CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 29 juni 2006 [1]

I — Inleiding

1. Deze zaak betreft een prejudiciële verwijzing waarin het Tribunal Supremo (Spanje) in het kader van een onderzoek naar de verenigbaarheid met artikel 81 EG van een kredietgegevensbank die tegen betaling toegankelijk is voor de financierings- en kredietinstellingen in Spanje, twee vragen stelt over de uitlegging van die bepaling.

2. Met deze vragen wordt in wezen beoogd te vernemen of een dergelijke databank onder artikel 81, lid 1, EG valt, en zo ja, of die bank door de autoriteiten van een lidstaat kan worden toegelaten ingevolge lid 3 van dat artikel, waarbij het accent dan ligt op de tweede voorwaarde (een billijk aandeel in de voordelen komt de gebruikers ten goede).

3. De vragen zijn gerezen in een cassatieberoep dat de vennootschap ASNEF-EQUIFAX Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito SL (hierna: „ASNEF-EQUIFAX") heeft ingesteld tegen het arrest van 28 november 2001 van de Audienca Nacional tot vernietiging van de toelating die krachtens het Spaanse recht voor een dergelijke databank was verleend.

II — Het rechtskader

A — *Het gemeenschapsrecht*

4. Volgens de vierde overweging van de considerans heeft verordening nr. 1/2003 [2] tot doel, de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten de bevoegdheid te verlenen om niet alleen artikel 81, lid 1, en artikel 82 van het Verdrag, die volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeen-

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Verordening (EG) van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

schappen rechtstreekse werking hebben, maar ook artikel 81, lid 3, van het Verdrag toe te passen.

5. Artikel 3, leden 1 en 2, van deze verordening luidt:

„1. Wanneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties nationaal mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, passen zij tevens artikel 81 van het Verdrag toe op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. [...]

2. De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81, lid 3, van het Verdrag vallen. Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen."

B — *Het nationale recht*

6. Het Spaanse mededingingsrecht is met name geregeld in de Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia van 17 juli 1989 (wet op de concurrentiebescherming; hierna: „LDC"). De artikelen 1 en 3 LDC zijn nagenoeg gelijkluidend aan artikel 81, leden 1 en 3, EG.

7. Volgens artikel 4, lid 1, LDC kan het Tribunal de Defensa de la Competencia (mededingingsrechtbank) de in artikel 1 genoemde overeenkomsten, besluiten, aanbevelingen en feitelijke gedragingen toestaan in de gevallen en onder de voorwaarden genoemd in artikel 3.

III — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

8. De verwijzende rechter beschrijft de context van het hoofdgeding als volgt.

9. Op 21 mei 1998 heeft ASNEF-EQUIFAX, waarvan de Asociación Nacional de Entidades Financieras (nationale vereniging van financieringsinstellingen) een van de vennoten is, op grond van artikel 4 LDC een verzoek ingediend tot toelating van een kredietgegevensbank, die zou worden beheerd door ASNEF-EQUIFAX (hierna: „voorgestelde databank").

10. De voorgestelde databank „heeft tot doel, informatie over solvabiliteit en kredietwaardigheid te verstrekken door middel van geautomatiseerde verwerking van gegevens over de risico's die zich voor de deelnemende instellingen voordoen bij de verstrekking van leningen en kredieten". De informatie in de voorgestelde databank zou nagenoeg gelijk zijn aan die bedoeld in circulaire nr. 3/1995 tot regeling van de Central de Información de Riesgos (centrale voor risico-informatie), die wordt beheerd door de Spaanse centrale bank, welke reeds toegankelijk is voor de financieringsinstellingen in Spanje. Het betreft informatie over de identiteit en de economische activiteiten van debiteuren, alsook over bijzondere situaties zoals faillissement of insolventie.

11. Tegen het negatieve advies van de Servicio de Defensa de la Competencia (dienst mededingingsbescherming van het Ministerie van Economische Zaken en Financiën) in, heeft het Tribunal de Defensa de la Competencia op 3 november 1999 de voorgestelde databank toegelaten voor de duur van vijf jaar, op de volgende uitdrukkelijke voorwaarden: zonder onderscheid toegankelijk zijn voor alle financieringsinstellingen tegen betaling van de desbetreffende heffing; de informatie over de crediteuren in de databank niet openbaar maken.

