FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 29 juni 2006 [1]

I — Inledning

1. Förevarande mål avser en begäran om förhandsavgörande, i vilken Tribunal Supremo (Spanien), inom ramen för en prövning av huruvida ett mot avgift till finans- och kreditinstituten i Spanien tillgängligt kreditupplysningsregister är förenligt med artikel 81 EG, har ställt två frågor om tolkningen av denna artikel.

2. I huvudsak syftar frågorna till att få klarhet i huruvida ett sådant register omfattas av artikel 81.1 EG och, i förekommande fall, huruvida myndigheterna i en medlemsstat kan godkänna det enligt artikel 81.3 EG, där det andra villkoret betonas (konsumenterna skall tillförsäkras en skälig andel av vinsten).

3. Dessa frågor har ställts i samband med att bolaget ASNEF-EQUIFAX, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito SL (nedan kallat ASNEF-EQUIFAX) överklagade en dom av den 28 november 2001 av Audienca Nacional, om ogiltigförklaring av det tillstånd som beviljats för att upprätta ett sådant register med stöd av spansk rätt.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

4. Enligt fjärde skälet i förordning (EG) nr 1/2003 [2] är syftet med förordningen att tillerkänna medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar behörighet att inte bara tillämpa artikel 81.1 EG och artikel 82 EG i fördraget, som enligt rättspraxis från

1 — Originalspråk: franska.

2 — Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

Europeiska gemenskapernas domstol är direkt tillämpliga, utan även artikel 81.3 EG i fördraget.

5. I artikel 3.1 och 3.2 i denna förordning anges följande:

"1. Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 i fördraget och som kan påverka handeln mellan medlemsstater enligt den bestämmelsen skall de också tillämpa artikel 81 i fördraget på sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden. ...

2. Tillämpningen av den nationella konkurrensrätten får inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget, eller som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget. Medlemsstaterna skall enligt denna förordning inte vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa en strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas."

B — *Den nationella rätten*

6. Den spanska konkurrensrätten regleras i huvudsak genom Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia av den 17 juli 1989 (lag om konkurrensskydd). Ordalydelsen i artiklarna 1 och 3 i denna lag är praktiskt taget identiska med ordalydelsen i artikel 81.1 och 81.3 EG.

7. Enligt artikel 4.1 i ovannämnda lag kan Tribunal de Defensa de la Competencia (konkurrensdomstol) ge tillstånd till sådana avtal, beslut, rekommendationer och förfaranden som avses i artikel 1 under de förutsättningar och på de villkor som anges i artikel 3.

III — Tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

8. Den hänskjutande domstolen har beskrivit tvisten vid den nationella domstolen enligt följande.

9. ASNEF-EQUIFAX, i vilket Asociación Nacional de Entidades Financieras (den nationella föreningen för finansinstitut) är delägare, ingav den 21 maj 1998 enligt artikel 4 i lagen om konkurrensskydd en ansökan om tillstånd att upprätta ett kreditupplysningsregister, som skulle föras av ASNEF-EQUIFAX (nedan kallat det föreslagna registret).

10. Syftet med det föreslagna registret "är att tillhandahålla upplysningar om kreditvärdighet och lämnade krediter genom databehandling av uppgifter om risker som institut som förmedlar lån och krediter påtar sig". De upplysningar som skall återges i det föreslagna registret kommer att ha ett innehåll som till stora delar liknar innehållet i cirkulär nr 3/1995, som reglerar Central de Información de Riesgos (ett centralt riskupplysningsregister), som sköts av den spanska centralbanken och som redan finns tillgängligt för finansinstituten i Spanien. De ifrågavarande upplysningarna avser gäldenärernas identitet och ekonomiska verksamhet samt sådana särskilda förhållanden som konkurs eller insolvens.

