

In zaak 172/80,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Amtsgericht Rosenheim, in het aldaar aanhangig geding tussen

GERHARD ZÜCHNER, te Rosenheim,

en

BAYERISCHE VEREINSBANK AG, te München,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J. Mertens de Wilmars, president, P. Pescatore, Mackenzie Stuart en T. Koopmans, kamerpresidenten, A. O'Keefe, G. Bosco, A. Touffait, O. Due en U. Everling, rechters,

advocaat-generaal: Sir Gordon Slynn
griffier: J. A. Pompe, adjunct-griffier

het navolgende

ARREST

De feiten

I — Feiten en schriftelijke behandeling

G. Züchner, verzoeker in het hoofdgeding, is houder van een bankrekening bij de Bayerische Vereinsbank AG, verweer-

ster in het hoofdgeding, te Rosenheim (Bondsrepubliek Duitsland). Op 17 juli 1979 schreef hij een op verweerster getrokken cheque van DM 10 000 uit ten gunste van een in Italië woonachtige ontvanger. Vervolgens werd zijn rekening door verweerster gedebiteerd met een

„verwerkingsprovisie” van DM 15, ofwel 0,15 % van het overgemaakte bedrag.

Züchner diende daarop bij het Amtsgericht te Rosenheim een vordering tegen de Bayerische Vereinsbank AG in tot terugbetaling van dit bedrag. Hij betoogde onder meer dat de heffing van „verwerkingsprovisie” onverenigbaar is met artikel 67 EEG-Verdrag, aangezien zij een discriminatie teweegbrengt tussen binnenlandse kapitaaloverdrachten en kapitaaloverdrachten naar het buitenland, alsmede met de mededingingsbepalingen van het Verdrag op grond dat zij door alle of althans de meeste banken in zowel Duitsland als de andere Lid-Staten van de Gemeenschap wordt toegepast en de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden.

Het Amtsgericht achtte artikel 67 EEG-Verdrag voor de oplossing van het geschil van geen belang, aangezien het een bepaling zou betreffen die enkel de Lid-Staten een verplichting oplegt en geen rechtstreekse werking heeft voor de burgers van de Europese Economische Gemeenschap. Het gaf echter toe dat dit anders ligt bij de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, die ook de op de markt opererende burgers verplichtingen zouden opleggen. Bij beschikking van 14 juli 1980 heeft het dan ook de procedure geschorst en het Hof verzocht zich uit te spreken over de navolgende 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 welke het handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden in strijd met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag?”

De verwijzingsbeschikking is op 29 juli 1980 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Het hoger beroep dat de Bayerische Vereinsbank AG tegen deze beschikking instelde met het betoog dat het bedrag van DM 15 inmiddels was terugbetaald zodat de prejudiciële vraag voor eiser geen belang meer had, werd door het Landgericht Traunstein verworpen. Het Landgericht verklaarde dat eiser in casu nog steeds belang had bij de vaststelling dat zijn vordering tot terugbetaling gegrond was, aangezien verweerster hem te allen tijde overmakingsprovisie in rekening kan brengen voor verrichtingen als bedoeld in dit geding.

Krachtens artikel 20 van 's Hof's Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door G. Züchner, de Bayerische Vereinsbank AG, te dezen vertegenwoordigd door het advocatenkantoor Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner te Stuttgart, en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door G. zur Hausen, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen in het hoofdgeding en de Commissie evenwel verzocht, ter rechtzitting te verklaren „op grond van welke criteria een tarief van 0,15 % voor overmakingen van de ene Lid-Staat naar de andere van gelijke hoogte als waar het in het hoofdgeding om gaat, in het algemeen kan worden aangemerkt als een minimumbedrag tot dekking van de aan dergelijke verrichtingen verbonden kosten.” Het Hof heeft voorts met toepassing van artikel 95, paragrafen 1 en 2 van het Reglement voor de procesvoering besloten, de zaak naar de Eerste kamer te verwijzen.