12. Bij arrest van 28 november 2001 heeft de Audiencia Nacional het beroep toegewezen dat tegen de beschikking van het Tribunal de Defensa de la Competencia was ingesteld door de Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (vereniging van gebruikers van bankdiensten; hierna: „AUSBANC"). De Audiencia Nacional was van oordeel dat de voorgestelde databank de vrije mededinging belemmerde en daarom ingevolge artikel 1 LDC verboden was, en niet kon worden toegelaten ingevolge het bepaalde in artikel 3 LDC, daar niet was voldaan aan de voor toepassing van die bepaling gestelde voorwaarden. De Audiencia Nacional refereerde niet alleen aan het Spaanse recht maar ook aan het gemeenschapsrecht, in het bijzonder aan het arrest John Deere [3].

13. Daar ASNEF-EQUIFAX het met deze beslissing niet eens was, is zij daarvan in cassatie gekomen bij het Tribunal Supremo.

3 — Arrest van 28 mei 1998, John Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111). De Audiencia Nacional refereerde in het bijzonder aan de punten 5, 10, 88 en 123 van dit arrest.

14. Het Tribunal Supremo acht voor de beslechting van het geschil de uitlegging van het gemeenschapsrecht noodzakelijk en verzoekt het Hof zich uit te spreken over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 81, lid 1, EG aldus worden uitgelegd dat akkoorden tussen financieringsinstellingen tot uitwisseling van informatie over solvabiliteit en betalingsachterstanden van hun klanten, verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, voorzover zij het economisch beleid van de Gemeenschap en de gemeenschappelijke kredietmarkt beïnvloeden en leiden tot beperking van de mededinging tussen financierings- en kredietinstellingen?

2) Moet artikel 81, lid 3, EG aldus worden uitgelegd dat een lidstaat via zijn mededingingsinstanties akkoorden tussen financieringsinstellingen tot uitwisseling van informatie door middel van het samenstellen van een databank met kredietinformatie over hun klanten kan toestaan, omdat de invoering van een dergelijke databank voordelen heeft voor de consumenten en gebruikers van deze financiële diensten?"

15. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door ASNEF-EQUIFAX, AUSBANC, de Poolse regering en de Commissie. Op 26 april 2006 heeft een terechtzitting plaatsgevonden.

IV — Beoordeling

A — *De ontvankelijkheid*

16. Er zijn twee typen vraagtekens gezet bij de ontvankelijkheid:

— het gaat om de toepassing van het nationale recht (door de Commissie ingebracht punt);

— er zijn geen consequenties voor de handel tussen lidstaten (door AUSBANC ingebracht punt).

17. De Commissie stelt dat de beslissing van het Tribunal de Defensa de la Competencia niet is gebaseerd op artikel 81 EG maar op de overeenkomstige bepalingen van Spaans recht (artikelen 1 en 3 LDC), hetgeen de vraag doet rijzen of het verzoek ontvankelijk is. De Commissie betwijfelt in dit verband of, aangezien het verzoek is gedaan in het kader

van een cassatieprocedure, het Tribunal Supremo bepalingen kan toepassen die niet zijn toegepast door de lagere instanties (noch door het Tribunal de Defensa de la Competencia, noch door de Audienca Nacional) in hun beslissing.

18. De Commissie merkt op dat de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing wel verklaart dat artikel 81 EG op deze zaak van toepassing is, maar niet uitlegt waarom. Meer in het bijzonder merkt de Commissie op dat:

— hetzij het nationale recht een vergelijkbare uitlegging eist (zoals in de zaak Leur-Bloem [4]); de Commissie is van mening dat deze situatie zich in casu niet voordoet;

— hetzij artikel 81 EG rechtens geen enkele rol speelt in de zaak en de gegeven uitlegging dus niet relevant zou zijn voor de verwijzende rechter (zoals in de zaak Kleinwort Benson [5]); in dat geval zou het Hof niet bevoegd zijn om zich uit te spreken over de prejudiciële vragen;

— hetzij, al zou artikel 81 niet rechtstreeks van toepassing zijn op deze zaak, een uitlegging noodzakelijk kan zijn voor de eerbiediging van de voorrang van het gemeenschapsrecht op het nationale recht.

19. Wat deze laatste mogelijkheid betreft, benadrukt de Commissie dat gevraagd wordt om een uitspraak over de wettigheid van een beslissing uit 2001, dus toen de verplichting uit hoofde van verordening nr. 1/2003 nog niet gold.