11. Tvärtemot den negativa uppfattningen hos Servicio de Defensa de la Competencia (administrativt organ för konkurrensskydd under ministeriet för ekonomiska och finansiella ärenden) gav Tribunal de Defensa de la Competencia den 3 november 1999 tillstånd till att för en femårsperiod upprätta det föreslagna registret på följande uttryckliga villkor: Det skulle a) efter erlagd avgift hållas tillgängligt för samtliga finansinstitut på ett icke-diskriminerande sätt och b) inte tillhandahålla de uppgifter om fordringsägare som finns i registret.

12. Audiencia Nacional godtog genom dom av den 28 november 2001 Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (förening för bankanvändare, nedan kallad AUSBANC) talan om ogiltigförklaring av beslutet av Tribunal de Defensa de la Competencia. Audiencia Nacional ansåg att det föreslagna registret genom att begränsa den fria konkurrensen omfattades av förbudet i artikel 1 i lagen om konkurrensskydd och att det inte kunde tillåtas med stöd av bestämmelserna i artikel 3 i nämnda lag, eftersom de villkor som krävdes för att dessa skulle tillämpas inte var uppfyllda. Audiencia Nacional hänvisade inte enbart till spansk rätt utan även till gemenskapsrätten, särskilt till domen i målet John Deere [3].

13. ASNEF-EQUIFAX motsatte sig detta beslut och överklagade detsamma till Tribunal Supremo.

3 — Dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, John Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111). Audiencia Nacional har särskilt hänvisat till punkterna 5, 10, 88 och 123 i denna dom.

14. Då Tribunal Supremo anser att tvisten rör frågor angående tolkningen av gemenskapsrätten har den begärt att domstolen skall avgöra följande frågor:

"1. Skall artikel 81.1 EG tolkas så, att avtal om utbyte av information mellan finansinstitut angående kundernas solvens och uteblivna betalningar kan anses förenliga med den gemensamma marknaden, i den mån de påverkar unionens finanspolitik och gemenskapens kreditmarknad samt har till resultat att begränsa konkurrensen mellan finans- och kreditinstitut?

2. Skall artikel 81.3 EG tolkas så, att en medlemsstat kan låta sina konkurrensmyndigheter godkänna avtal om utbyte av information mellan finansinstitut genom upprättande av ett kreditupplysningsregister över dess kunder, med den motiveringen att konsumenter och användare av dessa finansiella tjänster får fördelar av att det upprättas ett sådant register?"

15. ASNEF-EQUIFAX, den polska regeringen och kommissionen har ingett skriftliga yttranden. Förhandling har hållits den 26 april 2006.

IV — Bedömning

A — *Upptagande till sakprövning*

16. Två typer av frågor angående upptagandet till sakprövning har uppkommit:

— Det handlar om att tillämpa nationell rätt (punkt som kommissionen har framfört).

— Handeln mellan medlemsstaterna påverkas inte (punkt som AUSBANC har framfört).

17. Kommissionen har gjort gällande att beslutet av Tribunal de Defensa de la Competencia inte har grundats på artikel 81 EG, utan på motsvarande bestämmelser i den spanska rätten (artiklarna 1 och 3 i lagen om konkurrensskydd), vilket innebär att frågan uppkommer huruvida förevarande ansökan kan upptas till sakprövning. I detta avseende har kommissionen erinrat om att

förevarande ansökan har ingetts i samband med ett överklagande och att det därför är tveksamt huruvida Tribunal Supremo kan tillämpa bestämmelser som de lägre instanserna inte (vare sig Tribunal de Defensa de la Competencia eller Audienca Nacional) har tillämpat i sina beslut.

18. Kommissionen har påpekat att den nationella domstolen trots att den i sitt beslut om hänskjutande har angett att artikel 81 EG är tillämplig på detta mål inte har förklarat varför. Kommissionen har närmare bestämt påpekat följande:

— Det krävs eventuellt enligt nationell rätt en liknande tolkning (såsom i målet Leur-Bloem [4]), vilket kommissionen inte anser att det gör i förevarande fall.