Bij beschikking van 26 maart 1981 heeft de Eerste kamer de zaak krachtens artikel 95, paragraaf 4, van het Reglement voor de procesvoering naar het voltallig Hof verwezen.

II — Schriftelijke opmerkingen, ingediend krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG

Volgens *Züchner* is het Hof van Justitie gehouden het gemeenschapsrecht op zodanige wijze uit te leggen, dat de verwijzende rechter in staat is dit recht toe te passen; derhalve dient het Hof in casu niet alleen de draagwijdte te onderzoeken van de door de verwijzende rechter uitdrukkelijk genoemde bepalingen, maar ook die van de andere artikelen van het Verdrag die door de heffing van overmakingsprovisie door de banken kunnen zijn geschonden.

Hij is namelijk van mening dat het in artikel 67 EEG-Verdrag vervatte discriminatieverbod niet noodzakelijkerwijs enkel voor de Lid-Staten geldt. Verder beoogt hij dat de door de banken voor overmakingen naar het buitenland toegepaste provisie niet wordt gerechtvaardigd doordat aan deze overmakingen hogere kosten zouden zijn verbonden, weshalve zij ook in strijd kunnen zijn met artikel 30; immers, daar zij ook worden geheven bij de betaling van goederen en diensten, belemmeren zij het vrije verkeer van goederen en diensten binnen de Gemeenschap. Tenslotte merkt hij op dat de verenigbaarheid van de onderhavige provisie met het gemeenschapsrecht eveneens in het licht van de artikelen 13 en 95 EEG-Verdrag kan worden onderzocht.

Met betrekking tot artikel 85 EEG-Verdrag, waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, merkt *Züchner* op dat hij voor de nationale rechter in eerste instantie een beroep op dat artikel heeft

gedaan om te kunnen opkomen tegen de bewering van verweerster, dat er geen communautaire rechtsnorm bestaat die van toepassing is op privaatrechtelijke overeenkomsten. De omstandigheid dat een even hoge provisie in andere Lid-Staten en door alle banken in de Bondsrepubliek Duitsland wordt geheven, zou een aanwijzing kunnen vormen voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

De *Bayerische Vereinsbank AG* merkt op dat de aan het Hof gestelde prejudiciële vraag op verschillende manieren kan worden opgevat.

Gaat men ervan uit dat zij erop neerkomt of artikel 85 EEG-Verdrag wordt geschonden wanneer de erin opgesomde feitelijke elementen aanwezig zijn, dan moet worden toegegeven dat onder die voorwaarden inbreuk voor de hand ligt en van een vraag over de uitlegging van het EEG-Verdrag geen sprake is.

Indien men daarentegen van mening is dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of de overmakingsprovisie van 0,15 % wordt gevorderd op grond van een onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in artikel 85 EEG-Verdrag, dan zullen voor een antwoord op deze vraag de feiten moeten worden beoordeeld, waartoe het Hof van Justitie evenwel niet bevoegd is. Ten overvloede verklaart de *Bayerische Vereinsbank AG* dat voor wat de heffing en de hoogte van het overmakingsrecht betreft, beslist geen sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging van de banken.

De prejudiciële vraag kan ook aldus worden opgevat dat het erom gaat of de inning van een overmakingsprovisie ipso facto in strijd is met artikel 85 of artikel 86 EEG-Verdrag.

Voor wat artikel 85 betreft dient te worden opgemerkt dat de overmakingsprovi-

sie een vergoeding is die door de bank van haar cliënten wordt bedongen als prijs voor de door haar verrichte dienst (overmaking naar het buitenland). In zoverre is slechts sprake van een normale uitwisseling van prestatie en tegenprestatie. Een dergelijke uitwisseling kan noch een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, noch ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging in de handel tussen Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed.

Met betrekking tot artikel 86 dient te worden beklemtoond dat ook een onderneming met een machtspositie op de markt voor aan haar cliënten verleende diensten vanzelfsprekend een prijs mag bedingen.

