prima facie, er plausible eller ej. Oplysningerne i sagsakterne er ganske enkelt utilstrækkelige til dette formål.

42 – Jf. også dom af 24.5.2012, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (T-111/08, EU:T:2012:260, præmis 137).

43 – Jf. henholdsvis artikel 141 i lov nr. CXLIII af 2013 om ændring af visse love i forbindelse med loven om den ungarske centralbank og om vedtagelse af ændringer med andre formål, og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/751 af 29.4.2015 om interbankgebyrer for kortbaserede betalingstransaktioner (EUT 2015, L 123, s. 1).

78. Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge disse argumenter for at kontrollere, om de er troværdige nok til at begrunde en nærmere undersøgelse. Såfremt den forelæggende ret konkluderer, at aftalen om det multilaterale interbankgebyr med rimelighed kunne have haft visse konkurrencefremmende virkninger, og at disse positive virkninger ikke klart blev opvejet af andre og mere dybtgående konkurrencebegrænsende virkninger, kan den pågældende aftale ikke anses for at have et konkurrencebegrænsende formål. I så fald kan en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF først fastslås efter en analyse af aftalens virkninger.

79. Målestokken bør således være en udligningshypotese, som ved første øjekast ikke er usandsynlig, og som i forbindelse med den enkelte sag udfordrer den almindelige konventionelle viden. Der er to centrale elementer heri: For det første skal udligningsforklaringen umiddelbart forekomme tilstrækkeligt plausibel til at kræve en yderligere undersøgelse. For det andet er standarden imidlertid en rimelig udligningshypotese. Den behøver ikke at blive fuldt konstateret, diskuteret og bevist: Dette skal ske i forbindelse med den komplette analyse af virkningerne.

80. Henset hertil kan det tilføjes, at Domstolen længe har anerkendt, at aftaler, som har et »legitimt formål«, ikke nødvendigvis henhører under artikel 101, stk. 1, TEUF [44]. Dette betyder, at aftaler, som har både konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger, kun henhører under forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, når sidstnævnte er fremherskende [45]. F.eks. kan en begrænsning af konkurrencen på priserne være acceptabel, når den er et middel til at øge konkurrencen på andre faktorer end priserne [46]. Mere generelt kan aftaler, som ganske vist begrænser parternes handlefrihed, men som f.eks. forfølger et mål om at åbne et marked, skabe et nyt marked eller give nye konkurrenter adgang til et marked, være konkurrencefremmende [47]. Det følger ligeledes af fast retspraksis, at under visse forhold udgør begrænsninger, som er direkte forbundet med og nødvendige for gennemførelsen af en væsentlig transaktion, der i sig selv ikke er konkurrencebegrænsende, ikke konkurrencebegrænsninger som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF [48].

81. Følgelig kræves der en analyse af virkningerne, hver gang en aftale synes at have tvetydige virkninger på markedet [49]. Med andre ord, når en mulig konkurrencefremmende økonomisk begrundelse for en aftale ikke kan udelukkes, uden at der også skal ses på de faktiske virkninger på markedet, kan den pågældende aftale ikke anses for at have et »konkurrencebegrænsende formål« [50]. Jeg kan derfor ikke være enig med Kommissionen i dens argument om, at enhver legitim og konkurrencefremmende virkning af aftalen om det multilaterale interbankgebyr kun bør overvejes i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF med henblik på eventuelt at indrømme en fritagelse. Uden at sige noget specielt om aftalen om det multilaterale interbankgebyr er en fortolkning af artikel 101 TEUF, hvorefter en aftale, som overordnet set er konkurrencefremmende, i princippet omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, men umiddelbart kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, TEUF, generelt set ikke helt overbevisende.

82. I lyset af det foregående tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, om aftalen om det multilaterale interbankgebyr har et konkurrencebegrænsende formål. Med henblik herpå skal den forelæggende ret først undersøge aftalens indhold og formål for at afgøre, om aftalen falder ind under en kategori af aftaler, som på baggrund af erfaringerne generelt anses for at være skadelige for konkurrencen. Hvis dette besvares bekræftende, bør den forelæggende ret derefter kontrollere, at

44 – Jf. eksempelvis dom af 13.10.2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, præmis 40), og CB-dommen (præmis 75).

