FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN FREMSAT DEN 3. JUNI 1981 [1]

Høje Domstol.

Denne sag er forelagt Domstolen i form af en anmodning fra Amtgericht Rosenheim i Forbundsrepublikken Tyskland om en præjudiciel afgørelse.

Det fremgår af det i sagen indgivne skriftlige indlæg fra Bayerische Vereinsbank AG (herefter benævnt banken), at Züchner, sagsøgeren i den for Amtsgericht verserende hovedsag, den 21. maj 1979 åbnede en konto i bankens Rosenheim-afdeling på bankens sædvanlige vilkår. Den 17. juli 1979 trak Züchner en check på banken på 10 000 DM. Da remittenten boede i Italien, beregnede banken over for Züchner et gebyr på 0,15 % af checksummen, hvilket var det sædvanlige procentuelle gebyr, som banken beregnede sig ved overførsler til udlandet. Gebyret, der androg 15 DM, blev debiteret Züchners konto. Züchner anlagde derpå sag mod banken og krævede de 15 DM tilbagebetalt, idet han gjorde gældende, at beregningen af et sådant gebyr i transaktioner mellem medlemsstaterne er diskriminatorisk og i strid med EØF-traktatens bestemmelser, navnlig artiklerne 7, 67, 85 og 86. Banken tilbagebetalte det pågældende beløb, men Züchner fortsatte sagen, idet han ønsker dom for, at gebyret er i strid med traktaten.

Amtsgericht har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Foreligger der en med EØF-traktatens artikler 85 og 86 stridende samordnet praksis, der kan påvirke handelen, når banker ved indbyrdes betalinger og kapitaloverførsler inden for Fællesskabet opkræver et fast gebyr på 0,15 % af det overførte beløb?«

Amtsgericht har i sit spørgsmål ikke medtaget artiklerne 7 og 67, formentlig ud fra den begrundelse, at de hverken hjemler rettigheder for eller kan påberåbes af private. Alligevel har Züchner i sit skriftlige indlæg anmodet Domstolen om at tage stilling til artikel 67, og en betydelig del af indlægget indeholder en gennemgang af denne og flere andre artikler (såsom artiklerne 13 og 30). Efter min opfattelse kan der ikke tages stilling til disse anbringender, da Amtsgericht klart har begrænset anmodningen til at angå konkurrencereglerne.

Principalt har banken gjort gældende, uden dog at anføre domme til støtte herfor, at banker i vidt omfang er undtaget fra konkurrencereglerne. Til støtte for synspunktet er der blevet henvist til EØF-traktatens artikler 90, stk. 2, og 104 ff.

Selv hvis banker eventuelt kan betragtes som virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, har Domstolen vedrørende artikel 90, stk. 2, i sag 127/73, *BRT* mod *SABAM*, Sml. 1974, s. 313, på side 318,

1 — Oversat fra engelsk.

fremhævet, at private virksomheder for at tilhøre denne kategori skal have fået pålagt disse opgaver ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed. Dette kan være tilfældet, hvor — som i sag 10/71, *Luxembourgs anklagemyndighed* mod *Müller*, Sml. 1971, s. 165 — en virksomhed er oprettet ved lov og nyder visse privilegier til opnåelse af de formål, for hvis skyld det er oprettet, eller hvor en rent privat virksomhed af det offentlige overdrages udførelsen af sådanne tjenesteydelser. Der foreligger intet i sagen om, at banken af en offentlig myndighed har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, endsige om, at indløsning af checks, der er udstedt til en udenlandsk remittent, eller — sagt i almindelighed — overførsel af dens kunders midler til udlandet, henhører under de særlige tjenesteydelser, som banken af en offentlig myndighed har fået overdraget at udføre. Jeg mener følgelig, at artikel 90, stk. 2, ikke kan påberåbes af banken, således som sagen foreligger for Domstolen. Hertil kommer, at selv hvis det skulle blive oplyst, at der forelå et sådant tilfælde, kan konkurrencereglerne kun suspenderes i det omfang, deres anvendelse retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de pågældende opgaver, samt i det omfang udviklingen i samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

Af artiklerne 104 ff. kan der i relation til den foreliggende sag ikke udledes andet end, at nogle grene af bankvirksomhed kan være af almindelig økonomisk interesse. De indeholder efter min mening ingen som helst støtte for, at banken ikke er omfattet af bestemmelserne i artiklerne 85 og 86.