— Artikel 81 EG saknar eventuellt rättslig betydelse i målet och den givna tolkningen är således inte relevant för den hänskjutande domstolen (såsom i målet Kleinwort Benson [5]). I det fallet är domstolen inte behörig att avgöra tolkningsfrågorna.

— Slutligen krävs det eventuellt, även om artikel 81 EG inte är direkt tillämplig i förevarande mål, en tolkning för att gemenskapsrättens företräde framför den nationella rätten skall kunna iakttas.

19. Vad den sistnämnda möjligheten beträffar har kommissionen påpekat att det är fråga om att avgöra lagenligheten av ett beslut som fattats år 2001, det vill säga vid den tidpunkt då skyldigheten enligt förordning nr 1/2003 ännu inte förelåg.

20. Jag anser mot bakgrund av fast rättspraxis på området att denna begäran om förhandsavgörande skall anses kunna upptas till sakprövning. Enligt denna rättspraxis är domstolen i princip skyldig att meddela förhandsavgörande när de ställda frågorna avser tolkningen av gemenskapsrätten och kan endast avvisa en sådan begäran när tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller då frågorna är hypotetiska eller domstolen inte förfogar över de uppgifter om sakförhållandena eller de rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna besvara frågorna. [6]

4 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161).

5 — Dom av den 28 mars 1995 i mål C-346/93, Kleinwort Benson (REG 1995, s. I-615).

6 — Se dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA (REG 2006, s. I-403), punkt 24 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791), punkt 16 och där angiven rättspraxis.

21. Det är tydligt att det i förevarande mål inte föreligger några sådana skäl som gör att det kan fastställas att begäran om förhandsavgörande inte kan upptas till sakprövning.

22. Det följer för det första av beslutet om hänskjutande att Tribunal Supremo anser att "domen [av Audiencia Nacional] grundas på de rättsprinciper som kommer till uttryck i artiklarna 1 och 3 i [lagen om konkurrensskydd], och på bestämmelserna i f.d. artikel 85 i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen, såsom den har tolkats i EG-domstolens rättspraxis ...".

23. Tribunal Supremo har vidare förklarat att syftet med denna begäran om förhandsavgörande, som är ett uttryck för samarbetsskyldigheten mellan de nationella domstolarna och gemenskapsdomstolarna, är att undvika motstridande eller avvikande tolkningar.

24. Även om det kan diskuteras huruvida Audiencia Nacional har grundat sitt beslut på artikel 81 EG (genom att hänvisa till gemenskapens rättspraxis enbart för att tolka de bestämmelser i lagen om konkurrensskydd som har ett liknande innehåll), kan begäran om förhandsavgörande således upptas till sakprövning.

25. Vad för det andra avser uppgiften för en instans som avgör överklaganden ankommer det inte, såsom jag redan har nämnt i mitt förslag till avgörande i målet Manfredi [7], på domstolen att avgöra frågan huruvida och i vilken mån den hänskjutande domstolen har bortsett från omfattningen av prövningen, såsom kommissionen tycks antyda.

26. Vad avser förordning nr 1/2003 (frågan om dess tillämpning i tiden) är det tydligt att det föreligger skillnader, eller snarare nyanser, mellan den rättsliga situationen före och efter förordningens ikraftträdande.

27. Den första skillnaden är att de nationella myndigheterna och domstolarna efter detta ikraftträdande är behöriga att tillämpa artikel 81 EG i dess helhet.