45 – Jf. i denne retning dom af 23.11.2006, Asnef-Equifax og Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 46-63).

46 – Jf. dom af 13.10.2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649, præmis 40).

47 – Jf. i denne retning generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:467, punkt 53 og den deri nævnte retspraksis).

48 – Jf. i denne retning f.eks. dom af 11.7.1985, Remia m.fl. mod Kommissionen (42/84, EU:C:1985:327, præmis 19 og 20), af 28.1.1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41, præmis 15-17), og af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 89).

49 – Jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 56).

50 – Jf. i denne retning CB-dommen (præmis 80-87), og Maxima Latvija-dommen (præmis 22-24).

denne konstatering ikke drages i tvivl af betragtninger vedrørende den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den pågældende aftale blev gennemført. Navnlig bør den forelæggende ret kontrollere, om en eventuel alternativ forklaring vedrørende den angiveligt konkurrencefremmende begrundelse for aftalen om det multilaterale interbankgebyr prima facie er plausibel, idet den periode, hvor aftalen var i kraft, også tages i betragtning.

C. Det fjerde spørgsmål

83. Med det fjerde spørgsmål, som bør undersøges som det næste, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt en konkurrencemyndighed, når den konstaterer en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, udtrykkeligt skal angive, om virksomhedernes adfærd udgør en aftale eller en samordnet praksis.

84. Jeg er enig med den ungarske konkurrencemyndighed, den ungarske regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden i, at dette spørgsmål bør besvares benægtende.

85. I Anic Partecipazioni-dommen præciserede Domstolen, at begreberne »aftale« og »samordnet praksis« i artikel 101, stk. 1, TEUF »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 udtryk«. Heraf følger, at disse begreber nok har delvis forskellige grundelementer, men at »de ikke er indbyrdes uforenelige«. Domstolen anerkendte udtrykkeligt, at overtrædelser af artikel 101, stk. 1, TEUF ofte kan »[omfatte] forskellige former for adfærd[, som] kan defineres på forskellig måde, selv om de alle falder ind under den samme bestemmelse, og de alle er lige forbudte«. På dette grundlag fastslog Domstolen, at en konkurrencemyndighed *ikke er forpligtet* til at kvalificere en bestemt form for adfærd som en aftale eller samordnet praksis [51]. Dette princip er konsekvent blevet bekræftet i efterfølgende retspraksis [52].

86. I de fleste tilfælde ville det faktisk være urimeligt og unødvendigt, at en konkurrencemyndighed forsøger at kvalificere en bestemt form for adfærd som enten en aftale eller en samordnet praksis. Sandheden er, at disse begreber til en vis grad overlapper, så det ofte er vanskeligt at finde ud af, hvor en aftale ophører, og en samordnet praksis begynder. Endvidere viser erfaringen, at overtrædelser kan udvikle sig med tiden. De kan begynde med at være i en form og gradvist antage en anden forms egenskaber [53].

87. Derfor har Domstolen også påpeget, at uanset den retlige kvalificering af en form for adfærd som »samordnet praksis«, »aftale« eller »vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder« ændres den retlige analyse, der skal foretages i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke [54]. I sammenhæng med den foreliggende sag kan det være nyttigt at påpege, at det ikke kun for en aftale, men også for en samordnet praksis kan godtgøres, at den har et konkurrencebegrænsende formål [55].

88. Dette betyder naturligvis ikke, at konkurrencemyndigheden ikke er forpligtet til i overensstemmelse med den krævede norm at bevise, at den adfærd, der angiveligt udgør en konkurrencebegrænsende »aftale [og/eller] samordnet praksis«, opfylder betingelserne for at kunne kvalificeres som konkurrencebegrænsende [56].

51 – Dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 131-133).

52 – Jf. f.eks. dom af 9.12.2014, SP mod Kommissionen (T-472/09 og T-55/10, EU:T:2014:1040, præmis 159), og af 16.6.2015, FSL m.fl. mod Kommissionen (T-655/11, EU:T:2015:383, præmis 419).