Tenslotte zou de prejudiciële vraag erop kunnen neerkomen of een bank in het kader van het tussenstaatse betalings- en kapitaalverkeer ook gerechtigd is een overmakingsprovisie te verlangen, wanneer de beslissing om deze provisie te innen in onderlinge overeenstemming met andere banken in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag is genomen.

Ook al waren de grondslag en de hoogte van de overmakingsprovisie met andere banken onderling afgestemd in de zin van artikel 85 — quod non —, dan wordt de provisie niettemin op basis van een autonome overeenkomst gevorderd van de cliënt, die als derde geen deel heeft aan de onderlinge afstemming. Die overeenkomst is rechtens te onderscheiden van de onderlinge afstemming en kan zonder meer los daarvan worden gezien. Volgens de rechtspraak van het Hof worden zelfstandige elementen van een met artikel 85, lid 1, strijdige overeenkomst niet getroffen door de in lid 2 van dat artikel voorziene nietigheid. Dit is a fortiori het geval wanneer het een tweede, rechtens zelfstandige overeenkomst betreft. Deze overeenkomst, die niet door het verbod van artikel 85 EEG-Verdrag wordt geraakt, behoort niet vol-

gens gemeenschapsrecht maar volgens nationaal recht te worden beoordeeld.

Vervolgens onderzoekt de Bayerische Vereinsbank AG voor alle zekerheid de vraag of toepassing van de overmakingsprovisie een inbreuk kan vormen op artikel 67 EEG-Verdrag, hoewel zij van mening is dat de bevoegdheid van het Hof om de kern van een onduidelijk geformuleerde vraag te verduidelijken niet zover gaat, dat het een onduidelijke vraag door een geheel andere kan vervangen.

In de eerste plaats merkt zij op dat artikel 67 uitsluitend is gericht tot de Lid-Staten en hun organen, en niet tot de onderdanen van de Lid-Staten. Dit artikel bevat een gebod dat gezien de beoordelingen van het voorschrift en uit de aard der zaak slechts door de Lid-Staten kan worden nageleefd.

Voorts betoogt zij dat artikel 67 slechts het kapitaalverkeer doch niet het betalingsverkeer beoogt te liberaliseren; cheques en andere wijzen van overmaking behoren echter juist tot het betalingsverkeer.

Volgens artikel 69 EEG-Verdrag juncto artikel 67 EEG-Verdrag behoeft de Lid-Staten concrete maatregelen tot opheffing van de beperkingen van het kapitaalverkeer enkel in het kader van de door de Raad vastgestelde richtlijnen te nemen. Er bestaan echter geen richtlijnen van de Raad die de Lid-Staten verplichten, eveneens de privaatrechtelijke „belemmeringen” van het kapitaal- (of betalings)verkeer op te heffen.

Tenslotte verklaart de Bayerische Vereinsbank AG dat het in rekening brengen van een overmakingsprovisie door opdrachten tot betaling op een buitenlandse rekening geen discriminatie vormt, daar overmakingen op een buitenlandse rekening in vele opzichten verschillen van overmakingen op een binnenlandse rekening (de noodzaak van het aanhouden van tegoeden bij buitenlandse banken, de noodzaak om gespecialiseerde medewer-

kers in dienst te hebben, hogere communicatiekosten, de ingewikkelde afhandeling van cheques uit het buitenland). De uit deze factoren voortvloeiende kosten liggen aanzienlijk hoger dan in het binnenlandse betalingsverkeer.

Aangezien de overmakingsprovisie in rekening wordt gebracht voor alle opdrachten tot betaling op een buitenlandse rekening, is evenmin sprake van een op de nationaliteit van de rekeninghouder of de ontvanger van een betaling gebaseerde discriminatie.

