Når vil utveksling av informasjon mellom konkurrenter ha konkurransebegrensende formål etter EU-domstolens dom i sak C-298/22 Banco

Ronny Gjendemsjø

Konkurransetilsynet juskonferanse 2025

Disposisjon og avgrensning

- Generelt om konkurransebegrensende formål
- Informasjonsutveksling som formålsovertredelse
  - Rettstilstanden før Banco
  - Banco-dommen
  - Rettstilstanden etter Banco
    - Med noen refleksjoner
- Avgrenset til informasjonsutveksling som selvstendig overtredelse

Generelt om konkurransebegrensende formål

Konkurransebegrensende formål

«samarbeidet [må] 'fremtre som tilstrekkelig skadelig for konkurransen', slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet».

- HR-2021-1086-A (Forlagssaken), avsnitt 58 og HR-2017-1229-A (Taxisaken), avsnitt 39

«the essential legal criterion for ascertaining whether an agreement involves a restriction of competition ‘by object’ is therefore the finding that such an agreement reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to assess its effects”

- Sak C-228/18, Budapest Bank (37), sak C-67/13 P, Cartes bancaires (49), m.fl.

Konkurransebegrensende formål

- Hvordan kan vi avgjøre om et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet?

Konkurransebegrensende formål

- Hvordan kan vi avgjøre om et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet?

«the concept of 'restriction by object', …, must be **interpreted strictly**»

«certain forms of coordination between undertakings can be regarded, **by their very nature**, as being harmful to the proper functioning of normal competition»

«Only conduct whose harmful nature is **easily identifiable**, in the light of experience and economics, should be regarded as a restriction of competition by object»

«in order to justify an agreement being classified as a restriction of competition 'by object', …, there must be **sufficiently reliable and robust experience** for the view to be taken that that agreement is, by its very nature, harmful to the proper functioning of competition»

«reveals in itself a sufficient degree of harm to competition»

must be interpreted strictly	by its very nature	easily identifiable	sufficiently reliable and robust experience

- Ulike måter å formulere vurderingstemaet på, som mer eller mindre sier det samme
- Dersom formålsvilkåret begrenses til å omfatte samarbeid som i sin natur begrenser konkurransen, eller hvor konkurranseskaden lett lar seg påpeke, eller det foreligger pålitelige og robuste erfaringer som tilsier en konkurranseskade, så er dette en restriktiv tolkning av formålsvilkåret
- Dersom det foreligger pålitelige og robuste erfaringer for at samarbeidet vil begrense konkurransen, så lar konkurranseskaden seg lett påvise
- Dersom konkurranseskaden lett lar seg påvise, så er samarbeidet i sin natur konkurranseskadelig
- Osv…….

- **Konkurranseskaden/skadehypotesen må være opplagt/åpenbar og entydig**

Nærmere om «sufficiently reliable and robust experience »

- Stammer fra Budapest Bank
- Kan forstås som et krav om presedens:
  - Se Wahl i Budapest Bank (79) og Bobek i Budapest Bank (60):
  - «'Experience' must be understood to mean what can traditionally be seen to follow from economic analysis, **as confirmed by the competition authorities and supported, if necessary, by case-law**»

- Helt eller delvis tilbakevist i annen praksis?
- Er et krav om solide og pålitelige erfaringer i strid med Banco (41) og Generics (79) (og andre dommer) om at nye overtredelser kan være formål?

«In that regard, while the fact that there is a precedent in which an exchange of information in the same form and in the same sector of activity as the exchange at issue in the main proceedings has been classified as a restriction by object is capable of facilitating proof that the latter exchange also establishes such a restriction, **the absence of such a precedent**, which, according to the referring court, is the case here, **cannot prevent,** where applicable, that exchange at issue being classified as such»

- Banco (41) – med henvisning til Generics

Nærmere om «sufficiently reliable and robust experience”

- GA Rantos i sitt forslag til avgjørelse i Banco:

«It is, therefore, appropriate to **reject the argument** of some of the applicants that the existence of reliable and robust experience is a precondition for a practice to be regarded as a restriction by object **and that, consequently, national courts or competition authorities must establish that there is a precedent in order to classify conduct on the market as a restriction of competition by object.**”

- Egentlig bare en tilbakevisning av et krav om presedens?

Nærmere om «sufficiently reliable and robust experience”

- GA Rantos i sitt forslag til avgjørelse i Banco (38):

«the absence of precedents does not prevent competition authorities from classifying as a restriction of competition by object agreements which, following an individual and detailed examination, are found to be detrimental to competition”

- Egentlig bare en tilbakevisning av et krav om presedens?

