FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 29. juni 2006 [1]

I — Indledning

1. Denne sag vedrører en præjudiciel forelæggelse, hvorved Tribunal Supremo (Spanien) har stillet to spørgsmål angående fortolkningen af artikel 81 EF i forbindelse med en bedømmelse af, hvorvidt et kreditoplysningsregister, hvortil finansierings- og kreditinstitutter i Spanien har adgang mod betaling, er foreneligt med denne artikel.

2. Spørgsmålene har i det væsentlige til formål at afklare, hvorvidt et sådant register falder inden for anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, og om det i bekræftende fald kan godkendes af myndighederne i en medlemsstat, hvorved den anden betingelse fremhæves (forbrugerne er sikret en rimelig andel af fordelen).

3. Disse spørgsmål er blevet rejst i forbindelse med, at selskabet ASNEF-EQUIFAX, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito SL (herefter »ASNEF-EQUIFAX«), har indgivet en kassationsanke mod en den 28. november 2001 af Audienca Nacional afsagt dom om annullation af en i henhold til spansk ret meddelt godkendelse af et sådant register.

II — Relevante retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

4. Forordning (EF) nr. 1/2003 [2] har ifølge sin fjerde betragtning til formål at tildele medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole kompetence til at anvende ikke blot artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF, der

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1).

i henhold til De Europæiske Fællesskabers Domstols retspraksis er direkte anvendelige, men også artikel 81, stk. 3, EF.

5. Artikel 3, stk. 1 og 2, i denne forordning bestemmer følgende:

»1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende traktatens artikel 81 på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. [...]

2. Anvendelsen af national konkurrenceret må ikke føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, eller som opfylder betingelserne i traktatens artikel 81, stk. 3, eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3. Medlemsstaterne er ikke efter denne forordning afskåret fra at vedtage en mere restriktiv national lovgivning, der forbyder eller sanktionerer ensidig adfærd fra virksomheders side, og at anvende den på deres område.«

B — *National ret*

6. De spanske konkurrenceregler findes grundlæggende i Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (lov om beskyttelse af konkurrencen, herefter »LDC«) af 17. juli 1989. Det bemærkes, at der er et næsten bogstaveligt sammenfald mellem affattelsen af artikel 1 og 3 i LDC og artikel 81, stk. 1 og 3, EF.

7. I henhold til artikel 4, stk. 1, i LDC kan Tribunal de Defensa de la Competencia (konkurrencedomstolen) godkende aftaler, vedtagelser, anbefalinger og samordnet praksis, der er omfattet af artikel 1, i de tilfælde og på de betingelser, der er nævnt i artikel 3.

III — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

8. Den forelæggende ret beskriver baggrunden for hovedsagen som følger.

9. Den 21. maj 1998 indgav ASNEF-EQUIFAX, hvori Asociación Nacional de Entidades Financieras (den nationale sammenslutning af finansvirksomheder) er selskabsdeltager, i henhold til artikel 4 i LDC en ansøgning om godkendelse af et kreditoplysningsregister, som skulle forvaltes af ASNEF-EQUIFAX (herefter »det foreslåede register«).

10. Det foreslåede register »har til formål at yde informationstjeneste om solvens og kredit ved hjælp af elektronisk databehandling om de risici, som institutter, der deltager i udlåns- og kreditaktiviteter, påtager sig«. De i dette register optagne oplysninger ville være meget lig med dem, der er omfattet af cirkulære nr. 3/1995, som regulerer Central de Información de Riesgos (risikooplysningscentral), der forvaltes af den spanske nationalbank, og hvortil finansinstitutter i Spanien allerede har adgang. De omhandlede oplysninger vedrører debitorernes identitet og økonomiske aktivitet samt særlige situationer såsom konkurs eller insolvens.