20. Gelet op de vaste rechtspraak op dit gebied, ben ik van mening dat deze prejudiciële verwijzing ontvankelijk moet worden geacht. Volgens die rechtspraak is het Hof in beginsel verplicht zich uit te spreken wanneer de vragen de uitlegging van het gemeenschapsrecht betreffen, en kan het alleen weigeren te antwoorden wanneer er geen verband bestaat tussen de gevraagde uitlegging en het reële geschil of het onderwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de voor zijn antwoord noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens. [6]

4 — Arrest van 17 juli 1997 (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161).

5 — Arrest van 28 maart 1995 (C-346/93, Jurispr. blz. I-615).

6 — Zie arrest van 10 januari 2006, IATA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 24, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punt 16, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21. Het is duidelijk dat in deze zaak die redenen voor niet-ontvankelijkverklaring van een prejudiciële verwijzing zich niet voordoen.

22. In de eerste plaats is het Tribunal Supremo blijkens de verwijzingsbeslissing van oordeel dat „[h]et arrest [van de Audiencia Nacional] berust op de in de artikelen 1 en 3 [LDC] vastgestelde rechtsbeginselen en op het voormalige artikel 85 EG-Verdrag, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie [...]"

23. Bovendien heeft het Tribunal Supremo verklaard dat met dit verzoek om een prejudiciële beslissing, waarin de verplichting tot samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de gemeenschapsrechter tot uitdrukking komt, de voorkoming van uiteenlopende en tegenstrijdige uitleggingen wordt beoogd.

24. Zelfs al is discutabel of de Audiencia Nacional haar beslissing heeft gebaseerd op artikel 81 EG (door voor de uitlegging van de bepalingen van de LDC met vergelijkbare inhoud uitsluitend te refereren aan de communautaire rechtspraak), is de verwijzing derhalve ontvankelijk.

25. In de tweede plaats is het, wat de functie van een cassatierechter betreft, zoals ik reeds heb aangegeven in mijn conclusie in de zaak Manfredi [7], niet aan het Hof om zich erover uit te spreken of en in hoeverre de verwijzende rechter buiten het geding is getreden, zoals de Commissie lijkt te suggereren.

26. Wat verordening nr. 1/2003 betreft (toepasselijkheid ratione temporis daarvan), is duidelijk dat er verschillen bestaan, of liever gezegd nuances, tussen de juridische situatie vóór en na de inwerkingtreding van deze verordening.

27. Het eerste verschil is dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties sinds die inwerkingtreding bevoegd zijn om artikel 81 EG in zijn geheel toe te passen.

28. Het tweede in dit verband te noemen verschil is dat de bevoegdheid om het gemeenschapsrecht toe te passen is omgezet in een verplichting (indien is voldaan aan het criterium van beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten). Wanneer de voorwaarden voor toepasselijkheid van de artikelen 81 EG en 82 EG zijn vervuld, hebben de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties de verplichting om deze bepalingen toe

7 — Conclusie van 26 januari 2006, Manfredi e.a. (C-295/04-C-298/04, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 25).

te passen in de bij hen aanhangige geschillen. Vóór de inwerkingtreding van de verordening moest een mogelijk conflict in geval van parallelle toepassing van het gemeenschapsrecht en het nationale recht worden opgelost volgens het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht. [8] Thans bevat verordening nr. 1/2003 een meer expliciete samenloopregel. In artikel 3, lid 2, van de verordening is bepaald dat, wanneer overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet worden verboden door artikel 81, zij niet mogen worden verboden door het mededingingsrecht van de lidstaten.

29. Weliswaar was op het ogenblik dat het Tribunal de Defensa de la Competencia en de Audiencia Nacional hun beslissing namen, verordening nr. 1/2003 nog niet van toepassing. Niettemin wordt de huidige situatie beheerst door deze norm: de te nemen beslissing zal immers van invloed zijn op het functioneren van de voorgestelde databank, hetzij omdat de databank al is samengesteld (in dat geval is het zinvol om te weten of artikel 81 EG daaraan al dan niet in de weg staat), hetzij omdat de samenstelling is vertraagd in afwachting van de te nemen beslissing (indien artikel 81 EG daaraan niet in de weg staat, kan zij operationeel worden). [9]