Der foreligger tilsidesættelse af artikel 85, når følgende tre betingelser er opfyldt: 1. der skal foreligge en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis, som 2. har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, og 3. som kan påvirke handelen mellem medlemsstater.

Vedrørende den første betingelse omtaler forelæggelseskendelsen kun en samordnet praksis.

Domstolen har i sag 48/69, *ICI* mod *Kommissionen*, Sml. 1972, s. 151, på s. 161, defineret begrebet samordnet praksis som en form for koordinering mellem virksomheder, der bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde. Det er ikke tilstrækkeligt til at statuere ulovlig optræden, at de pågældende virksomheder har tilpasset deres forretningsdrift til konkurrenternes aktuelle eller forventede adfærd, men der skal foreligge »direkte eller indirekte kontrakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller mulig konkurrents markedsadfærd, eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til — eller overvejer — selv at følge« (de forenede sager 40-48, 50, 54-56, 111 og 114/73, *Suiker Unie* mod *Kommissionen*, Sml. 1975, s. 1663, på s. 1934).

Züchner har gjort gældende, at det forhold, at en række banker opkræver gebyrer med samme sats, er bevis for, at der foreligger en samordnet praksis. En tilsvarende situation forelå i den tidligere

nævnte *ICI*-sag. I denne fastslog Domstolen (Sml., s. 161 ff., præmisserne 66-68), at parallel adfærd kan udgøre et vigtigt indicium for en samordnet praksis, når den fører til konkurrencevilkår, der ikke svarer til de vilkår, der er normale på markedet. Dette spørgsmål må afgøres ud fra samtlige foreliggende oplysninger under hensyn til produktets art, virksomhedernes størrelse og antal, markedets størrelse og andre særlige omstændigheder ved dette.

Som Domstolen bemærkede i den førnævnte *Suiker Unie*-sag, er selv den omstændighed, at en virksomhed tilpasser sin pris til en konkurrents højere pris, ikke nødvendigvis indicium for en samordnet praksis, men kan skyldes et forsøg på at opnå størst mulig fortjeneste (Sml. 1975, s. 1954, præmis 285). Hvis det imidlertid er dokumenteret, at de implicerede virksomheder har udvekslet oplysninger om priser, er der grundlag for at antage, at der forelå en samordnet praksis.

Det fremgår af bilagene samt indlæggene under den mundtlige forhandling, at det i sagen omhandlede gebyr, der er oplyst at være blevet indført i 1950'erne, gælder generelt ved alle overførsler fra Tyskland af beløb over 4 000 DM og nu indgår i bankens almindelige forretningsbetingelser i forhold til kunderne. Det gælder med samme enhedssats (0,15 %) for alle overførsler over 4 000 DM, uanset i hvilket land modtageren er bosiddende, og uanset om der er tale om en bopæl inden for eller uden for Fællesskabet. Gebyret modsvarer ikke de faktiske omkostninger ved den enkelte overførsel, men siges at udgøre et bidrag til dækningen af de samlede omkostninger ved alle sådanne overførsler. For overførsel af beløb indtil 4 000 DM beregner banken sig blot et nominelt gebyr, der er lig med gebyret for indenlandske overførsler.

Som begrundelse for, at førstnævnte gebyr er højere, anføres det, at forholdene er mere komplicerede ved transaktioner i fremmed valuta, der ikke kan cleares gennem en central organisation, således som det er tilfældet med overførsler i selve Forbundsrepublikken, der cleares gennem Deutsche Bundesbank. Endvidere er det nødvendigt at opretholde fonds i fremmede valutaer, træffe ordninger med udenlandske banker og have personale, der kan arbejde med fremmede sprog og udenlandske valutaer.

Banken har afvist, at der foreligger en aftale eller samordnet praksis mellem bankerne i Tyskland eller andet steds, der har til formål eller til følge at fremkalde en situation, som er i strid med artikel 85, og har anført, at der ikke forelå en samordnet praksis, idet banken traf beslutning om det pågældende gebyr uafhængigt af andre. Det er i sig selv ikke tilstrækkeligt til at udgøre en tilsidesættelse af artikel 85, at andre banker beregner samme gebyr. Som enhver anden virksomhed er en bank berettiget til at søge den størst mulige fortjeneste, uden at der dermed foreligger en tilsidesættelse af artikel 85.