11. Modsat en afgørelse fra Servicio de Defensa de la Competencia (administrativt organ for konkurrencebeskyttelse under økonomi- og finansministeriet), godkendte Tribunal de Defensa de la Competencia den 3. november 1999 det foreslåede register for en periode på fem år på følgende betingelser: Adgang skal være mulig for alle pengeinstitutter uden forskelsbehandling og mod betaling af et passende gebyr, ligesom der ikke må afsløres oplysninger om de kreditorer, som er indeholdt i registeret.

12. Audiencia Nacional gav ved dom af 28. november 2001 sagsøgeren medhold i et af Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (sammenslutning af brugere af banktjenesteydelser, herefter »AUSBANC«) anlagt søgsmål med påstand om annullation af den af Tribunal de Defense de la Competencia vedtagne afgørelse. Audiencia Nacional lagde til grund, at det foreslåede register, der var konkurrencebegrænsende, faldt inden for forbuddet i artikel 1 i LDC, og at det ikke kunne godkendes i medfør af bestemmelserne i artikel 3 i LDC, idet de nødvendige betingelser for disse bestemmelsers anvendelse ikke var opfyldt. Audiencia Nacional henviste ikke blot til spansk ret, men ligeledes til fællesskabsretten, herunder navnlig John Deere-dommen [3].

13. ASNEF-EQUIFAX, der var uenig i denne afgørelse, appellerede den til Tribunal Supremo.

3 — Dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111. Audiencia National henviser navnlig til dommens præmis 5, 10, 88 og 123.

14. Da Tribunal Supremo var af den opfattelse, at tvisten rejste spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, har den forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål til afgørelse:

»A) Kan artikel 81, stk. 1, [EF] [...] fortolkes således, at aftaler om udveksling af oplysninger mellem pengeinstitutter om kundernes solvens og betalingsforsinkelser kan anses for forenelige med fællesmarkedet, selv om de påvirker Unionens politik inden for finanssektoren og det fælles kreditmarked og har til virkning at begrænse konkurrencen i sektoren for penge- og kreditinstitutter?

B) Kan artikel 81, stk. 3, [EF] [...] fortolkes således, at det er muligt for en medlemsstat gennem konkurrencemyndighederne at godkende aftaler om udveksling af oplysninger mellem pengeinstitutter ved oprettelse af et kreditoplysningsregister om kunderne, idet etableringen af registret har gunstige virkninger for forbrugerne og brugerne af disse finansielle tjenesteydelser?«

15. Der er afgivet skriftlige indlæg af ASNEF-EQUIFAX, AUSBANC, den polske regering samt af Kommissionen. Der blev afholdt retsmøde den 26. april 2006.

IV — Stillingtagen

A — *Formaliteten*

16. Der er blevet rejst to spørgsmål angående formaliteten:

— Sagen drejer sig om anvendelse af national ret (dette gøres gældende af Kommissionen).

— Samhandelen mellem medlemsstater påvirkes ikke (dette gøres gældende af AUSBANC).

17. Kommissionen gør gældende, at den af Tribunal de Defensea de la Competencia vedtagne afgørelse ikke er støttet på artikel 81 EF, men på tilsvarende bestemmelser i spansk ret (artikel 1 og 3 i LDC), hvilket rejser spørgsmålet om den fremsatte anmodnings optagelse til realitetsbehandling. Kom-

missionen bemærker i den henseende, at det, da denne anmodning er fremsat inden for rammerne af en kassationsprocedure, er tvivlsomt, om Tribunal Supremo har bemyndigelse til at anvende bestemmelser, som ikke er blevet anvendt af de lavere instanser (hverken af Tribunal de Defense de la Competencia eller af Audienca nacional) i deres afgørelser.

18. Kommissionen bemærker at, selv om den forelæggende ret i sin forelæggelseskendelse har anført, at artikel 81 EF finder anvendelse i denne sag, forklares det ikke, hvorfor dette skulle være tilfældet. Kommissionen bemærker nærmere, at:

— En tilsvarende fortolkning kan være nødvendig i henhold til national ret (som i Leur-Bloem-dommen [4]), men det er Kommissionens opfattelse, at en sådan situation ikke foreligger i dette tilfælde.