30. Ten slotte betreft de bewering van AUSBANC dat de voorgestelde databank geen merkbare invloed heeft op de handel tussen lidstaten, rechtstreeks de toepasselijkheid van artikel 81 EG op de feitelijke situatie in het hoofdgeding. Deze bewering staat ter beoordeling van de nationale rechter en is irrelevant voor de ontvankelijkheid van de aan het Hof gestelde vragen. [10]

B — *De zaak ten gronde*

De eerste vraag

31. De eerste vraag is, of een systeem voor gegevensuitwisseling tussen kredietinstellingen al dan niet in strijd is met artikel 81, lid 1, EG.

32. De voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 81 EG zijn 1) ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en 2) beperking van de mededinging.

33. Wat betreft de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten wordt, zoals de Commissie heeft opgemerkt, in de verwij-

8 — Zie arrest van 13 februari 1969, Wilhelm (14/68, Jurispr. blz. 1).

9 — Of de databank reeds operationeel is, is niet bekend.

10 — Zie arrest Bronner (aangehaald in voetnoot 6, punt 21).

zingsbeslissing inderdaad niet in detail uiteengezet in welk opzicht de voorgestelde databank de handel tussen lidstaten ongunstig zou kunnen beïnvloeden. Volgens mij is duidelijk dat de rechter a quo stilzwijgend van mening is dat aan deze voorwaarde is voldaan, niet alleen omdat hij zijn vragen concentreert op de tweede voorwaarde, maar ook omdat de formulering van de vragen daarvoor pleit. Aangezien a) de voorgestelde databank bestemd lijkt te zijn voor gebruik in heel Spanje en b) de financiële sector meer en meer grensoverschrijdend opereert, lijkt mij dat deze voorwaarde stellig is vervuld. Hoe het ook zij, het is aan de verwijzende rechter om te beslissen of dit werkelijk het geval is.

34. Dienaangaande volgt uit de vaste rechtspraak van het Hof dat het voldoende is dat de mededingingsregeling de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden. [11] Uit de rechtspraak volgt tevens dat aan de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is voldaan, wanneer een geheel van objectieve bestanddelen, feitelijk en rechtens, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doet verwachten dat een overeenkomst tussen ondernemingen, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op de handel tussen lidstaten invloed kan uitoefenen. [12] De verwijzingsbeslissing bevat geen precieze indicaties over de omvang, ratione loci en ratione personae, van het vermeende kartel. Er mag echter van worden uitgegaan dat de deelneming aan de voorgestelde databank openstaat voor alle kredietinstellingen, ongeacht hun vestigingsplaats, die op de Spaanse markt actief zijn. [13] In elk geval is eveneens vaste rechtspraak dat het enkele feit dat een kartel uitsluitend ondernemingen betreft die in één lidstaat zijn gevestigd, niet betekent dat het het intracommunautaire handelsverkeer niet kon beïnvloeden. [14] Bovendien heeft het Hof er herhaaldelijk aan herinnerd dat een kartel dat het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar zijn aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist. [15]

35. Wat de tweede „voorwaarde" voor strijdigheid van een akkoord of een onderling afgestemde feitelijke gedraging met artikel 81, lid 1, EG betreft, dit moet „ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst". Derhalve moet in de eerste plaats worden nagegaan of het akkoord of de onderling afgestemde feitelijke gedraging een met de mededinging strijdige strekking heeft. Zo ja, dan is het verbod van artikel 81, lid 1, EG van toepassing, ongeacht de gevolgen. Is de strekking niet, de mededinging te beperken of te verstoren, dan moet worden nagegaan of het een dergelijk gevolg heeft. [16]

11 — Zie arrest van 1 februari 1978, Miller/Commissie (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 15).

12 — Zie met name arresten van 9 juli 1969, Völk (5/69, Jurispr. blz. 296, punt 5); 10 juli 1980, Lancôme en Cosparfrance (99/79, Jurispr. blz. 2511, punt 23), en 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22).

13 — Dit is door de vertegenwoordiger van ASNEF-Equifax tijdens de terechtzitting bevestigd.

14 — Arrest van 11 juli 1989, Belasco/Commissie (246/86, Jurispr. blz. 2117).