Nærmere om «sufficiently reliable and robust experience”

- Så hvor står vi når det gjelder solide og pålitelige erfaringer?
- Fortsatt en måte å komme frem til at samarbeidet fremstår som tilstrekkelig skadelig?
  - Det er erfaringene (praksis og økonomisk teori) som forteller oss når et samarbeid i sin natur er skadelig
    - Eller at en konkurranseskade lett lar seg påpeke
- Solide og pålitelige erfaringer er derfor en god rettesnor for når et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig – eller om konkurranseskaden er åpenbar/entydig
- **Men det er ikke et krav om presedens**

Konkurransebegrensende formål

- Hvordan kan vi avgjøre om et samarbeid fremtrer som tilstrekkelig skadelig for konkurransen slik at det ikke er nødvendig å undersøke virkningene av samarbeidet?

«In order to determine, … whether … a concerted practice is a form of coordination which must be regarded, by its very nature, as being harmful to the proper functioning of normal competition, it is necessary to examine, first, the **content** of that … practice, second, **the economic and legal context** of which it forms a part and, third, **its objectives**»

Konkurransebegrensende formål

- **content of the practice**
- **its objectives**
- **the economic and legal context**

by its very nature

easily identifiable

sufficiently reliable and robust experience

"reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to assess its effects"

Konkurransebegrensende formål og bevisvurdering

- Om et samarbeid har til formål (eller for så vidt virkning) å begrense konkurransen er ikke en bevisvurdering.
- Det som skal bevises er faktumet som skal vurderes opp mot vilkåret konkurransebegrensende formål.
- Bevisspørsmålene er f.eks:
  - Hva er samarbeidets innhold?
  - Hva slags informasjon utveksles?
  - Hvor ofte utveksles den?
  - Hadde foretakene denne informasjonen fra før?
  - Kunne de skaffe seg denne informasjonen på annet vis?
  - Osv.
- Når vi har klarlagt dette faktumet, så er vi ferdig med bevisvurderingen

Konkurransebegrensende formål og bevisvurdering

- **content of that practice**
- **the economic and legal context**
- **its objectives**

by its very nature

easily identifiable

sufficiently reliable and robust experience

"reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to assess its effects"

Dette er bevisvurderingen

Konkurransebegrensende formål og bevisvurdering

- Om erfaringene tilsier at det samarbeidet som er bevist, i den konteksten som er bevist, entydig begrenser konkurransen, er ikke et bevisspørsmål
- Om det samarbeidet som er bevist, i den konteksten som er bevist, i sin natur er konkurranseskadelig, er ikke et bevisspørsmål
- Om samarbeidets skadelige natur lett lar seg påpeke, er ikke et bevisspørsmål

Konkurransebegrensende formål og bevisvurdering formål

- **content of that practice**
- **the economic and legal context**
- **its objectives**

by its very nature

easily identifiable

sufficiently reliable and robust experience

"reveals in itself a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to assess its effects"

Dette er bevisvurderingen

Rettsanvendelse/subsumsjon

Rettsanvendelse/Tolkning

Informasjonsutveksling som formålsovertredelse

Rettstilstanden før Banco

- Dole (122): «In particular, an exchange of information which is **capable of removing uncertainty** between participants **as regards the timing, extent and details of the modifications to be adopted** by the undertakings concerned in their conduct on the market must be regarded as pursuing an anticompetitive object»
- En ganske ukontroversiell tolkning av formålsvilkåret
  - Fjerning av usikkerhet om fremtidig markedsatferd er i sin natur konkurranseskadelig
  - Konkurranseskaden er lett identifiserbar
- «capable of» -> ikke et uttrykk for lav terskel, men et uttrykk for at det er informasjonsutvekslingens årsaksevne som skal vurderes

Rettstilstanden før Banco

- Fresh Del Monte peker på «reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question» som vurderingstema (303)
  - Formålsvurderingen i denne saken er en «klassisk» usikkerhetsreduksjonsvurdering
- Kun utveksling av informasjon om fremtidig atferd/intensjoner, eller utveksling av informasjon som hadde betydning for fremtidig atferd/intensjoner som har blitt ansett som formålsovertredelser
- Kun utveksling mellom konkurrenter (ikke offentlig) som har blitt ansett som formålsovertredelser i rettspraksis

Rettstilstanden før Banco

- Jones & Sufrin, EU Competition Law, 7. (2019), side 682:

«An approach closely in tune with economic effects suggests that only a narrow category of information-sharing agreements should be considered to be restrictive by object – the private sharing of disaggregated, confidential information relevant, or relating, to future pricing or output intentions between competitor»

- Oppsummerer rettstilstanden før Banco på en god måte

Sak C-298/22, Banco

Sak C-298/22, Banco

- Dommen oppstiller to «typetilfeller» hvor en informasjonsutveksling vil ha et konkurransebegrensende formål
- (58) til (60): Når informasjonsutvekslingen vil føre til en stilltiende koordinering
- (60) flg.: Når informasjonsutvekslingen fører til at usikkerheten om fremtidig markedsatferd fjernes

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til «stilltiende» koordinering

(57): «an exchange of information must be regarded as having characteristics linking it to a form of coordination between undertakings that must be regarded, **by its very nature, as being harmful** to the proper functioning of normal competition where its content relates to information which, **whatever its sensitive or confidential nature**, is such that, in the context in which that exchange takes place, **it can only lead the participants in that exchange**, who are reasonably active and economically rational, **tacitly to follow the same course of conduct** as regards one of the parameters on the basis of which competition on the relevant market is established»

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til «stilltiende» koordinering

(57): ❌an exchange of information must be regarded as **by its very nature, as being harmful** to the proper functioning of normal competition

- where its content relates to information which,
- **whatever its sensitive or confidential nature**,
- is such that, **in the context** in which that exchange takes place,

→**it can only lead the participants in that exchange**, **tacitly to follow the same course of conduct**

- as regards one of the parameters on the basis of which competition on the relevant market is established❌

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fjerner/reduserer usikkerhet

- (60): Ikke et krav om at informasjonsutvekslingen fører til stilltiende koordinering, for at den skal ha et konkurransebegrensende formål
- (62): «As a result, **an exchange of information may be regarded** as constituting a form of coordination between undertakings which, **by its very nature**, is **harmful** to the proper functioning of normal competition, …,
- where that exchange **makes it possible to remove such uncertainty** [uncertainty as to the future conduct of other participants on that market].
- To that end, **it is sufficient for the information exchanged to be, first, confidential and, second, strategic**»
- Videreføring (og utdypning?) av Dole
- Utveksling av informasjon som er konfidensiell og strategisk/kommersiell, utgjør en formålsovertredelse

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fjerner/reduserer usikkerhet

- Utveksling av informasjon som er konfidensiell og strategisk/kommersiell, utgjør en formålsovertredelse
- Betyr dette at dersom det utveksles konfidensiell og strategisk informasjon, så er vi i mål?
  - Er reduksjon/fjerning av usikkerhet en konsekvens av at informasjonen er konfidensiell og strategisk?
  - Er reduksjon/fjerning av usikkerhet ikke et selvstendig vurderingstema?

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- En slags definisjon av konfidensiell og strategisk informasjon:
- (63): «'**Confidential information**' must be understood as information **not already known** to any economic operator active on the market concerned, while '**strategic information**' must be understood as information that **may reveal**, **in some circumstances**, once combined with other information already known to the participants in an information exchange, **the strategy which some of those participants intend to implement** with regard to what constitutes **one or more parameters** in the light of which competition on the market in question is established»

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- **Konfidensiell informasjon**
- «not already known»
  - (68): Informasjon som «was not, to the same level of completeness and systematic organisation, in the public domain when the exchange took place»
  - Dommen trekker i retning av at det avgjørende er hva konkurrentene faktisk visste (eller kunne vite), før informasjonsutvekslingen
    - Og ikke om informasjonstypen anses konfidensiell

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- **Strategisk informasjon**
- «information **that may reveal, in some circumstances**, once combined with other information already known to the participants in an information exchange, the strategy which some of those participants intend to implement with regard to what constitutes one or more parameters in the light of which competition on the market in question is established»
- Hva betyr «may reveal, in some circumstances»?
  - Indikerer «may reveal» en objektivisering av vurderingen?
  - Eller er dette et uttrykk for en lav terskel?
- Holder vi dette opp mot vurderingstemaene lett identifiserbar, pålitelige og robuste erfaringer, i sin natur konkurranseskadelig, så tilsier det at
  - informasjon må være generelt egnet til å redusere/fjerne usikkerhet
    - NB! Må fortsatt vurderes konkret i økonomisk og rettslig kontekst
  - altså en objektivisering av standarden og ikke uttrykk for en lav terskel.