De *Commissie van de Europese Gemeenschappen* betoogt dat de prejudiciële vraag zelf noch de motivering van de verwijzingsbeschikking de feitelijke context aanduiden waarin de vraag wordt gesteld. De aan het Hof gestelde vraag lijkt echter slechts zin te hebben wanneer wordt uitgegaan van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, bestaande in de toepassing door de banken van een uniforme provisie voor de uitvoering van overmakingen naar andere Lid-Staten van de Gemeenschap. Immers, slechts wanneer van het bestaan van een dergelijke gedraging wordt uitgegaan, kan worden gevraagd of zij onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag valt.

Bovendien geeft de verwijzende rechter in het geheel niet aan in welke mate sprake is van een dergelijke gedraging, noch voor wat het aantal deelnemende banken, noch voor wat de hoogte van de geheven overmakingsprovisie betreft. Indien het Hof de nationale rechter wil antwoorden zonder eerst zelf een onderzoek in te stellen — tot het laatste zou het overigens niet bevoegd zijn — dient het de vraag opnieuw te formuleren op grondslag van verschillende vooronderstellingen.

Vervolgens ligt het op de weg van de verwijzende rechter, op basis van de door het Hof gegeven uitlegging te beslissen of in het onderhavige geval inder-

daad sprake is van een bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verbonden gedraging.

De Commissie verklaart dat bij haar thans geen procedure krachtens artikel 3 van verordening 17 van de Raad aanhangig is met betrekking tot overmakingsprovisie. In het verleden ingestelde onderzoeken naar de bij betaling van reischeques en eurocheques geheven provisie hebben niet geleid tot formele procedures krachtens genoemd artikel.

Zij herinnert er echter aan dat, zoals zij reeds lang geleden in haar tweede rapport inzake het mededingingsbeleid heeft verklaard, de communautaire mededingingsregels stellig ook voor de banksector gelden.

Ter beantwoording van de prejudiciële vraag onderzoekt de Commissie of een dergelijke gedraging, zoals zij in casu wordt ondersteld, onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging van artikel 85, lid 1, kan vallen. Daartoe merkt zij het volgende op:

- a) Banken zijn ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.
- b) Er is sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer de belanghebbenden feitelijke samenwerking welbewust in de plaats hebben gesteld voor de risico's der concurrentie, en die samenwerking leidt tot mededingingsvoorwaarden welke niet met de normaal te achten marktvoorwaarden in overeenstemming zijn. Het volstaat dat de betrokkenen elkaar de hoogte van de metterdaad door hen geheven of voor de toekomst voorziene provisie meedelen. Zulk een contact heeft immers ten doel of tot gevolg dat de hoogte van de door de concurrent geheven provisie wordt beïnvloed of althans dat de onzekerheid van de concurrent voor wat de hoogte van zijn eigen provisie betreft wordt weggenomen. Een der-

gelijk contact tussen ondernemingen kan in de praktijk verschillende vormen aannemen; de Commissie meent deze hier niet te behoeven uiteen te zetten, nu de verwijzingsbeschikking ter zake niets zegt.

- c) De bedoelde of daadwerkelijke beperking heeft betrekking op de mededinging tussen de verschillende banken op het gebied van de voor hun cliënten verrichte diensten. Het overmaken van een geldbedrag aan een derde is een dienstverrichting. Ook voor de mededinging bij dienstverrichtingen gelden de mededingingsvoorschriften van het Verdrag. Indien alle betrokken banken voor een bepaalde overmaking dezelfde provisie toepassen, wordt de prijsconcurrentie volledig uitgeschakeld.
- d) De vraag of de beperking van de mededinging merkbaar is, hangt vooral af van de vraag hoeveel en welke banken daarbij betrokken zijn en welke omvang de desbetreffende overmakingen hebben in vergelijking met het aantal en de hoogte van de totale overmakingen naar andere Lid-Staten.
- e) Een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot de provisie voor overmakingen naar andere Lid-Staten kan de handel tussen Lid-Staten stellig ongunstig beïnvloeden. De in artikel 85, lid 1, gebezigde term

„handel” moet ruim worden verstaan; hij omvat tevens het geldverkeer, een aspect van het economisch verkeer.