— Hvis artikel 81 EF ikke spiller nogen retlig rolle i sagen, er den givne fortolkning uden betydning for den forelæggende ret (som i Kleinwort Benson-sagen [5]), og i det tilfælde har Domstolen ikke bemyndigelse til at besvare de præjudicielle spørgsmål.

— Selv hvis artikel 81 EF ikke finder direkte anvendelse i den foreliggende sag, kan en fortolkning være nødvendig for at respektere fællesskabsrettens forrang for national ret.

19. Kommissionen bemærker for så vidt angår denne sidstnævnte mulighed, at sagen drejer sig om at fastslå lovligheden af en afgørelse, der blev vedtaget i 2001, dvs. på et tidspunkt, hvor forpligtelsen i henhold til forordning nr. 1/2003 endnu ikke var gældende.

20. Når henses til fast retspraksis på dette område, er det min opfattelse, at denne præjudicielle forelæggelse bør antages til realitetsbehandling. Ifølge denne retspraksis er Domstolen principielt forpligtet til at træffe afgørelse om præjudicielle spørgsmål, der vedrører fortolkningen af bestemmelser i fællesskabsretten, og kan alene afvise at træffe sådan afgørelse, når den ønskede fortolkning savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [6].

4 — Dom af 17.7.1997, sag C-28/95, Sml. I, s. 4161.

5 — Dom af 28.3.1995, sag C-346/93, Sml. I, s. 615.

6 — Jf. dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA, Sml. I, s. 403, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis. Jf. endvidere dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis.

21. Det er åbenbart, at disse grunde til at afvise en præjudiciel forelæggelse fra realitetsbehandling ikke foreligger i denne sag.

22. Det fremgår for det første af forelæggelseskendelsen, at det er Tribunal Supremos opfattelse, at »den [af Audiencia National] afsagte dom bygger på de juridiske principper i artikel 1 og 3 i LDC og på anvendelsen af bestemmelserne i den tidligere artikel 85 i EØF-traktaten som fortolket i Domstolens praksis [...].«

23. Tribunal Supremo har endvidere erklæret, at denne præjudicielle forelæggelse er et udtryk for pligten til samarbejde mellem de nationale retsinstanser og Fællesskabets retsinstanser for at undgå divergerende eller modstridende holdninger.

24. Selv om det således er diskutabelt, hvorvidt Audiencia Nacional har støttet sin afgørelse på artikel 81 EF (idet denne ret alene har henvist fællesskabsretspraksis med henblik på fortolkning af de bestemmelser i LDC, der har et tilsvarende indhold), bør forelæggelsen antages til realitetsbehandling.

25. For det andet tilkommer det, som jeg tidligere har bemærket i forslaget til afgørelse i Manfredi-sagen [7], for så vidt angår de opgaver, der henhører under en kassationsdomstol, ikke Domstolen at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt den forelæggende ret har foretaget en urigtig bedømmelse af sin prøvelsesret, således som Kommissionen tilsyneladende hævder.

26. For så vidt angår forordning nr. 1/2003 (spørgsmålet om forordningens tidsmæssige anvendelse) er det åbenbart, at der foreligger forskelle, eller snarere nuancer, mellem den retlige situation før og efter denne forordnings ikrafttræden.

27. Den første forskel er, at de nationale myndigheder og retsinstanser, efter denne ikrafttræden, har bemyndigelse til at anvende artikel 81 EF i sin helhed.

28. Den anden forskel, som skal nævnes i denne forbindelse, er, at muligheden for at anvende fællesskabsretten bliver til en forpligtelse (hvis kriteriet om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne er opfyldt). Når betingelserne for anvendelse af artikel 81 EF og 82 EF således er opfyldt, er de nationale myndigheder og retsinstanser forpligtede til at anvende disse bestemmelser i sager, hvori de skal træffe afgørelse. Forud

7 — Fremsat den 26.1.2006, forenede sager C-295/04 — C-298/04, Manfredi m.fl., punkt 25.

for denne forordnings ikrafttræden må en eventuel konflikt i tilfælde af parallel anvendelse af fællesskabsret og national ret løses ved anvendelse af princippet om fællesskabsrettens forrang [8]. På nuværende tidspunkt indeholder forordning nr. 1/2003 en mere udtrykkelig bestemmelse om tilnærmelse. Artikel 3, stk. 2, bestemmer, at aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der ikke er forbudte i henhold til artikel 81 EF, ikke må forbydes i henhold til medlemsstaternes konkurrenceret.