53 – Jf. eksempelvis. J. Faull og A. Nikpay, (red.), *The EU Law of Competition*, 3. udg., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 225 og 226.

54 – Dom af 23.11.2006, Asnef-Equifax and Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 32).

55 – Jf. eksempelvis dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, navnlig præmis 24 og 28-30).

56 – Jf. i denne retning dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 134 og 135).

89. Naturligvis skal de virksomheder, der foreholdes at have deltaget i overtrædelsen, for hver enkelt handlings vedkommende have mulighed for at anfægte den kvalifikation eller de kvalifikationer, som konkurrencemyndigheden har valgt at benytte, ved at gøre gældende, at denne ikke har ført bevis for, at de elementer, som er forudsætningen for, at der foreligger en af de påståede former for overtrædelse, er til stede [57].

90. I lyset af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at en konkurrencemyndighed, når den fastslår en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, ikke er forpligtet til at kvalificere en given form for adfærd som en aftale eller som en samordnet praksis, forudsat at den fører tilstrækkeligt bevis for de grundlæggende elementer i de forskellige former for overtrædelser, der gøres gældende.

D. Det tredje spørgsmål

91. Med det tredje spørgsmål, som jeg undersøger til sidst, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om kreditkortselskaber i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor de ikke deltog direkte i fastlæggelsen af aftalens indhold, men gjorde det muligt at vedtage den, accepterede og anvendte den, i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF skal betragtes som parter i denne aftale eller som deltagere i en samordnet praksis.

92. Som forklaret i det foregående afsnit i dette forslag til afgørelse er en konkurrencemyndighed, når den konstaterer en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, generelt ikke forpligtet til at kvalificere en sådan adfærd som en aftale *eller* en samordnet praksis.

93. I den foreliggende sag ville det således være tilstrækkeligt, at den form for hemmelig aftale, der fandt sted mellem de kreditkortselskaber og de banker, som var parter i aftalen om det multilaterale interbankgebyr, når op på tærsklen for at kunne betragtes som en »samordnet praksis«, for at førstnævnte kan holdes ansvarlige for den overtrædelse, som konkurrencemyndigheden har gjort gældende.

94. Parterne har for Domstolen rejst to yderligere spørgsmål, som fortjener yderligere drøftelse.

95. For det første: Betyder den omstændighed, at kreditkortselskaberne opererer på et andet marked end det, hvor den pågældende aftale blev gennemført, at disse selskaber ikke kan anses for at være ansvarlige for den formodede overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF?

96. Svaret på det spørgsmål er klart benægtende. Princippet bag artikel 101 TEUF er, at enhver virksomhed uafhængigt skal bestemme sin politik på markedet uden at indgå i nogen form for direkte eller indirekte kontakt, som uretmæssigt kan påvirke dens handlefrihed [58]. Med dette for øje har artikel 101, stk. 1, TEUF som nævnt i punkt 23 ovenfor et ret bredt anvendelsesområde for at kunne omfatte alle former for hemmelige aftaler eller samordning, der kan føre til dette resultat.

97. Begrebet »aftale« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF er ikke begrænset til såkaldte »horisontale aftaler« mellem virksomheder, der er aktive på det samme marked (og dermed i faktisk eller potentiel konkurrence med hinanden). Unionens retsinstansers praksis indeholder mange eksempler på, at det er fastslået, at aftaler mellem virksomheder, som er aktive i forskellige led i produktionskæden eller på tilstødende markeder, overtræder artikel 101, stk. 1, TEUF [59]. Den samme logik må også gælde for samordnet praksis [60].

57 – Ibidem, præmis 136.

58 – Jf. i denne retning dom af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, præmis 159 og den deri nævnte retspraksis).