De Commissie toont daarmee aan dat het antwoord op de gestelde vraag al naar gelang van de — in de verwijzingsbeschikking niet nader aangeduide — omstandigheden verschillend kan uitvallen. Volgens haar ware derhalve de door het Amtsgericht Rosenheim gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Er kan sprake zijn van een bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging, wanneer banken in de praktijk samenwerken met als doel of als resultaat dat voor overmakingen naar andere Lid-Staten van de Gemeenschap een identieke provisie in rekening wordt gebracht.”

III — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 6 mei 1981 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door de Bayerische Vereinsbank AG, te dezen vertegenwoordigd door M. Hirsch, advocaat te Stuttgart, en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door G. zur Hausen, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde.

De advocaat-generaal heeft er terechtzitting van 3 juni 1981 conclusie genomen.

In rechte

- 1 Bij beschikking van 14 juli 1980, ingekomen ten Hove op 29 juli 1980, heeft het Amtsgericht Rosenheim krachtens artikel 177 EEG-Verdrag een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, om inzicht te verkrijgen in de draagwijdte van deze bepalingen met het

oog op de door een in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde bankinstelling toegepaste provisie bij het overmaken van een geldbedrag in het chequeverkeer van de ene Lid-Staat naar de andere.

- 2 Blijkens de door de nationale rechter overgelegde stukken schreef de houder van een bankrekening bij de Bayerische Vereinsbank te Rosenheim, Bondsrepubliek Duitsland, op 17 juli 1979 een op deze bankinstelling getrokken cheque van DM 10 000 uit ten gunste van een in Italië woonachtige ontvanger. Voor deze overmaking werd zijn rekening door voornoemde instelling gedebiteerd met een overmakingsprovisie (Bearbeitungsgebühr) van DM 15, ofwel 0,15 % van het overgemaakte bedrag.
- 3 Van oordeel dat de inning van deze provisie in strijd was met de bepalingen van het EEG-Verdrag, stelde de houder van de bankrekening bij het Amtsgericht Rosenheim een vordering tot terugbetaling in tegen de bankinstelling.
- 4 Hij betoogde onder meer dat inning van de litigieuze provisie in strijd was met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, op grond dat zij een door alle of althans de meeste bankinstellingen in zowel de Bondsrepubliek Duitsland als de andere Lid-Staten van de Gemeenschap gevolgde onderling afgestemde feitelijke gedraging vormde, die in strijd was met de mededingingsvoorschriften en de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden.
- 5 Teneinde op met name dit laatste punt opheldering te verkrijgen, heeft de nationale rechter besloten het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag de navolgende vraag te stellen:

„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 welke het handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden in strijd met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag;”

- 6 Ter terechtzitting heeft verweerster in het hoofdgeding in de eerste plaats aangevoerd dat de door de nationale rechter gestelde vraag overbodig is; de in het Verdrag neergelegde regels betreffende de mededinging zouden, althans in vergaande mate, niet gelden voor bankinstellingen. De banken zou-

den wegens de bijzondere aard van de door hen verrichte diensten en hun bijzondere betekenis voor het internationale betalingsverkeer moeten worden aangemerkt als ondernemingen „belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang” in de zin van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag; op grond van deze bepaling zouden de regels betreffende de mededinging van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag dan ook niet op hen van toepassing zijn. Tot staving van deze opvatting heeft verweerster zich bovendien beroepen op de bepalingen van de artikelen 104 e.v. EEG-Verdrag, betreffende „het economisch beleid”.