Hvis de hidtil omtalte fakta var de eneste oplysninger i sagen, kunne det hævdes, at der ikke forelå tilstrækkelig dokumentation for en samordnet praksis, trods Züchners oplysninger om andre banker. Der foreligger imidlertid yderligere oplysninger. Således fremgår det af svar

på spørgsmål til parterne fra Domstolen, at andre banker i Tyskland beregner samme gebyr, om end de ikke alle anvender beløbet 4 000 DM som grænse for gebyrets anvendelse, samt at praksis med hensyn til mindre beløb varierer. Der er endvidere enighed om, at det faktum, at banken og andre banker beregner det omhandlede gebyr, er — eller må formodes at være — kendt af dem alle.

Disse omstændigheder dokumenterer ikke i sig selv nødvendigvis en samordnet praksis, men de indicerer klart, at der foreligger et forhold, som den forelæggende ret må undersøge.

At gebyret udgør bankens vederlag for tjenesteydelser til kunderne, er irrelevant, hvis opkrævningen eller størrelsen beror på en samordnet praksis, som er forbudt efter konkurrencereglerne. Under normale konkurrencevilkår ville gebyret således muligvis ikke blive opkrævet, eller det ville blive opkrævet med et mindre beløb, således at tab opstået ved denne del af bankens virksomhed blev udlignet ved overskuddet fra andre områder. Det kan ikke udelukkes, at banken ville være parat til at foretage disse overførsler med tab for at holde på kunderne.

Hvis det blev dokumenteret, at der forelå en sådan samordnet praksis vedrørende fastsættelse af gebyrer for pengeoverførsler, ville forholdet efter min mening kunne opfylde den tidligere omtalte betingelse 2., nemlig at den havde til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Selv om formålet med den samordnede praksis ikke er at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, kunne den givetvis have denne følge (der forudsættes at være mærkbar) ved at gøre prisen for de tilbudte tjenesteydelser uafhængig af rent økonomiske faktorer og derved mere eller mindre modvirke en mere effektiv tilvejebringelse af disse tjenesteydelser. Også dette er et spørgsmål, som den forelæggende domstol må undersøge.

For at kunne tage stilling til spørgsmålet må den forelæggende domstol undersøge hele den økonomiske baggrund for den pågældende praksis, i særdeleshed hvor mange banker den omfatter og antallet af overførsler, disse udfører, se hertil sag 23/67, *Brasserie de Haecht* mod *Wilkin*, Sml. 1965-1968, s. 421. Den samordnede praksis' økonomiske betydning kan bedømmes ved at sammenligne summen af disse overførsler med summen af de overførsler, der udføres af de banker, der konkurrerer med deltagerne i den samordnede praksis. Hvis de er af samme størrelsesorden som eksempelvis den aktivitet, der var tale om i sag 19/77, *Miller* mod *Kommissionen*, Sml. 1978, s. 131 (dvs. omkring 5 %) i modsætning til den, der var tale om i sag 56/65, *Technique Minière* mod *Maschinenbau Ulm*, Sml. 1965-1968, s. 211 og sag 5/69, *Völk* mod *Vervaecke*, Sml. 1969, s. 69 (dvs. mindre end 1 %), er den forelæggende ret berettiget til at fastslå, at konkurrencebegrænsningen er væsentlig. Den forelæggende ret kan i denne forbindelse også tage hensyn til størrelsen af de overførsler, der foretages af de banker, der deltager i den samordnede praksis.

For så vidt angår den tredje betingelse — påvirkning af handelen mellem medlemsstater — må den forelæggende ret gennemgå faktum og tage stilling til, hvorvidt der findes et marked for bankers tjenesteydelser, der udstrækker sig til mere end én medlemsstat, og hvorvidt den samordnede praksis er egnet til at påvirke udbudet og efterspørgslen af sådanne ydelser mellem de pågældende medlemsstater. Da påvirkningen af handelen mellem medlemsstater imidlertid kan være indirekte (se eksempelvis de forenede sager 56 og 58/64, *Consten og Grundig* mod *Kommissionen*, Sml. 1965-1968, s. 245, på s. 253) er det tilstrækkeligt, hvis den forelæggende ret kan fastslå, at gebyret for overførsler til udlandet på anden måde er egnet til at påvirke handelen mellem medlemsstater, eksempelvis ved at fordyre køb i udlandet.