B — *Realiteten*

Det første spørgsmål

29. Det er korrekt, at forordning nr. 1/2003 på det tidspunkt, hvor Tribunal de Defensa de la Competencia og Audiencia Nacional traf deres afgørelser, ikke fandt anvendelse. Imidlertid er den aktuelle situation bestemt af følgende forhold: Den afgørelse, der skal træffes, vil have indvirkning på det foreslåede registers funktion, enten fordi dette register er blevet etableret (i hvilket tilfælde det vil være nyttigt at vide, hvorvidt artikel 81 EF udgør en hindring herfor eller ej), eller fordi etableringen af registret er blevet stillet i bero, idet man afventer afgørelsen (hvis artikel 81 EF ikke udgør en hindring herfor, kan registret således oprettes) [9].

30. Endelig vedrører AUSBANC's betragtninger, hvorefter det foreslåede register ikke mærkbart påvirker handelen mellem medlemsstater, anvendelsen af artikel 81 EF på de faktiske omstændigheder, der er genstand for tvisten i hovedsagen. De henhører under den nationale rets kompetence og er uden betydning for, om de spørgsmål, der er forelagt for Domstolen, kan antages til realitetsbehandling [10].

31. Det første spørgsmål vedrører spørgsmålet om, hvorvidt et system til udveksling af oplysninger mellem kreditinstitutter udgør en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF eller ej.

32. Betingelserne for anvendelse af artikel 81 EF er 1) påvirkning af handelen mellem medlemsstater og 2) begrænsning af konkurrencen.

33. For så vidt angår påvirkning af handelen mellem medlemsstater er det korrekt, som Kommissionen har anført, at forelæggelses-

8 — Jf. dom af 13.2.1969, sag 14/68, Wilhelm, Sml. 1969, s. 1, org. ref.: Rec. s. 1.

9 — Det vides ikke, hvorvidt registret allerede er i drift eller ej.

10 — Jf. Bronner-dommen, nævnt i fodnote 6, præmis 21.

kendelsen ikke i detaljer redegør for, hvorledes det foreslåede register kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Det er min opfattelse, at det er åbenbart, at den forelæggende ret forudsætningsvis lægger den opfattelse til grund, at denne betingelse er opfyldt, ikke blot fordi retten koncentrerer sine spørgsmål om den anden betingelse, men også fordi formuleringen af spørgsmålene taler i den retning. Når henses til, a) at det foreslåede register tilsyneladende er tilsigtet at finde anvendelse på hele det spanske territorium og, b) at den finansielle sektors virke i højere og højere grad er grænseoverskridende, er det min opfattelse, at denne betingelse i det hele er opfyldt. Under alle omstændigheder er det op til den forelæggende ret at træffe afgørelse om, hvorvidt det faktisk forholder sig således.

34. Det fremgår i denne henseende af Domstolens faste retspraksis, at det er tilstrækkeligt, at det fastslås, at et kartel kan påvirke den mellemstatslige handel [11]. Det fremgår også af retspraksis, at betingelsen om, at handelen mellem medlemsstater påvirkes, er opfyldt, når de samlede objektive retlige eller faktiske omstændigheder med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed gør det muligt at forestille sig, at et kartel kan udøve en direkte eller indirekte, faktisk eller potentiel påvirkning af handelsstrømmene mellem medlemsstaterne [12]. Forelæggelseskendelsen indeholder ikke præcise angivelser angående det påståede kartels omfang, geografiske område eller deltagerkreds. Det må imidlertid antages, at deltagelse i det foreslåede register er åben for alle kreditinstitutter, der opererer på det spanske marked, uanset deres etableringssted [13]. Det fremgår under alle omstændigheder også af fast retspraksis, at den blotte omstændighed, at en aftale mellem virksomheder udelukkende vedrører aktørerne i en enkelt medlemsstat, ikke medfører, at den ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater [14]. Endvidere har Domstolen gentagne gange bemærket, at en aftale, der omfatter en medlemsstats hele område, ifølge selve sin natur styrker opdelingen i nationale markeder, hvorved den hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksning [15].

