

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL
SIR GORDON SLYNN
VAN 3 JUNI 1981¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Deze zaak is aan het Hof voorgelegd bij wege van een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Amtsgericht Rosenheim in de Bondsrepubliek Duitsland.

Uit de door de Bayerische Vereinsbank AG (hierna te noemen: „de Bank”) ingediende schriftelijke opmerkingen blijkt dat Züchner, eiser in het geding voor het Amtsgericht, op 21 mei 1979 bij het bijkantoor van de Bank te Rosenheim een rekening opende waarop haar gebruikelijke algemene voorwaarden van toepassing waren. Op 17 juli 1979 trok Züchner een cheque ad DM 10 000 op de Bank. De begunstigde was in Italië woonachtig en de Bank bracht Züchner een provisie in rekening van 0,15 % over het bedrag van de cheque, het gebruikelijke door haar gehanteerde percentage voor overmakingen naar het buitenland. Züchners rekening werd met deze provisie van DM 15 gedebiteerd. Daarop stelde Züchner tegen de Bank een vordering tot terugbetaling van de DM 15 in, op grond dat het in rekening brengen van een dergelijke provisie in het handelsverkeer tussen Lid-Statens discriminerend zou zijn en in strijd met de bepalingen van het EEG-Verdrag, inzonderheid de artikelen 7, 67, 85 en 86. De Bank betaalde dit bedrag terug, maar Züchner heeft de procedure voortgezet ter verkrijging van een verklaring voor recht dat het in rekening brengen van de provisie in strijd is met het Verdrag.

Het Amtsgericht heeft de zaak verwezen naar het Hof ter verkrijging van een pre-

judiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is in het intracommunautaire betalings- en kapitaalverkeer tussen banken de berekening van een algemene overmakingsprovisie ter hoogte van 0,15 % van het over te maken bedrag, als afgestemde feitelijke gedraging, die het handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden, in strijd met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag?”

Het Amtsgericht lijkt de artikelen 7 en 67 niet in zijn verzoek te hebben vermeld omdat particulieren aan geen van beide rechten kunnen ontleenen. Toch heeft Züchner in zijn schriftelijke opmerkingen het Hof verzocht om artikel 67 in het onderzoek te betrekken en een groot deel van zijn schriftelijke opmerkingen is gewijd aan een beschouwing over dit artikel en een aantal andere (zoals de artikelen 13 en 30). Het zou mijn inziens onjuist zijn deze conclusies te onderzoeken omdat het Amtsgericht zijn verzoek om een prejudiciële beslissing duidelijk tot de mededingingsregels heeft beperkt.

Zonder enige vermelding van rechtspraak of doctrine begint de Bank met de stelling dat banken grotendeels zijn uitgezonderd van het toepassingsgebied van de mededingingsregels. Als grondslag voor deze stelling noemt zij wel de artikelen 90, lid 2, en 104 ev. EEG-Verdrag.

Zelfs indien banken kunnen worden aangemerkt als ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, heeft het Hof niettemin in zaak 127/73 (BRT/SABAM, Jurispr. 1974, blz. 313), voor wat artikel

1 — Vertaald uit het Engels.

90, lid 2, betreft, erop gewezen dat ondernemingen alleen onder deze categorie kunnen vallen, wanneer zij krachtens overheidsbesluit met bedoelde taken zijn belast. Zulks kan het geval zijn wanneer, zoals in zaak 10/71 (Openbaar ministerie Luxemburg/Muller, Jurispr. 1971, blz. 723), een onderneming bij de wet is opgericht en haar bepaalde voorrechten zijn verleend voor de uitoefening van de opgedragen taak, dan wel wanneer een zuiver particuliere onderneming door een Lid-Staat met het beheer van dergelijke diensten is belast. In casu is niet gebleken dat de Bank door de overheid met het beheer van enige dienst van algemeen economisch belang is belast, laat staan dat uitbetaling van aan buitenlandse begunstigden uitgeschreven cheques of, meer in het algemeen, overmaking van tegoeden van haar cliënten naar het buitenland binnen de door de overheid aan de Bank toevertrouwde bijzondere taken zou vallen. Het komt mij dan ook voor dat de Bank, gelet op het thans voorhanden bewijsmateriaal, geen beroep kan doen op artikel 90, lid 2. En zelfs indien er zulk een opdracht mocht blijken te bestaan, dan nog blijven de mededingingsregels enkel buiten van toepassing voorzover zij de vervulling, in feite of in rechte, van deze taken verhinderen en zolang de ontwikkeling van het handelsverkeer niet ongunstig werd beïnvloed in een mate die strijdig zou zijn met het belang van de Gemeenschap.