Artikel 85, stk. 2, udtaler ikke, at en samordnet praksis er uden retsvirkning, idet formodningen er for, at denne form for kontraktsstridig konkurrencebegrænsning normalt ikke medfører en retlig forpligtelse for parterne til at følge den pågældende praksis. I artikel 85, stk. 1, udtales det derimod udtrykkeligt, at en sådan praksis er forbudt som uforenelig med fællesmarkedet, og den forelæggende ret er forpligtet til at håndhæve dette forbud. Hvilken betydning det har for Züchners forpligtelse til at betale det omhandlede gebyr til banken, at den praksis, som banken har deltaget i, er forbudt (forudsat den forelæggende ret når til dette resultat), skal afgøres i henhold til tysk ret.

Begrebet samordnet praksis indeholder ikke samme omfang af samstemmighed som en aftale eller vedtagelse, men omfatter en række uafhængige handlinger, som tilsammen betyder, at konkurrence erstattes af samarbejde. I modsætning hertil er et af kendemærkerne ved begrebet dominerende stilling som omhandlet i artikel 86, at der er tale om noget ensidigt. Selv om Amtsgerichts spørgsmål nævner både artikel 85 og 86, bør det derfor fremhæves, at kun førstnævnte er anvendelig, hvis der efter det oplyste er tale om en samordnet praksis. Det er imidlertid muligt, at Amtsgericht ved sin stillingtagen til sagens faktum også ønsker at overveje, hvorvidt der efter bevisførelsen er tale om misbrug af en dominerende stilling, snarere end en samordnet praksis.

Hvad herefter angår artikel 86, finder bestemmelsen anvendelse, når tre betingelser er opfyldt: 1. der skal foreligge en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, 2. en eller flere virksomheders misbrug og 3. påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater.

Domstolen har i sag 27/76, *United Brands* mod *Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, på s. 281 og i sag 85/76, *Hoffmann-La Roche* mod *Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, på s. 520, defineret begrebet dominerende stilling.

Ved afgørelsen af, hvorvidt der foreligger en dominerende stilling, må der foretages en analyse af markedets struktur. Af betydning er en række faktorer, af hvilke en af de mere væsentlige (men ikke afgørende) er den pågældende virksomheds andel. Andre faktorer af betydning er virksomhedens opbygning, den nødvendige tekniske viden og ekspertise samt tilgængelige økonomiske ressourcer. For at kunne placere disse

faktorer i deres rigtige økonomiske sammenhæng er det naturligvis nødvendigt, at den forelæggende ret definerer markedets geografiske udstrækning og de tjenesteydelser, der er knyttet til det. Eksempelvis må den forelæggende ret tage stilling til, hvorvidt markedet omfatter alle bankers tjenesteydelser eller kun pengeoverførsler til udlandet, samt om markedet omfatter hele Fællesskabet eller kun til Tyskland.

Hvis retten når til det resultat, at banken indtager en dominerende stilling, må den derefter afgøre, om der foreligger et misbrug heraf som defineret i Hoffmann-La Roche (jf. s. 541). Hvis den forelæggende ret når frem til, at banken i en dominerende stilling har benyttet 1. metoder, der ikke anvendes, hvor konkurrencen er af normalt omfang, som 2. bevirker en yderligere begrænsning af konkurrencens omfang på markedet, kan retten fastslå, at den anden betingelse er opfyldt. Endelig må den naturligvis også tage stilling til, om der har foreligget en påvirkning af handelen mellem medlemsstater.

Sammenfattende er det min opfattelse, at spørgsmålet fra Amtsgericht bør besvares med, at afhængigt af faktum og samtlige sagens oplysninger kan debitering af et fast ekspeditionsgebyr ved kapitaloverførsel og andre betalinger mellem banker inden for fællesmarkedet udgøre en samordnet praksis i strid med EØF-traktatens artikel 85.