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- **Strategisk informasjon**
- (64): «any exchange of information relating to **future prices**, or some of the factors determining those prices, is inherently anticompetitive …
- the concept of strategic information is **however broader** and includes any data not already known to economic operators which, in the context …, is likely to reduce the uncertainty of the participants as to the future conduct of the other participants with regard to what constitutes, … one or more parameters on the basis of which competition on the market in question is established»
- Fremtidig pris og faktorer som er bestemmende for prising er strategisk informasjon
- Men strategisk informasjon er ikke begrenset til fremtidig pris
  - Omfatter alt som kan redusere usikkerhet om fremtidig atferd knyttet til ett eller flere konkurranseparametere

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- **Strategisk informasjon**
- (65): «Lastly, where the information exchanged relates not to the intentions to alter the conduct … but to **current or past events**, that information must nevertheless be regarded as strategic if, by reason of [economic and legal context] such a participant may infer with sufficient precision the future conduct of the other participants in that exchange or their reactions to a possible strategic move on the market»
- Ikke avgrenset til informasjon om intensjoner om fremtidig atferd.
- Også informasjon om nåtidig eller fortidige omstendigheter kan være tilstrekkelig, dersom den gjør det mulig å forutse konkurrenters fremtidige atferd eller hvordan de vil reagere på strategisk atferd

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- **Strategisk informasjon**
- Omfatter ikke informasjon om historiske salgsvolum
  - Såfremt det ikke foreligger ekstraordinære omstendigheter som gjør at denne informasjonen reduserer/fjerne usikkerhet om fremtidig atferd/intensjoner

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- **Strategisk informasjon**
- (89): «in order to fall within the concept of restriction by object, it is not necessary for a concerted practice to cover **every parameter** on the basis of which competition in the market is established or, in the case of pricing information, that that information covers all the components of the final price charged.
- Therefore, an exchange of information **may constitute** … by its very nature, as harmful to the proper functioning of normal competition, even if it concerns only one of those parameters»
- Informasjonsutvekslingen må ikke omfatte alle konkurranseparametere
- Den kan ha konkurransebegrensende formål selv om den kun omfatter ett konkurranseparameter

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fjerner/reduserer usikkerhet

- Utveksling av informasjon som er konfidensiell og strategisk/kommersiell, utgjør en formålsovertredelse
- Betyr dette at dersom det utveksles konfidensiell og strategisk informasjon, så er vi i mål?
  - Er reduksjon/fjerning av usikkerhet en konsekvens av at informasjonen er konfidensiell og strategisk?
  - For at informasjonen skal anses strategisk må den avsløre noe om fremtidig atferd/intensjon om minst ett konkurranseparameter
  - Reduksjon av usikkerhet blir dermed et kriterium i vurderingen av om informasjonen er strategisk

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- Anførselen om at det ikke var mulig for konkurrentene å tilpasse seg utvekslingen av informasjon om fremtidig «pris»
- (92): «Even if it were to be considered that it was impossible for the participants in such an exchange to take that information into account immediately in order to change their conduct on the market immediately, the fact remains that any exchange relating to future intentions not already disclosed enabled those participants to react in any event faster than the normal operation of the market in question would have allowed»
  - Utveksling av konfidensiell informasjon selv om det skulle være umulig å bruke denne til å endre egen atferd
  - Se også Generaladvokaten (87)-(92)
- Betyr dette at uegnet forsøk, er en formålsovertredelse?

Sak C-298/22, Banco – informasjonsutveksling som fører til fjerning/reduksjon av usikkerhet

- Betyr dette at uegnet forsøk, er en formålsovertredelse?
- Sliter med å forstå begrunnelsen Generaladvokaten anfører for dette
  - (88) viser til presumsjonen om at foretakene tar hensyn til informasjonen
    - Men er ikke den presumsjonen tilbakevist dersom det er umulig å ta hensyn til informasjonen?
  - (90) Viser til at det ikke kreves en direkte link til pris. Og videre at så lenge usikkerheten reduseres, så er det tilstrekkelig.
    - Men reduseres usikkerheten dersom det ikke er mulig å tilpasse seg informasjonen? Hva reduseres da usikkerheten om?
  - (91): uansett så er det konfidensiell informasjon
    - Men må den ikke være strategisk også?

Hvor står vi etter Banco?

Hvor står vi etter Banco?