De artikelen 104 e.v. lijken voorzover hier van belang enkel aan te duiden dat sommige aspecten van het bankwezen van algemeen economisch belang kunnen zijn. Mijns inziens wordt de Bank daardoor echter geenszins aan de in artikelen 85 en 86 vervatte bepalingen onttrokken.

Voor schending van artikel 85 moet aan drie voorwaarden zijn voldaan: (1) er

moet sprake zijn van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging, die (2) ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en die (3) de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

Wat de eerste voorwaarde betreft, wordt in de verwijzingsbeschikking slechts gesproken van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

In zaak 48/69 (ICI, Jurispr. 1972, blz. 619), heeft het Hof het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging omschreven als een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die de risico's van de onderlinge mededinging welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. Voor het vaststellen van een verboden gedraging kan niet worden volstaan met aan te tonen dat de betrokken ondernemingen hun beleid hebben aangepast aan het feitelijke of te verwachten marktgedrag van andere concurrenten, maar dient sprake te zijn van een „tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact strekkend hetzij tot beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij tot beduiding van zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag” (gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, Suiker-Unie e.a., Jurispr. 1975, blz. 1663).

Züchner betoogt dat de toepassing door een aantal banken van een gelijke provisie het bewijs is van een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging. Een soortge-

lijke situatie deed zich voor in vorengenoemde zaak-ICI. In die zaak verklaarde het Hof (overwegingen 66 tot 68 op blz. 659) dat parallel gedrag een ernstige aanwijzing voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan opleveren, wanneer het leidt tot mededingingsvoorwaarden die niet overeenkomen met de normale marktvoorwaarden. De beoordeling of daarvan sprake is, dient te geschieden op grond van alle aanwijzingen gezamenlijk, met inachtneming van de aard van de produkten, het aantal en de grootte van de ondernemingen, de omvang en andere bijzondere kenmerken van de markt.

Zoals het Hof heeft opgemerkt in bovengenoemde zaak-Suiker-Unie, is zelfs het feit dat een onderneming haar prijzen op één lijn brengt met de hoogste marktprijs van een concurrent, niet noodzakelijkerwijs als een aanwijzing voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging te beschouwen; dit kan zijn verklaring vinden in de wens een zo groot mogelijke winst te maken (r.o. 285 op blz. 1968). Wanneer er echter aanwijzingen zijn dat de betrokken ondernemingen elkaar inlichtingen hebben verstrekt over hun prijzen, bestaan er redenen om aan te nemen dat zij hun feitelijk gedrag onderling hebben afgestemd.

Uit de stukken en uit hetgeen ter terechtzitting is opgemerkt blijkt dat de onderhavige provisie een algemene provisie over alle vanuit Duitsland verrichte betalingen boven DM 4 000 is, in de jaren vijftig schijnt te zijn ingevoerd en thans deel uitmaakt van de algemene voorwaarden van de Bank, van toepassing op de rechtsbetrekkingen met haar cliënten. Het wordt volgens hetzelfde, uniforme tarief (0,15 %) toegepast op alle overmakingen boven DM 4 000, ongeacht het land waar de begunstigde woont, of dit nu binnen de Gemeenschap

is of niet. Deze provisie komt niet overeen met de werkelijke kosten van elke overmaking, maar is blijkbaar een bijdrage in de totale kosten voor het verrichten van al deze overmakingen tezamen. Voor overmakingen beneden DM 4 000 brengt de Bank slechts een miniem bedrag in rekening, dat gelijk is aan dat voor binnenlandse overmakingen.

Deze hogere provisie zou worden gerechtvaardigd doordat het buitenlandse betalingsverkeer veel ingewikkelder is tengevolge van het ontbreken van een centrale „clearing”-organisatie als de Deutsche Bundesbank voor het betalingsverkeer binnen Duitsland. Voorts kan het nodig zijn, tegoeden in vreemde valuta aan te houden, regeling met buitenlandse banken te treffen en mensen in dienst te hebben die overweg kunnen met vreemde talen en valuta.