28. Den andra skillnaden som skall påpekas i detta sammanhang är att möjligheten att tillämpa gemenskapsrätten har omvandlats till en skyldighet (om kriteriet att handeln mellan medlemsstaterna påverkas är uppfyllt). Om villkoren för att tillämpa artiklarna 81 EG och 82 EG är uppfyllda är de nationella myndigheterna och domstolarna skyldiga att tillämpa dessa bestämmelser på de mål som anhängiggörs vid dem. Innan

7 — Generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 26 januari 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi m.fl., dom av den 13 juli 2006, (REG 2006, s. I-6619, s. I-6624).

denna förordning trädde i kraft skulle en eventuell konflikt i det fall gemenskapsrätten och den nationella rätten tillämpades parallellt lösas genom principen om gemenskapsrättens företräde. [8] För närvarande innehåller förordning nr 1/2003 en tydligare regel om enhetlig tillämpning. Enligt artikel 3.2 får tillämpningen av medlemsstaternas konkurrensrätt inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som inte är förbjudna enligt artikel 81 EG.

av det föreslagna registret rör själva tillämpligheten av artikel 81 EG på den faktiska situation som är föremålet för tvisten vid den nationella domstolen. Dessa omständigheter omfattas av den nationella domstolens bedömning och saknar relevans för bedömningen av huruvida de frågor som ställts till domstolen kan upptas till sakprövning. [10]

B — *Prövning i sak*

29. Visserligen var förordning nr 1/2003 inte tillämplig vid den tidpunkt då Tribunal de Defensa de la Competencia och Audiencia Nacional fattade sina beslut. Den aktuella situationen regleras dock av denna regel. Det beslut som skall fattas kommer nämligen att påverka det föreslagna registrets funktion, antingen eftersom registret faktiskt har upprättats (i det fallet är det lämpligt att veta huruvida artikel 81 EG utgör hinder för registret eller inte) eller eftersom upprättandet av registret har försenats i avvaktan på det beslut som skall komma (om artikel 81 EG inte utgör hinder för registret kan det således upprättas). [9]

Den första frågan

31. Den första frågan avser frågan huruvida ett system för utbyte av information mellan kreditinstitut utgör ett åsidosättande av artikel 81.1 EG eller inte.

32. Villkoren för att artikel 81 EG skall kunna tillämpas är 1) att handeln mellan medlemsstater påverkas och 2) att konkurrensen begränsas.

30. Det kan slutligen konstateras att de omständigheter som AUSBANC har anfört till stöd för påståendet att handeln mellan medlemsstater inte märkbart skulle påverkas

33. Vad avser den omständigheten att handeln mellan medlemsstater påverkas är det, såsom kommissionen har påpekat, riktigt att

8 — Se dom av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Wilhelm (REG 1969, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 379).

9 — Det är inte klarlagt huruvida registret redan är i bruk eller inte.

10 — Se domen i målet Bronner (ovan fotnot 6), punkt 21.

det i beslutet om hänskjutande inte utförligt anges på vad sätt det föreslagna registret kan påverka handeln mellan medlemsstater. Det är enligt min mening tydligt att den nationella domstolen underförstått anser att detta villkor är uppfyllt, inte endast eftersom den har koncentrerat sina frågor på det andra villkoret, utan även eftersom formuleringen av de ställda frågorna talar i den riktningen. Eftersom a) det föreslagna registret tycks vara avsett att tillämpas i hela Spanien och b) den finansiella sektorn verkar mer och mer på en gränsöverskridande nivå är detta villkor enligt min mening faktiskt uppfyllt. Hur som helst är det den hänskjutande domstolen som skall avgöra om det faktiskt förhåller sig så.

34. Det följer i detta avseende av domstolens fasta rättspraxis att det är tillräckligt att fastställa att avtalet kan påverka den mellanstatliga handeln. [11] Det framgår även av rättspraxis att villkoret att handeln mellan medlemsstater skall påverkas är uppfyllt om det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsförhållandena mellan medlemsstater. [12] Beslutet om hänskjutande innehåller inte några exakta upplysningar om det föregivna avtalets omfattning vad avser det geografiska område och den personkrets som det är tillämpligt på. Det kan dock förmodas att det föreslagna registret skall vara tillgängligt för samtliga kreditinstitut som är verksamma på den spanska marknaden, oberoende av var de är etablerade. [13] Det är i varje fall även fast rättspraxis att enbart den omständigheten att ett avtal mellan företag endast avser aktörerna i en enda medlemsstat inte kan utesluta möjligheten att handeln mellan medlemsstater påverkas. [14] Domstolen har dessutom vid upprepade tillfällen erinrat om att ett avtal som berör en medlemsstats hela territorium genom själva sin karaktär har till resultat att förstärka avskärmningen av marknaderna på nationell nivå och följaktligen hindrar den ekonomiska växelverkan som eftersträvas i fördraget. [15]