35. For så vidt angår den anden »betingelse« for, at en aftale eller en samordnet praksis er i strid med artikel 81, stk. 1, EF, er det nødvendigt, at aftalen har »til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«. Det må således for det første kontrolleres, hvorvidt aftalen eller den samordnede praksis har et konkurrencebegrænsende formål. Hvis dette er tilfældet, gælder forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF under alle omstændigheder. Hvis formålet ikke er at begrænse eller fordreje konkurrencen, skal der foretages en vurdering af, hvorvidt den har en sådan virkning eller ej [16].

11 — Jf. dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 15.

12 — Jf. bl.a. dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. 1969, s. 69, org.ref.: Rec. s. 296, præmis 5, af 10.7.1980, sag 99/79, Lancôme og Cosparfrance, Sml. s. 2511, præmis 23, og af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22.

13 — Dette blev bekræftet i retsmødet af ASNEF-EQUIFAX' repræsentant.

14 — Dom af 11.7.1989, sag 246/86, Belasco mod Kommissionen, Sml. s. 2117.

15 — Dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters, Sml. I, s. 1577, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Jf. til illustration dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337, af 27.1.1987, sag 45/85, Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, Sml. s. 405, præmis 39, og af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 13.

36. Det fremgår af fast retspraksis, at det for at kunne bedømme, om en aftale må antages at være forbudt på grund af de konkurrenceforstyrrelser, den har til følge, må undersøges, hvorledes konkurrencen ville forme sig under forhold, hvor aftalen ikke fandtes. En sådan vurdering kræver, at aftalens såvel faktiske som potentielle virkninger tages i betragtning [17]. I øvrigt kan spørgsmålet om, hvorvidt en aftale er i strid med konkurrencereglerne, ikke bedømmes abstrakt. Denne vurdering skal foretages under hensyn til sagens økonomiske og retlige sammenhæng, varernes eller tjenesteydelsernes art samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer [18]. Under alle omstændigheder rammes en aftale ikke af forbuddet i artikel 81 EF, når den kun påvirker markedet ubetydeligt [19].

37. Det er endvidere væsentligt at fremhæve, at det grundlæggende princip, artikel 81 EF bygger på, er markedsaktørernes adgang til at optræde uafhængigt på markedet [20].

38. For så vidt nærmere angår udvekslingen af oplysninger finder jeg det formålstjenligt at bemærke, at en sådan udveksling kan finde sted inden for rammerne af en aftale, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger eller en samordnet praksis. Udvekslingen af oplysninger kan være af accessorisk karakter eller kan udgøre det forfulgte mål. I tilfælde af f.eks. et priskartel, i forbindelse med hvilket udvekslingen af oplysninger er accessorisk, følger begrænsningen i adgangen til at optræde uafhængigt af denne prisaftale. Det er samtidig muligt, at udvekslingen af oplysninger i sig selv kan påvirke konkurrencen.

39. Imidlertid er aftaler om udveksling af oplysninger ikke forbudte pr. automatik, men kun under visse nærmere omstændigheder.