- Dommen viderefører tidligere praksis om informasjonsutveksling
  - Det sentrale er om informasjonsutvekslingen fjerner usikkerhet om fremtidig markedsatferd
- Dommen utfyller tidligere praksis
  - Informasjonsutveksling som fører til stilltiende koordinering er formål
  - Om usikkerheten reduseres/fjernes beror på
    - Om informasjonen er konfidensiell og strategisk
      - Informasjonen er konfidensiell dersom den ikke er like godt eller raskt tilgjengelig andre steder
      - Informasjonen er strategisk dersom den avslører noe/fjerner usikkerhet om fremtidig atferd eller intensjon knyttet til et konkurranseparameter
        - Informasjon om fremtidig pris og omstendigheter som er bestemmende for priser er omfattet
        - Men ikke begrenset til dette

Hvor står vi etter Banco?

- Dommen bidrar ikke til å avklare om – eller i hvilken grad – det har betydning om informasjonen utveksles privat eller offentlig
  - Men vi vet fra økonomisk teori at dersom informasjonen som offentliggjøres – blir tilgjengelig for kundene – kan benyttes av kundene, så har ikke informasjonsdelingen en entydig negativ virkning.

Hvor står vi etter Banco?

To ytterpunkter i forståelsen av dommen

- Det holder at informasjonen som utveksles er konfidensiell og strategisk
- Må ikke være om fremtidig pris – eller om pris overhodet
- Må ikke være om fremtidig atferd/intensjoner
- Tilstrekkelig at informasjonen «**may reveal, in some circumstances** the strategy which **som**e of those participants intend to implement»

- utveksling av informasjon som avslører fremtidig atferd mellom konkurrenter, er en formålsovertredelse
- Når det gjelder annen informasjonsutveksling, må det gjøres en virkningsanalyse

Ligger svaret et sted midt i mellom?

Hvor står vi etter Banco?

- Fjerning av usikkerheten om ett konkurranseparameter kan være tilstrekkelig
  - Men vi må fortsatt vurdere om det **er** tilstrekkelig
  - Fører fjerningen av usikkerhet om denne konkurranseparameteren til at vi står ovenfor en lett identifiserbar konkurranseskade?
  - Eller tilsier pålitelige og robuste erfaringer at fjerningen av usikkerheten om denne konkurranseparameteren i sin natur er konkurransebegrensende?
  - Hvordan påvirker fjerningen av usikkerheten om denne konkurranseparameteren, konkurransen i den konkrete rettslige og økonomiske konteksten?

Hvor står vi etter Banco?

- Ikke et krav om utveksling av informasjon om fremtidige intensjoner/priser
  - Men informasjonsutvekslingen må redusere/fjerne usikkerheten om fremtidig atferd/intensjoner
  - Fortsatt ingen dommer som karakteriserer noe annet enn utveksling av fremtidige priser som en formålsovertredelse
  - Er EU-domstolen – når den avviser et krav om at det må være informasjon om fremtidige forhold – mest opptatt av å ikke «lukke døren» for fremtidige saker?

Sammenligning med Konkurranseklagenemndas bokbasevedtak

- (174): «For at informasjonsdeling skal utgjøre en formålsovertredelse, må det – som Konkurranseklagenemnda har lagt til grunn i punkt 6.4 – dreie seg om utveksling av konkurransesensitiv informasjon. I dette ligger for det første at det må være tale om deling av informasjon om fremtidige priser, volum eller strategi.»
  - Ikke lenger riktig?
- (172): «Konkurranseklagenemndas vurdering er etter dette at utveksling av konkurransesensitiv informasjon i private kanaler, normalt har et konkurransebegrensende formål. … Med konkurransesensitiv informasjon menes særlig informasjon om fremtidige priser, volum eller strategi. Det er nemndas vurdering at både informasjonens art og hvordan den utveksles, har betydning for om informasjonsutvekslingen har et konkurransebegrensende formål.»
  - Denne gir vel fortsatt uttrykk for en riktig rettstilstand

Oppsummering:

- Informasjonsutveksling som fjerner/reduserer usikkerhet om fremtidig atferd/intensjoner i den konkrete konteksten, har til formål å begrense konkurransen
- Dette er tilfellet dersom informasjonen er konfidensiell og strategisk
- Informasjonen er konfidensiell dersom den ikke var kjent, og ikke var like lett og presist tilgjengelig på tidspunktet for utvekslingen av kontakten
- Informasjonen er strategisk dersom den
  - Direkte gjelder fremtidig pris eller faktorer som påvirker/bestemmer prissetting
  - Eller for øvrig reduserer usikkerhet om fremtidig atferd/intensjoner knyttet til minst ett konkurranseparameter

Spørsmål, kommentarer eller protester?

uib.no