15 — Arrest van 19 februari 2002, Wouters (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 95, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

16 — Zie ter illustratie arresten van 30 juni 1966, Société Technique Minière (56/65, Jurispr. blz. 337); 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer/Commissie (45/85, Jurispr. blz. 405, punt 39), en 28 februari 1991, Delimitis (C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 13).

36. Het is vaste rechtspraak dat voor de beoordeling of een akkoord als verboden moet worden beschouwd wegens de vervalsing van de mededinging die het tot gevolg heeft, de mededinging moet worden bezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder het litigieuze akkoord zou afspelen. Bij die beoordeling moet zowel met de reële als met de potentiële gevolgen van het akkoord voor de mededinging rekening worden gehouden. [17] Bovendien kan de vraag of een akkoord in overeenstemming is met de mededingingsregels niet in abstracto worden beoordeeld. Deze beoordeling moet plaatsvinden binnen de economische en juridische context van de zaak, rekening houdend met de aard van het product of de dienst en met de structuur van de markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert. [18] Een akkoord ontkomt echter alleen aan het verbod van artikel 81 wanneer het de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt. [19]

37. Bovendien moet worden benadrukt dat het aan artikel 81, lid 1, EG ten grondslag liggende beginsel is dat de ondernemer zijn marktgedrag zelfstandig bepaalt. [20]

38. Wat meer speciaal de uitwisseling van informatie betreft, lijkt het mij zinvol erop te wijzen dat die uitwisseling de vorm kan hebben van een akkoord, van een besluit van een ondernemersvereniging of van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. De uitwisseling van gegevens kan een ondergeschikt punt zijn of het nagestreefde doel. In geval van een kartel over bijvoorbeeld de prijzen, waarvoor de uitwisseling van informatie van ondergeschikt belang is, is de beperking van de zelfstandigheid het gevolg van dit prijsakkoord. Het is even goed mogelijk dat de gegevensuitwisseling zelf ten gevolge heeft dat de mededinging in andere banen wordt geleid.

39. Niettemin zijn akkoorden voor de uitwisseling van informatie niet automatisch verboden, maar slechts onder bepaalde omstandigheden.

40. De verspreiding en uitwisseling van informatie tussen concurrenten en het creëren van een transparante markt kunnen neutraal of zelfs positief zijn voor de competitieve structuur van de markt. Het is algemeen bekend dat ondernemersverenigingen met regelmaat informatie verzamelen over prijzen, rendement, capaciteit en investeringen, ter verspreiding onder hun leden, die daarvan gebruik kunnen maken voor het bepalen van hun eigen strategie. Zoals in de rechtspraak is opgemerkt, „kan de transparantie tussen de marktdeelnemers op een markt met echte concurrentie de concurrentie tussen de aanbieders verscherpen". [21]

17 — Zie arresten Société Technique Minière en Delimitis, reeds aangehaald.

18 — Arresten van 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Jurispr. blz. I-4515, punt 10), en 15 december 1994, DLG (C-250/92, Jurispr. blz. I-5641, punt 31).

19 — Arrest van 9 juli 1969, Völk, aangehaald in voetnoot 12, punt 7.

20 — Zie bijvoorbeeld arrest John Deere/Commissie (aangehaald in voetnoot 3, punt 86), en arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 116).

21 — Arrest Gerecht van 27 oktober 1994, John Deere/Commissie (T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punt 51); arrest John Deere/Commissie (aangehaald in voetnoot 3, punten 88-90), en arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 84).

41. Het spreekt vanzelf dat uitwisseling van informatie ook negatieve gevolgen kan hebben. Over het algemeen hangt de vraag of informatie-uitwisseling wettig of onwettig is, af van de volgende factoren: 1) de aard en de inhoud van de uitgewisselde informatie (globaal of gedetailleerd) en 2) de structuur van de betrokken markt (oligopolistisch of versnipperd). Ook de frequentie van de uitwisseling is van belang.

42. Wat de eerste factor betreft, is de uitwisseling van statistische of historische gegevens over het algemeen minder problematisch dan de uitwisseling van recente gegevens of prognoses. Geglobaliseerde marktgegevens zijn in beginsel wettig, mits daaruit niet de identiteit en de marktstrategie van een individuele concurrent kan worden opgemaakt. Of de mate van globalisering het mogelijk maakt, de strategie van de concurrent te achterhalen, hangt uiteindelijk af van het aantal concurrenten. Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat elke ondernemer die deelneemt aan een uitwisseling, onafhankelijk en zelfstandig moet optreden.