35. När det gäller det andra villkoret för att ett avtal (eller ett samordnat förfarande) skall strida mot artikel 81.1 EG måste det ha "till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden". Det måste således i första hand prövas huruvida avtalet eller det samordnade förfarandet har ett konkurrensbegränsande syfte. Om detta är fallet skall förbudet i artikel 81.1 EG gälla, oberoende av varje resultat. Om syftet inte är att begränsa eller snedvrida konkurrensen skall det göras en prövning i syfte att fastställa huruvida avtalet eller det samordnade förfarandet får en sådan verkan. [16]

11 — Se dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller mot kommissionen (REG 1978, s. 131), punkt 15.

12 — Se särskilt dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk (REG 1969, s. 296; svensk specialutgåva, volym 1, s. 409), punkt 5, av den 10 juli 1980 i mål 99/79, Lancôme och Cosparfrance (REG 1980, s. 2511), punkt 23, och av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 22.

13 — Detta har vid förhandlingen bekräftats av företrädaren för ASNEF-EQUIFAX.

14 — Dom av den 11 juli 1989 i mål 246/86, Belasco mot kommissionen (REG 1989, s. 2117).

15 — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters (REG 2002, s. I-1577), punkt 95 och där angiven rättspraxis.

16 — Se exempelvis dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière (REG 1966, s. 337; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251), av den 27 januari 1987 i mål 45/85, Verband der Sachversicherer mot kommissionen (REG 1987, s. 405; svensk specialutgåva, volym 9, s. 9), punkt 39, och av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65), punkt 13.

36. Enligt fast rättspraxis skall det, vid prövningen av huruvida ett avtal skall anses vara förbjudet på grund av sin inverkan på konkurrensen, företas en bedömning av konkurrensen mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka den skulle uppstå om det omtvistade avtalet inte fanns. En sådan bedömning kräver att avtalets såväl faktiska som potentiella verkningar på konkurrensen beaktas.[17] Frågan huruvida ett avtal är förenligt med konkurrensreglerna kan inte heller bedömas på ett abstrakt sätt. Denna bedömning skall göras med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket företagen är verksamma, de produkter och tjänster som avses i dessa avtal samt strukturen av och de faktiska villkoren på den berörda marknaden.[18] Ett avtal kan dock undgå att träffas av förbudet i artikel 81 EG om det endast obetydligt påverkar marknaden.[19]

37. Det måste dessutom påpekas att enligt den grundläggande princip som artikel 81.1 EG bygger på skall en ekonomisk aktör uppträda självständigt på marknaden.[20]

38. Vad särskilt avser utbytet av information är det enligt min mening ändamålsenligt att precisera att ett sådant utbyte kan äga rum inom ramen för ett avtal, ett beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande. Informationsutbytet kan vara underordnat eller utgöra ett eftersträvat mål. För den händelse ett avtal exempelvis avser priser, för vilket informationsutbytet är underordnat, är den begränsade självständigheten en följd av denna prisöverenskommelse. Själva informationsutbytet kan även få till resultat att konkurrensen ändras.