40. Spredning og udveksling af oplysninger mellem konkurrenter og etableringen af et gennemsigtigt marked kan være uden — eller sågar have gavnlig — virkning på markedets konkurrencemæssige struktur. Det er almindeligt kendt, at virksomhedssammenslutninger jævnligt samler oplysninger om priser, produktion, kapacitet og investeringer med henblik på omdeling heraf blandt deres medlemmer, der kan benytte disse oplysninger til at fastlægge deres egen strategi. Som det bemærkes i retspraksis, er det »på et virkeligt konkurrencepræget marked [...] sandsynligt, at gennemsigtige forhold mellem de erhvervsdrivende principielt vil skærpe konkurrencen mellem leverandørerne [...]« [21].

17 — Jf. Société Technique Minière-dommen og Delimitis-dommen.

18 — Dom af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 10, og af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 31.

19 — Dom af 9.7.1969, Völk, nævnt i fodnote 12.

20 — Jf. f.eks. dommen i sagen Deere mod Kommissionen (nævnt i fodnote 3, præmis 86) og dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 116.

21 — Rettens dom af 27.10.1994, sag T-35/92, Deere mod Kommissionen, Sml. II, s. 957, præmis 51, Domstolens dom af 28.5.1998, Deere mod Kommissionen (nævnt i fodnote 3, præmis 88-90), og af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 84.

41. Det giver sig selv, at udveksling af oplysninger kan have negative virkninger. Sondringen mellem en lovlig og en ulovlig udveksling af oplysninger afhænger i almindelighed af følgende forhold: 1) de udvekslede oplysningers karakter og indhold (generelle eller detaljerede) og 2) det berørte markeds struktur (oligopolistisk eller opsplittet). Udvekslingens hyppighed har også betydning.

42. For så vidt angår det første forhold er udveksling af statistiske eller historiske oplysninger i almindelighed mindre problematisk end udveksling af nye eller fremtidige oplysninger. Sammenlagte markedsoplysninger er principielt lovlige på betingelse af, at de ikke gør det muligt at identificere og få kendskab til en enkeltstående konkurrents forretningsmæssige strategi. Spørgsmålet om, hvorvidt sammenlægningsniveauet gør det muligt at få kendskab til konkurrenternes strategier, afhænger i den sidste ende af antallet af konkurrenter. Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at hver økonomisk aktør, der deltager i en udveksling, skal optræde uafhængigt og selvstændigt.

43. For så vidt angår markedets struktur er det åbenbart, at der er en tendens til, at virksomhederne på et oligopolistisk marked i højere grad ensretter deres adfærd. Udveksling af oplysninger kan således øge sandsynligheden for kollusion. Det er derfor, udveksling af visse oplysninger betragtes som ulovlig på et oligopolistisk marked, selv hvis det relevante marked ikke er et stærkt koncentreret oligopolistisk marked, men ikke på et virkelig konkurrencepræget (opsplittet) marked [22].

44. I denne sag forpligter parterne sig til at udveksle oplysninger om låntageres solvens.

45. Jeg skal bemærke, at der i stort set alle landene på en eller anden måde findes et system for kreditoplysninger, dvs. et register, der forvaltes af en offentlig institution, en privat virksomhed eller endog en institution, der har blandet retlig karakter. Et sådant register indeholder oplysninger af negativ karakter (hvori de debitorer, der udgør en særlig risiko, optræder: dårlige betalere) og/eller neutrale eller positive oplysninger (f.eks. oplysninger om gældsætningsgraden for alle kreditnydere). Den bagvedliggende hensigt med, at et land opretter eller fremmer et sådant system, er at bidrage til at undgå situationer med for høj gældsætning af forbrugerne samt at begrænse fordringshavernes risici.

46. Det foreslåede register omfatter negative forhold (såsom manglende betaling) og positive forhold (såsom kreditsaldi, indeståelser, kautioner, garantier og transaktioner

22 — Dom af 2.10.2003, Thyssen Stahl mod Kommissionen, nævnt i forrige fodnote, præmis 86.

vedrørende finansiel leasing eller midlertidig råderet over aktiver). Der foreligger endvidere allerede et oplysningsregister, som forvaltes af den spanske nationalbank. De to registre indeholder tilsyneladende mere eller mindre de samme oplysninger, bortset fra, at det foreslåede register er et »on-line«-register (dvs. at oplysningerne overføres digitalt og således hurtigere) og også indeholder oplysninger om små kreditnydere, fordi der ikke er fastsat nogen minimumsgrænser.