59 – Jf. eksempelvis dom af 13.7.1966, Consten og Grundig mod Kommissionen (56/64 and 58/64, EU:C:1966:41). Jf. den nyere dom af 13.10.2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

60 – Jf. punkt 85 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

98. Disse principper blev klart bekræftet og til en vis grad udviklet i Domstolens nylige dom i AC-Treuhand-sagen [61], hvortil procesdeltagerne adskillige gange har henvist i deres indlæg. I denne dom understregede Domstolen, at det hverken af ordlyden eller opbygningen af artikel 101, stk. 1, TEUF kan udledes, at dens anvendelsesområde er begrænset til former for hemmelige aftaler, som medfører »en gensidig begrænsning af handlefriheden på ét og samme marked, hvor alle deltagerne er til stede« [62]. Domstolen understregede endvidere, at dens praksis aldrig har begrænset denne bestemmelses rækkevidde til virksomheder, som opererer på de berørte markeder eller på markeder i tidligere eller efterfølgende led eller på tilstødende markeder [63]. En virksomheds deltagelse i en aftale eller en samordnet praksis kan udgøre en overtrædelse af artikel 101 TEUF, uanset hvilken type forretningsaktiviteter der udføres af den pågældende virksomhed og/eller på det marked, hvor den er aktiv, forudsat at den bidrager til at begrænse konkurrencen på et givet marked [64].

99. AC-Treuhand-dommen vedrørte en rådgivningsvirksomhed, som bistod et kartel ved at levere ydelser af administrativ art [65]. Domstolen fandt, at selve formålet med de ydelser, som virksomheden leverede på grundlag af tjenesteydelseskontrakter, som virksomheden havde indgået med kartelmedlemmerne, var at gennemføre de omhandlede konkurrencebegrænsende formål. Virksomheden bidrog således aktivt til gennemførelsen og driften af et kartel, samtidig med at den var helt klar over, at denne aktivitet var ulovlig [66].

100. Spørgsmålet om, hvorvidt kreditkortselskabernes situation kan opfylde betingelserne fastsat i AC-Treuhand-dommen vedrørende en »facilitators« forpligtelser i henhold til artikel 101, stk. 1, TEUF, som procesdeltagerne har drøftet grundigt, er lidt af et vildspor i forbindelse med den foreliggende sag. Det er der en simpel grund til. Under de faktiske og retlige omstændigheder i den foreliggende sag var kreditkortselskaberne ikke i en situation, der kan sammenlignes med selskabet AC-Treuhands, nemlig blot at være »facilitator«. På grundlag af sagens faktiske omstændigheder som forelagt af den forelæggende ret synes de at være så meget mere.

101. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret gjorde kreditkortselskaberne mere end blot at »fremme« aftalen. De opfordrede bankerne til at nå til enighed, og selv om de ikke formelt var til stede under forhandlingerne, var deres interesser repræsenteret i disse forhandlinger af en bank (Kereskedelmi és Hitelbank Zrt.). Desuden tog kreditkortselskaberne højde for aftalen i deres interne regler, blev informeret om aftalens indgåelse og gennemførte den behørigt også over for de banker, der senere tilsluttede sig netværket.

102. Endvidere havde kreditkortselskaberne i modsætning til selskabet AC-Treuhand en mere direkte og umiddelbar interesse i en vellykket gennemførelse af aftalen. De var faktisk ikke blot tjenesteleverandører, der blev engageret af bankerne til at udføre visse specifikke opgaver. MasterCard og Visa var leverandører af de kreditkort, hvis anvendelse var genstand for aftalen om det multilaterale interbankgebyr. Kreditkortselskaberne opererede således ikke på et marked, som ikke var forbundet med det marked, der var berørt af aftalen om det multilaterale interbankgebyr, men på et direkte berørt marked i et tidligere led. Det forhold, at de tilsyneladende ikke direkte modtog en del af det multilaterale interbankgebyr, formindsker ikke deres interesse i en vellykket gennemførelse af aftalen om det multilaterale interbankgebyr.

61 – Dom af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen (C-194/14 P, EU:C:2015:717) (herefter »AC-Treuhand-dommen«).

62 – Ibidem, præmis 33.

63 – Ibidem, præmis 34.

64 – Ibidem, præmis 35.

65 – Dette omtales ofte som en »cartel facilitator«.

66 – Ibidem, præmis 37-39.