39. Avtalen om utbyte av information är dock inte automatiskt förbjudna, utan endast förbjudna under vissa förhållanden.

40. Det förhållandet att information sprids och utbyts mellan konkurrenter, och att det skapas en öppen marknad, kan vara neutralt eller till och med positivt för marknadens konkurrenskraftiga struktur. Det är allmänt känt att företagssammanslutningar regelbundet samlar in information avseende priser, avkastning, kapacitet och investeringar för att sprida den bland sina medlemmar, som kan använda den för att utveckla sin egen strategi. Såsom har påpekats i rättspraxis är ”öppenheten mellan de ekonomiska aktörerna på en verkligt konkurrensutsatt marknad i princip ... av sådan beskaffenhet att den bidrar till en skärpt konkurrens mellan leverantörerna ...”.[21]

17 — Se domarna i de ovannämnda målen Société technique minière och Delimitis.

18 — Dom av den 12 december 1995 i mål C-399/93, Oude Littikhuis m.fl. (REG 1995, s. I-4515), punkt 10, och av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG (REG 1994, s. I-5641), punkt 31.

19 — Domen av den 9 juli 1969 i målet Völk (ovan fotnot 12), punkt 7.

20 — Se exempelvis domen i målet John Deere mot kommissionen (ovan fotnot 3), punkt 86, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 116.

21 — Förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994 i mål T-35/92, John Deere mot kommissionen (REG 1994, s. II-957; svensk specialutgåva, volym 16, s. 2), punkt 51, domstolens dom av den 28 maj 1998 i målet John Deere mot kommissionen (ovan fotnot 3), punkterna 88–90, och av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen (REG 2003, s. I-10821), punkt 84.

41. Det är självklart att ett informationsutbyte kan ha negativa verkningar. Skillnaden mellan ett lagligt informationsutbyte och ett olagligt informationsutbyte beror i allmänhet på följande omständigheter: 1) den utbytta informationens karaktär och innehåll (sammanlagd eller detaljerad) och 2) den berörda marknadens struktur (ologopolistisk eller splittrad). Frekvensen av utbytet är också av betydelse.

42. Vad avser den första omständigheten är ett utbyte av statistiska eller historiska uppgifter i allmänhet mindre problematiskt än ett utbyte av nya eller framtida uppgifter. De sammanlagda uppgifterna om marknaden är i princip lagliga på villkor att de inte gör det möjligt att identifiera och få kännedom om en enskild konkurrents affärsstrategi. Frågan huruvida sammanläggningsnivån gör det möjligt att få kännedom om konkurrenters strategier beror i sista hand på antalet konkurrenter. Det skall i vart fall påpekas att varje ekonomisk aktör som deltar i ett utbyte måste handla på ett oberoende och självständigt sätt.

43. Vad avser marknadens struktur är det uppenbart att företagen på en oligopolistisk marknad i högre grad tenderar att likrikta sitt uppträdande. Informationsutbytet kan då innebära att sannolikheten för ett hemligt samförstånd ökar. Detta är skälet till att utbytet av viss information anses vara olagligt på en oligopolistisk eller, även om den ifrågavarande marknaden inte är oligopolistisk, starkt koncentrerad marknad, och inte på en verkligt konkurrenskraftig (splittrad) marknad. [22]

44. I förevarande mål har parterna åtagit sig att utbyta information om låntagarnas solvens.

45. Jag vill i förbigående påpeka att det i praktiskt taget alla länder på ett eller annat sätt finns ett system för information om krediter, det vill säga ett register som sköts av en offentlig institution eller av en privat enhet eller också av en institution av blandad rättslig beskaffenhet. Ett sådant register innehåller negativa uppgifter (i vilka de gäldenärer återfinns som uppvisar särskilda risker: dåliga betalare) och/eller neutrala eller positiva uppgifter (till exempel uppgifter om samtliga kreditmottagares skuldnivå). Det bakomliggande skälet till att ett land upprättar eller uppmuntrar ett sådant system är att medverka till att förhindra situationer med för hög skuldsättning för konsumenterna samt begränsa fordringsägarnas risker.