De Bank ontkent dat er sprake is van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen banken in Duitsland of elders die een resultaat beoogt of ten gevolge heeft dat verboden is bij artikel 85. Volgens de Bank was geen sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, aangezien zij haar beslissing om deze provisie te heffen zelfstandig heeft genomen; artikel 85 wordt ipso facto niet geschonden, zelfs als andere banken eenzelfde bedrag in rekening brengen. Net als iedere andere onderneming mag een bank een zo groot mogelijke winst behalen zonder noodzakelijkerwijs in strijd te komen met artikel 85.

Indien dit alles was, zou men kunnen stellen dat er, ondanks Züchners verwijzing naar het gedrag van andere banken, onvoldoende aanwijzingen zijn voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dit is echter niet alles. Uit ant-

woorden op vragen van het Hof is gebleken dat andere banken in Duitsland een gelijksoortige provisie toepassen als hier in geding is, hoewel zij mogelijk niet alle als drempel DM 4 000 aanhouden en de regelingen voor kleinere bedragen kunnen verschillen. Ook wordt erkend dat het feit dat de Bank en andere banken een dergelijke provisie toepassen (waarschijnlijk) aan elk van hen bekend is.

Ofschoon deze omstandigheden op zichzelf niet noodzakelijkerwijs een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, tonen zij stellig wel aan dat hier een vraag aan de orde is die de nationale rechter moet onderzoeken.

Het feit dat de provisie de vergoeding vormt voor de diensten die de Bank voor haar cliënten verricht, geeft geen antwoord op de vraag of toepassing van die provisie of de hoogte ervan het resultaat is van een door de mededingingsregels verboden gedraging. Het is mogelijk dat onder normale mededingingsvoorwaarden de provisie niet zou worden toegepast dan wel lager zou zijn, waarbij het door de Bank over deze transacties geleden verlies ten laste van de in de andere sectoren behaalde winst zou worden gebracht. Het is niet onmogelijk dat de Bank bereid zou zijn dergelijke overmakingen met verlies te verrichten ten einde haar cliënten te behouden.

Indien een dergelijke onderling afgestemde feitelijke gedraging bij de vaststelling van de hoogte van de provisie komt vast te staan, zou zij naar mijn mening kunnen voldoen aan de eerdergenoemde tweede voorwaarde, nl. dat zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de

mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Zelfs als de onderlinge afstemming er niet toe strekt de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, kan zij zulks wel degelijk ten gevolge hebben (voorzover het een kenmerkend of wezenlijk gevolg is), door de voor de aangeboden dienst berekende provisie los te koppelen van zuiver economische factoren en aldus een efficiëntere dienstverlening ter zake tegen te gaan. Ook dit is een punt dat de nationale rechter moet onderzoeken.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient de nationale rechter de gehele economische context van de feitelijke afstemming te bezien en in het bijzonder na te gaan hoeveel banken erbij betrokken zijn en hoeveel overmakingen zij verrichten. (zie bijvoorbeeld zaak 23/67, Brasserie de Haecht, Jurispr. 1967, blz. 511). Het economische belang van de onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden bepaald door het aantal overmakingen van de bij de afstemming betrokken banken te vergelijken met het door hun concurrenten verrichte aantal. Als het eerstgenoemde aantal ongeveer even hoog is als bijvoorbeeld de activiteiten die in zaak 19/77, (Miller, Jurispr. 1978, blz. 131), in geding waren (nl. ongeveer 5 %) — anders dan die in gevallen als de zaken 56/65, (Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 391) en 5/69 (Völk, Jurispr. 1969, blz. 295), te weten minder dan 1 % — mag de nationale rechter concluderen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt. De nationale rechter kan te dien einde ook rekening houden met de omvang van de overmakingen van banken die bij de onderlinge afstemming zijn aangesloten.

Wat de derde voorwaarde betreft — beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten — dient de nationale rechter, na alle feiten te hebben onderzocht, te beoordelen of er een markt van door banken verrichte diensten bestaat die zich over meer dan één Lid-Staat uitstrekt, en of door de onderlinge afstemming vraag en aanbod van deze diensten in het verkeer tussen de betrokken Lid-Staten ongunstig kunnen worden beïnvloed. Aangezien de handel tussen Lid-Staten slechts zijdelings behoeft te worden beïnvloed (zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449), is het voldoende wanneer voor de nationale rechter komt vast te staan dat toepassing van de provisie op overmakingen naar het buitenland de handel tussen de Lid-Staten anderzins ongunstig kan beïnvloeden, bijvoorbeeld door aankopen in het buitenland te bemoeilijken.