- 7 De door de banken gewoonlijk uit de tegoeden van hun cliënten verrichte overmakingen van de ene Lid-Staat naar de andere zijn weliswaar transacties die met name in het kader van het internationale kapitaalverkeer tot de eigenlijke taak van de banken behoren, doch zijn onvoldoende reden om deze instellingen het karakter van ondernemingen in de zin van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag toe te kennen, tenzij kan worden aangetoond dat zij door deze overmakingen diensten van algemeen economisch belang verrichten waarmee zij op grond van een overheidsbesluit zijn belast.
- 8 De artikelen 104 e.v. EEG-Verdrag beogen geenszins, de banken aan de in het Verdrag neergelegde regels betreffende de mededinging te onttrekken. Deze bepalingen, neergelegd in titel II, hoofdstuk 2, van het Verdrag, betreffende „de betalingsbalans”, brengen enkel tot uitdrukking dat de Lid-Staten hun economisch beleid onderling moeten coördineren; zij voorzien daartoe in samenwerking tussen de bevoegde nationale dienstvakken en tussen de centrale banken van de Lid-Staten, ten einde de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag mogelijk te maken.
- 9 Gezien het voorgaande dient het door verweerster in het hoofdgeding gevoerde verweer derhalve te worden verworpen.
- 10 De verwijzende rechter spreekt in zijn prejudiciële vraag van de toepassing van een uniforme overmakingsprovisie van 0,15 % voor de door hem genoemde transacties. De vraag is gesteld met het oog op zowel artikel 85 als artikel 86 EEG-Verdrag. Nu de verwijzingsbeschikking uitsluitend het geval van het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen als mogelijke inbreuk op de communautaire regels betreffende de mededinging

noemt, en artikel 86 betrekking heeft op misbruik van een machtspositie doch niet op het geval van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, waarop uitsluitend de bepalingen van artikel 85 van toepassing zijn, dient in het onderhavige geval het onderzoek van de gestelde vraag tot dit laatste artikel te worden beperkt.

- 11 Volgens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag zijn „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden . . . alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of tengevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst . . .”.

- 12 Zoals het Hof onder meer in zijn arrest van 14 juli 1972 (zaak 48/69, ICI, Jurispr. 1972, blz. 619) heeft overwogen, vormt een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.

- 13 In zijn arrest van 16 december 1975 (gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663) heeft het Hof voorts verklaard dat de begrippen coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, allerminst inhouden dat er een werkelijk „plan” zou moeten zijn opgesteld en dienen te worden verstaan in het licht van de in de verdragsvoorschriften inzake de mededinging besloten voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren en welke condities hij zijn klanten zal bieden.

- 14 Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen, doch staat onverbiddelijk in de weg aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact, dat ten doel of tengevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard der produkten of verleende diensten, de grootte

en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de betrokken markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.

- 15 Volgens verzoeker in het hoofdgeding is in het onderhavige geval sprake van een onderling afgestemde gedraging, op grond dat alle althans de meeste banken binnen de gemeenschappelijke markt of althans in de Bondsrepubliek Duitsland, bij overmakingen van gelijke bedragen naar andere Lid-Staten een uniforme provisie berekenen.
- 16 Verweerster in het hoofdgeding sluit niet uit dat door andere banken in zowel de Bondsrepubliek Duitsland als andere Lid-Staten een even hoge provisie wordt berekend. Zij heeft echter beklemtoond dat een dergelijk parallel gedrag niet berust op een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen deze banken, strekkend of leidend tot een bij artikel 85 EEG-Verdrag verboden resultaat. De berekening van deze provisie zou gerechtvaardigd zijn door de aan dergelijke overmakingen verbonden kosten, met name ten gevolge van de ingewikkelde aard van de daarmee samenhangende wisseltransacties. Voorts zou de voor elke overmaking van een zekere omvang berekende uniforme provisie slechts een gedeeltelijke bijdrage vormen in de totale kosten van de gewoonlijk verrichte overmakingstransacties.
- 17 De omstandigheid dat de reden voor de onderhavige provisie is gelegen in de kosten die zijn verbonden aan alle gewoonlijk door de banken ten gunste van hun cliënten verrichte overmakingstransacties naar het buitenland tezamen, en zij derhalve een gedeeltelijke vergoeding vormt van deze kosten die van al degenen die van deze dienst gebruik maken op uniforme wijze wordt verlangd, sluit niet de mogelijkheid uit dat een parallel gedrag op dit gebied, ongeacht de reden ervan, kan leiden tot een samenwerking tussen banken die een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag behelst.
- 18 Zulk een feitelijke gedraging zou, op grond dat zij betrekking heeft op internationale transacties, „de handel tussen Lid-Staten” ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 85, daar het in dit artikel vervatte begrip „handel” een ruime betekenis heeft die eveneens het geldverkeer omvat.