46. Det föreslagna registret innehåller negativa inslag (såsom bristande betalning) och positiva inslag (såsom kreditsaldon, säkerheter, säkerheter och borgensförbindelser,

22 — Dom av den 2 oktober 2003 i målet Thyssen Stahl mot kommissionen (ovan fotnot 21), punkt 86.

leasingtransaktioner eller tillfälligt förfogande över tillgångar). Det föreligger dessutom redan ett informationsregister som sköts av den spanska centralbanken. Det förefaller som om de två registren i stort sett innehåller samma uppgifter, bortsett från att det föreslagna registret är ett onlineregister (det vill säga informationen överförs genom data, således mycket snabbare) och, eftersom några minimigränser inte har föreskrivits, innehåller det även information om små kreditmottagare.

47. Vid första påseende tycks avtalet (upprättandet av det föreslagna registret) inte i sig ha till syfte att begränsa såväl kreditsökandes som fordringsägares självständiga uppträdande på marknaden. Eftersom registret således inte tycks ha till syfte att begränsa konkurrensen, gäller frågan huruvida det resulterar i att konkurrensen begränsas eller snedvrids.

48. Såsom har angetts ovan är det förhållandet att information slås samman för individuellt bruk inte automatiskt en verksamhet som har en konkurrensbegränsande effekt.

49. Det måste i detta sammanhang påpekas att fordringsägarens identitet inte, varken direkt eller indirekt, skall avslöjas för de företag som har tillgång till registret. I motsatt fall skulle konkurrenternas ställning eller affärsstrategi kunna bli känd. Genom det villkor som uppställts av Tribunal de Defensa de la Competencia och som godtagits av ASNEF-EQUIFAX skall det tillses att fordringsägarens uppgifter inte sprids.

50. Det är också viktigt att systemet är tillgängligt för de aktörer som är verksamma på detta område. I motsatt fall innebär det att vissa av aktörerna missgynnas, eftersom de som inte har tillgång till registret förfogar över mindre information för att bedöma risken, och nya aktörers inträde på marknaden underlättas inte heller. [23]

51. Eftersom informationsutbytet inte har något samband med fordringsägarens identitet, och då det anses att de institutioner som är borgenärer och som har tillgång till detta register använder denna information genom att grunda sina beslut på sin maximala riskkapacitet och i förhållande till sin affärspolitik, kvarstår frågan huruvida denna typ av informationsutbyte kan leda till andra konkurrensbegränsande effekter såsom främjande av konkurrensbegränsande samverkan.

23 — Detta krav tycks vara uppfyllt. I sitt skriftliga yttrande har ASNEF-EQUIFAX angett följande: "Bland dem som deltar i upprättandet av detta register återfinns organisationer och aktörer inom den finansiella sektorn, av mycket olika storlek och bredd ..." och "kunder med extremt olika inriktning, alltifrån banker och sparbanker till fastighetsbolag och bolag för långtids- och korttidsuthyrning av motorfordon och alltifrån stormarknader till små affärsföretag, etc."

52. Det tycks vid ett första påseende som om ett sådant system inte består i att fastställa ett gemensamt intresse eller att kollektivt utesluta vissa kategorier av kunder. Syftet med ett system för utbyte av kreditinformation är att begränsa riskerna (riskhantering). Detta beror på den olikartade karaktären av den information som kreditinstituten kan samla in från sin (potentiella) kundkrets. Ett sådant system kan få en positiv effekt för den riskhantering som är knuten till denna ekonomiska verksamhet.

53. I detta sammanhang vill jag påpeka att det enligt rättspraxis inte är förbjudet att utesluta all osäkerhet, utan endast vissa osäkerhetsmoment, särskilt den osäkerhet som avser konkurrenternas uppträdande på marknaden. Den ifrågavarande osäkerheten är emellertid den som avser en kunds solvens.