47. Ved første øjekast giver aftalen (oprettelsen af det foreslåede register) ikke indtryk af at have til formål at begrænse hverken kreditansøgernes eller fordringshavernes adgang til at optræde uafhængigt på markedet. Eftersom registret tilsyneladende ikke har til formål at begrænse konkurrencen, opstår spørgsmålet om, hvorvidt det har den virkning, at konkurrencen begrænses eller fordrejes.

48. Som anført ovenfor har den omstændighed, at oplysninger samles til individuel brug, ikke pr. automatik en konkurrencebegrænsende virkning.

49. Det skal i denne sammenhæng fremhæves, at fordringshaverens identitet ikke, hverken direkte eller indirekte, må afsløres over for de virksomheder, der har adgang til registret. I modsat fald ville det være muligt at blive bekendt med konkurrenternes stilling eller forretningsstrategi. Den betingelse, som er opstillet af Tribunal de Defensa de la Competencia og accepteret af ASNEF-EQUIFAX, medfører, at oplysninger om fordringshaveren ikke bliver afsløret.

50. Det er også væsentligt, at systemet er åbent for alle de aktører, der er aktive inden for dette område. I modsat fald ville visse blandt dem blive behandlet ringere, eftersom de aktører, der ikke har adgang til registret, råder over færre oplysninger ved risikobedømmelse, ligesom det heller ikke ville virke fremmende for nye aktørers indtræden på dette marked [23].

51. Eftersom udvekslingen af oplysninger ikke har nogen sammenhæng med fordringshaverens identitet, og da det må lægges til grund, at de kreditinstitutter, der har adgang til dette register, bruger disse oplysninger som grundlag for beslutninger vedrørende deres maksimale risikokapacitet og til fastlæggelse af deres forretningspolitik, bør det afklares, hvorvidt denne form for udveksling af oplysninger kan medføre andre konkurrencebegrænsende virkninger, såsom adfærd, der er en følge af hemmelige og svigagtige aftaler.

23 — Dette krav er tilsyneladende opfyldt. I sit skriftlige indlæg har ASNEF-EQUIFAX erklæret: »Blandt dem, der deltager i oprettelsen af dette register, findes organisationer og aktører i den finansielle sektor af meget forskellig størrelse og bredde [...]« og »kunder med meget forskellige profiler, fra banker og sparekasser til ejendomsselskaber og udlejningsselskaber beskæftiget med lang- og korttidsudlejning af motorkøretøjer og fra store indkøbscentre til mindre forretninger osv.«

52. Et sådant system består ved første øjekast ikke i at fastsætte en fælles interesse eller at foretage samlet udelukkelse af visse kategorier af kunder. Formålet med et system til udveksling af kreditoplysninger er risikobegrænsning (risikoforvaltning). Dette har sammenhæng med den forskelligartede karakter af de oplysninger, som kan indsamles af kreditinstitutionerne fra deres kundekreds (potentielle). Et sådant system kan indebære en positiv virkning på den med denne økonomiske aktivitet forbundne risikoforvaltning.

53. Jeg skal i denne forbindelse fremhæve, at retspraksis ikke forbyder udelukkelsen af enhver usikkerhed, men blot visse usikkerheder, navnlig sådanne, som vedrører konkurrenternes adfærd på markedet. Den omhandlede usikkerhed er den, der vedrører kunders solvens.

54. Kreditvirksomhed består i midlertidigt og mod betaling (rente) at stille kapital til rådighed for en tredjemand. Renten afhænger bl.a. af risikoen for, at den anden part ikke opfylder sine forpligtelser på fyldestgørende måde. Som Kommissionen under henvisning til økonomisk litteratur har bemærket, består den betaling, som finansieringsinstituttet ønsker at opnå, til dels af en forsikringspræmie mod risikoen for manglende betaling. Det forhold, at der ikke foreligger oplysninger om denne risiko, skaber et problem i form af uensartede oplysninger. I et sådant tilfælde er det umuligt at foretage en korrekt bedømmelse af risikoen og dermed vil der være tendens til, at man anvender samme pris over for alle debitorer, hvilken pris vil være for høj for så vidt angår den kategori, der rummer den mindste risiko for manglende betaling.