- 19 Zij zou voorts onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallen, indien kwam vast te staan dat zij ertoe strekt of tengevolge heeft dat de mededinging op de markt van door de banken van de ene naar de andere Lid-Staat verrichte overmakingen merkbaar ongunstig wordt beïnvloed.
- 20 Dit zou met name het geval zijn indien een onderling afgestemde feitelijke gedraging de deelnemende banken in staat zou stellen, eenmaal ingenomen posities te bevriezen en daarmee hun cliëntèle de reële mogelijkheid te ontnemen, gebruik te maken van voordeliger diensten die hun onder normale mededingingsvoorwaarden zouden worden aangeboden.
- 21 Het betreft hier een feitelijke vraag, die ter uitsluitende beoordeling staat van de rechter bij wie het hoofdgeding aanhangig is gemaakt. Daartoe dient deze te onderzoeken of tussen de banken die zich parallel gedragen onderling contact of althans een uitwisseling van gegevens bestaat over onder meer de hoogte van de provisies die voor vergelijkbare overmakingstransacties daadwerkelijk zijn berekend of voor de toekomst zijn voorzien, en of, gelet op de voorwaarden van de betrokken markt, de hoogte van de uniform berekende provisie niet afwijkt van het tarief dat bij vrije mededinging zou hebben gegolden. Voorts dient hij rekening te houden met het aantal bij een zodanige gedraging betrokken banken en hun positie op de markt van het geldverkeer tussen de Lid-Staten, alsmede met de omvang van de overmakingen waarvoor de onderhavige provisie wordt berekend ten opzichte van de totale omvang van de door de banken van de ene Lid-Staat naar de andere verrichte overmakingen.
- 22 Op grond van het vorenoverwogene dient op de gestelde vraag te worden geantwoord, dat parallel gedrag bij de berekening van een uniforme bankprovisie voor door de banken uit de tegoeden van hun cliënten verrichte overmakingen van de ene Lid-Staat naar de andere, een bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging vormt, indien voor de nationale rechter komt vast te staan dat dit parallel gedrag de voor zulk een feitelijke gedraging kenmerkende eigenschappen van coördinatie en samenwerking vertoont en dat deze gedraging de mededingingsvoorwaarden op de dienstverleningsmarkt voor deze overmakingen merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.

De kosten

De kosten door de Commissie wegens indiening harer opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Amtsgericht Rosenheim bij beschikking van 14 juli 1980 gestelde vraag, verklaart voor recht:

Parallel gedrag bij de berekening van een uniforme bankprovisie voor door de banken uit de tegoeden van hun cliënten verrichte overmakingen van de ene Lid-Staat naar de andere, vormt een bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging, indien voor de nationale rechter komt vast te staan dat dit parallel gedrag de voor zulk een feitelijke gedraging kenmerkende eigenschappen van coördinatie en samenwerking vertoont en dat deze gedraging de mededingingsvoorwaarden op de dienstverleningsmarkt voor deze overmakingen merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.

Mertens de Wilmars	Pescatore	Mackenzie Stuart	Koopmans	O'Keeffe
Bosco	Touffait	Due	Everling	

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 juli 1981.

De griffier
A. Van Houtte

De president
J. Mertens de Wilmars