54. Kreditverksamheten består i att tillfälligt, mot ersättning (ränta) ställa ett kapital till tredjemans förfogande. Räntan beror bland annat på den risk som är förenad med att den andra parten eventuellt inte på ett korrekt sätt uppfyller sina skyldigheter. Den ersättning som finansinstitutet önskar få består, såsom kommissionen under hänvisning till den ekonomiska teorin har påpekat, till en del av en försäkringspremie mot risken för utebliven betalning. Den omständigheten att det saknas information om denna risk gör att det uppstår ett problem med olika uppgifter. I ett sådant fall är det omöjligt att bedöma risken på ett korrekt sätt och utvecklingen går således mot att varje gäldenär åläggs samma pris, vilket är alltför högt för den kategori som uppvisar den lägsta risken för utebliven betalning.

55. Så länge som varje ekonomisk aktör självständigt bestämmer den politik som han avser att följa på den gemensamma marknaden och de villkor som han avser att förbehålla sin kundkrets, innebär upprättandet av ett register som det som planeras i förevarande fall inget problem ur konkurrensrättslig synvinkel.

56. Eventuella problem avseende känsliga uppgifter av personlig karaktär kan lösas genom andra instrument, såsom lagstiftning om skydd av dessa uppgifter. Det är uppenbart att man på ett eller annat sätt måste meddela de berörda gäldenärerna vilka uppgifter som är registrerade och ge dem rätt att kontrollera och, i förekommande fall, korrigera de uppgifter som berör dem. Denna fråga tycks, med hänsyn till den spanska lagstiftningen som rör densamma samt till artikel 9 i registrets bestämmelser, vara reglerad.

Den andra frågan

57. Den andra frågan avser frågan huruvida artikel 81.3 EG tillåter att en medlemsstat låter behöriga myndigheter godkänna avtal om utbyte av information av den typ som här är i fråga, med motiveringen att konsumenterna, det vill säga finansinstitutens kunder, drar fördel av dem.

58. Även om denna fråga redan har erhållit ett underförstått svar ovan, återkommer jag i korthet till den.

59. Såsom jag har angett ovan är de nationella domstolarna och myndigheterna efter ikraftträdandet av förordning nr 1/2003 behöriga att tillämpa artikel 81 EG i dess helhet. Enligt denna förordning krävs det inte ett föregående beslut i det fall då ett avtal omfattas av artikel 81.1 EG och uppfyller de kumulativa villkoren i artikel 81.3 EG.

60. Flera medlemsstater har anpassat sin nationella konkurrensrätt så att ett lagligt undantagssystem gäller nationellt. Andra medlemsstater däremot har fortfarande ett system för godkännande. Hur som helst skall ett avtal som uppfyller villkoren i artikel 81.3 EG, om artikel 81 EG är tillämplig, även vid en parallell tillämpning godkännas enligt lag.

61. Den nationella domstolen har särskilt koncentrerat sig på det andra villkoret, enligt vilket "användarna" skall erhålla "en skälig andel av den vinst som uppnås med dessa avtal".

62. Såsom jag redan har anfört kan en mer exakt beräkning av riskerna ta sig uttryck i allmänt minskade kostnader för kredittransaktioner, vilket i allmänhet är till fördel för konsumenterna. En bättre kännedom om risken kan dock ta sig uttryck i en uppdelning mellan goda gäldenärer (mindre risk, alltså lägre ränta) och dåliga gäldenärer (som betalar mer eller som kan komma att vägras en kredit).

63. Det är dock inte nödvändigt att varje enskild konsument gynnas av detta förfarande. Det viktiga är att den totala inverkan på konsumenterna är gynnsam.

V — Förslag till avgörande

64. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara frågorna från Tribunal Supremo på följande sätt:

Artikel 81.1 EG skall tolkas så, att ett avtal om utbyte av information mellan finansinstitut avseende deras kunders solvens och uteblivna betalning, som inte tillåter att fordringsägaren identifieras och enligt vilket icke diskriminerande villkor om tillgång till det ifrågavarande systemet och på kreditmarknaden verksamma aktörers användning av detsamma fastställs, i princip inte har till resultat att konkurrensen begränsas.