103. Efter min opfattelse er situationen i den foreliggende sag derfor tydeligvis omfattet af antagelsen om en mere »traditionel« vertikal adfærd: Det har længe været fastslået, at aftaler eller samordnet praksis mellem selskaber, som er aktive i forskellige led i produktionskæden, kan overtræde artikel 101 TEUF[67].

104. Det andet og sidste forhold, der udspringer af det præjudicielle spørgsmål, vedrører de omstændigheder, hvorunder kreditkortselskaberne i den foreliggende sag kan holdes ansvarlige for *hele overtrædelsen* sammen med de banker, der var parter i aftalen om det multilaterale interbankgebyr.

105. Svaret herpå kan også findes i fast retspraksis. For at en myndighed kan fastslå, at en virksomhed har deltaget i en overtrædelse og været ansvarlig for alle de forskellige elementer i overtrædelsen, skal den bevise, at virksomheden har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, som deltagerne som helhed har forfulgt, og at den har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko[68].

106. Den forelæggende ret har i sin anmodning om præjudiciel forelæggelse påpeget, at kreditkortselskaberne hverken spillede en rolle i udarbejdelsen af aftalen om det multilaterale interbankgebyr eller i fastsættelsen af interbankgebyret. Som nævnt i punkt 101 ovenfor finder den forelæggende ret imidlertid, at disse selskaber har opfordret til indgåelsen af aftalen, gjort det muligt at vedtage den og accepteret og gennemført den.

107. Hvis det på grundlag af sagens faktiske omstændigheder netop forholder sig således, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, vil jeg ikke tøve med at konkludere, at kreditkortselskaberne, i lyset af deres rolle og stilling i forhold til de banker, som var parter i aftalen om det multilaterale interbankgebyr, deltog i den påberåbte overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF. Det følger af fast retspraksis, at hverken den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i samtlige elementer i en konkurrencebegrænsende ordning, eller at den kun har spillet en mindre rolle, berører beviset for, at den har begået en overtrædelse[69].

108. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare det tredje spørgsmål således, at i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor kreditkortselskaberne ikke var direkte involveret i fastlæggelsen af indholdet i en aftale, som angiveligt overtræder artikel 101, stk. 1, TEUF, men gjorde det muligt at vedtage den, accepterede og gennemførte den, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, kan disse selskaber betragtes som ansvarlige for den pågældende overtrædelse.

V. Forslag til afgørelse

109. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra Kúria (øverste domstol, Ungarn) som følger:

»– En virksomheds adfærd kan anses for at overtræde artikel 101, stk. 1, TEUF ved både at have til formål og til følge at begrænse konkurrencen inden for det indre marked.

67 – Jf. punkt 97 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

68 – Jf. i denne retning dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 86 og 87), og af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 83).

69 – Jf. eksempelvis dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 86).

— Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, om aftalen om det multilaterale interbankgebyr har et konkurrencebegrænsende formål. Med henblik herpå skal den forelæggende ret først undersøge aftalens indhold og formål for at afgøre, om aftalen falder ind under en kategori af aftaler, som på baggrund af erfaringerne generelt anses for at være skadelige for konkurrencen. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, bør den forelæggende ret derefter efterprøve, hvorvidt denne konstatering drages i tvivl af betragtninger vedrørende den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den pågældende aftale blev gennemført. Navnlig skal den forelæggende ret kontrollere, om en eventuel alternativ forklaring vedrørende en angiveligt konkurrencefremmende begrundelse for aftalen om det multilaterale interbankgebyr er plausibel prima facie, idet perioden, hvor aftalen var i kraft, også tages i betragtning.

— Ved konstatering af en overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF er en konkurrencemyndighed ikke forpligtet til at kvalificere en given adfærd som en aftale eller en samordnet praksis, forudsat at den fører tilstrækkeligt bevis for elementerne i de forskellige former for overtrædelser, der gøres gældende.

— I en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor kreditkortselskaberne ikke var direkte involveret i fastlæggelsen af indholdet af en aftale, der angiveligt overtræder artikel 101, stk. 1, TEUF, men gjorde det muligt at vedtage den, accepterede og gennemførte den, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, kan disse selskaber anses for at være ansvarlige for den pågældende overtrædelse.«