55. Så længe enhver økonomisk aktør selvstændigt træffer bestemmelse om den politik, som denne har til hensigt at følge på fællesmarkedet, og de betingelser, som denne har til hensigt at benytte i forhold til sin kundekreds, medfører oprettelsen af et register, som det i denne sag omhandlede, ikke problemer i forhold til konkurrenceretten.

56. De mulige problemer vedrørende følsomheden af personoplysninger kan løses ved hjælp af andre midler, såsom lovgivningen om beskyttelse af sådanne oplysninger. Det er åbenbart, at man på en eller anden måde skal underrette berørte skyldnere om, hvilke oplysninger der er registreret, og give dem ret til at kontrollere og i påkommende tilfælde at rette de oplysninger, der vedrører dem. Dette spørgsmål er tilsyneladende reguleret af den spanske lovgivning og i klausul 9 i registrets vedtægter.

Det andet spørgsmål

57. Det andet spørgsmål drejer sig om, hvorvidt artikel 81, stk. 3, EF tillader en medlemsstat at godkende aftaler om udveksling af oplysninger af den omhandlede art med den begrundelse, at brugerne, dvs. finansieringsinstitutternes kunder, har fordel heraf.

58. Selv om der allerede er givet et forudsætningsvist svar på dette spørgsmål ovenfor, vil jeg kort vende tilbage hertil.

59. Som jeg har anført ovenfor, er de nationale retsinstanser og myndigheder efter ikrafttræden af forordning nr. 1/2003 bemyndigede til at anvende artikel 81 EF i sin helhed. Ifølge denne forordning er en forudgående beslutning ikke nødvendig, når en aftale er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF og opfylder de kumulative betingelser i stk. 3.

60. Flere medlemsstater har tilpasset deres nationale konkurrenceret, således at der gælder et lovmæssigt undtagelsessystem i national sammenhæng. Andre medlemsstater har i modsætning hertil fortsat et godkendelsessystem. Hvordan det end er, skal en aftale, når artikel 81 EF finder anvendelse, selv om der er tale om parallel anvendelse, som opfylder betingelserne i nævnte bestemmelses stk. 3, godkendes i henhold til loven.

61. Den forelæggende ret har navnlig koncentreret sig om den anden betingelse i artikel 81, stk. 3, EF, hvorefter »forbrugerne« sikres »en rimelig andel af fordelen herved«.

62. Som jeg allerede har anført, kan en mere præcis risikovurdering omsættes i en generel nedsættelse af kreditomkostningerne, hvilket i almindelighed vil være en fordel for forbrugerne. Et bedre kendskab til risikoen kan dog omsættes i en sondring mellem på den ene side de gode debitorer (lavere risiko og derfor lavere rente) og på den anden de dårlige debitorer (der betaler mere, eller som kan blive nægtet kredit).

63. Det er imidlertid ikke nødvendigt, at enhver enkelt forbruger har fordel af denne fremgangsmåde. Det væsentlige er, at den samlede betydning for forbrugerne er gunstig.

V — Forslag til afgørelse

64. I lyset af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af Tribunal Supremo forelagte spørgsmål således:

»Artikel 81, stk. 1, EF skal fortolkes således, at en aftale om udveksling af oplysninger mellem pengeinstitutter om kundernes solvens og betalingsforsinkelser, der ikke gør det muligt at identificere fordringshaveren, og hvorefter der er fastsat betingelser, der ikke er diskriminerende med hensyn til de på kreditmarkedet aktive aktørers adgang til det omhandlede system og brug heraf, principielt ikke begrænser konkurrencen.«