Artikel 85, lid 2, zegt niet met zoveel woorden dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen „ongeldig” zijn, omdat naar men aanneemt uit dit type door het Verdrag verboden gedrag in het algemeen een partijen bindende juridische verplichting volgt. Artikel 85, lid 1, daarentegen stelt ondubbelzinnig dat een dergelijke onderlinge afstemming onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is, en de nationale rechter is verplicht dit verbod te handhaven. Het rechtsgevolg van het verbod van een onderling afgestemde gedraging waarbij de Bank partij is (indien dit het geval blijkt te zijn) voor Züchners verplichting de Bank de onderhavige provisie te betalen, dient naar Duits recht te worden beoordeeld.

Ofschoon een onderling afgestemde feitelijke gedraging de consensuele aard van een overeenkomst of besluit mist,

liggen daarin toch een reeks zelfstandige handelingen besloten die tezamen genomen de mededinging vervangen door samenwerking. Daarentegen is een van de kenmerken van de in artikel 86 bedoelde machtspositie het eenzijdig karakter. Hoewel de door het Amtsgericht aan het Hof voorgelegde vraag zowel artikel 85 als artikel 86 noemt, wordt er dientengevolge terecht op gewezen dat enkel eerstgenoemd artikel van toepassing is, indien de feiten het bestaan van een onderling afgestemde gedraging aantonen. Toch kan het zijn dat het Amtsgericht bij het onderzoek van de feiten eveneens wil nagaan of er niet eerder aanwijzingen zijn voor een misbruik van een machtspositie dan voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Artikel 86 is van toepassing wanneer aan drie voorwaarden is voldaan: (1) er moet een machtspositie zijn op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, (2) een of meer ondernemingen moeten misbruik maken van die machtspositie, en (3) de handel tussen de Lid-Staten moet daardoor ongunstig worden beïnvloed.

Het Hof heeft het begrip machtspositie gedefinieerd in zaak 26/76, (United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207) en in zaak 85/76, (Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461).

Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een machtspositie, dient de structuur van de markt te worden onderzocht. Een aantal factoren is relevant: een van de belangrijkste (maar niet de beslissende) is het marktaandeel van de betrokken onderneming. Andere relevante factoren zijn de organisatie van de onderneming, de benodigde technische kennis en deskundigheid alsook de beschikbare finan-

ciële middelen. Ten einde al deze factoren in hun juiste economische context te plaatsen, dient de nationale rechter uiteraard het geografisch gebied van de markt en de desbetreffende diensten te omschrijven. Zo moet de nationale rechter bijvoorbeeld onderzoeken of de markt betrekking heeft op alle door de banken verrichte diensten of alleen op overmakingen naar het buitenland, en of de markt de gehele Gemeenschap beslaat dan wel alleen Duitsland.

Mocht de nationale rechter tot de conclusie komen dat de Bank inderdaad een machtspositie inneemt, dan dient hij uit

te maken of er sprake is geweest van misbruik als omschreven in de zaak Hoffmann-La Roche (op blz. 520). Indien de nationale rechter dan ook vaststelt dat de Bank, zolang zij een machtspositie innam, haar toevlucht heeft genomen tot (1) methoden die niet stroken met die welke bij een normale mate van mededinging zouden zijn gehanteerd en die (2) een verdere beperking van de mededinging op de markt ten gevolge hebben, is hij gerechtigd te concluderen dat aan de tweede voorwaarde is voldaan. Hij dient uiteraard ook te onderzoeken of de handel tussen de Lid-Staten ongunstig is beïnvloed.

Gelet op het bovenstaande ben ik mitsdien van mening dat op de door het Amtsgericht aan het Hof voorgelegde vraag ware te antwoorden dat, afhankelijk van de feiten en alle omstandigheden, de heffing van een algemene provisie voor de overmaking van kapitaal en andere betalingen tussen banken binnen de gemeenschappelijke markt, een bij artikel 85 EEG-Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging kan vormen.