43. Wat de structuur van de markt betreft, is duidelijk dat ondernemingen op een oligopolistische markt sterker geneigd zullen zijn hun gedrag aan elkaar aan te passen. Informatie-uitwisseling kan dan de waarschijnlijkheid van collusie vergroten. Daarom wordt de uitwisseling van bepaalde informatie als onwettig beschouwd op een oligopolistische markt of, ook wanneer de betrokken markt niet oligopolistisch is, een sterk geconcentreerde markt, en niet op een markt met echte mededinging (een versnipperde markt). [22]

44. In casu zijn partijen voornemens informatie uit te wisselen over de solvabiliteit van personen die een lening afsluiten.

45. Ik merk op dat in nagenoeg alle landen een of ander systeem van kredietinformatie bestaat, in de vorm van een register beheerd door een overheidsinstantie, een particuliere instelling of een instelling met een gemengde rechtsvorm. Dergelijke registers bevatten gegevens van negatieve aard (onder meer debiteuren die bijzondere risico's opleveren: wanbetalers) en/of gegevens van neutrale of positieve aard (bijvoorbeeld informatie over de schuldenlast van alle leningontvangers). Het achterliggend motief van een land om een dergelijk systeem te ontwikkelen of te stimuleren, is, eraan bij te dragen dat situaties worden voorkomen waarin de consument zich te diep in de schulden steekt en tevens dat de risico's voor de crediteur worden beperkt.

46. Het voorgestelde register bevat negatieve gegevens (zoals wanbetaling) en positieve (zoals creditsaldo's, borgstellingen, zekerheden en garanties, leasingoperaties of tijdelijke

22 — Arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (aangehaald in de vorige voetnoot, punt 86).

vrijmaking van activa). Bovendien bestaat er reeds een informatieregister, dat wordt beheerd door de Spaanse centrale bank. Deze twee registers bevatten kennelijk min of meer dezelfde gegevens, behalve dat het voorgestelde register een „on line" register is (dat wil zeggen dat de gegevens elektronisch, dus sneller, worden overgebracht) en, daar er geen minima zijn vastgesteld, dat het ook gegevens bevat over kleine kredietnemers.

47. Op het eerste gezicht lijkt het akkoord (de vorming van de voorgestelde databank) op zich niet als strekking te hebben, zelfstandig marktgedrag te beletten, noch van de kredietaanvragers, noch van de kredietverstrekkers. Aangezien het register dus niet de strekking lijkt te hebben, de mededinging te beperken, moet worden bezien of het tot gevolg heeft dat het de mededinging beperkt of vervalst.

48. Zoals hiervóór opgemerkt, is de beschikbaarstelling van informatie voor individueel gebruik niet automatisch een activiteit met concurrentievervalsende werking.

49. In deze context moet worden benadrukt dat de identiteit van de crediteur direct noch indirect mag worden bekendgemaakt aan de ondernemingen die toegang hebben tot het register. Anders zou het mogelijk zijn, de positie of de handelsstrategie van de concurrentie te achterhalen. De door het Tribunal de Defensa de la Competencia gestelde en door ASNEF-EQUIFAX geaccepteerde voorwaarde zorgt ervoor dat de gegevens van de kredietverstrekker niet worden prijsgegeven.

50. Ook is van belang dat het systeem openstaat voor alle ondernemers die op dit gebied actief zijn. Anders zou het bepaalde ondernemers benadelen, daar degenen die geen toegang tot het register hebben, over minder informatie beschikken voor de inschatting van hun risico, en zou het tevens niet bevorderlijk zijn voor de toegang van nieuwe spelers tot de markt. [23]

51. Aangezien de informatie-uitwisseling geen enkel verband vertoont met de identiteit van de crediteur, en de kredietinstanties die toegang tot het register hebben deze informatie zullen gebruiken om hun beslissing te baseren op hun maximale risicocapaciteit en aan de hand van hun commerciële beleid, rest slechts de vraag of dit type informatie-uitwisseling andere concurrentievervalsende gevolgen kan hebben, zoals collusiegedrag.

23 — Aan dit vereiste lijkt te zijn voldaan. In haar schriftelijke opmerkingen heeft ASNEF-Equifax verklaard: „Tot de deelnemers aan de samenstelling van deze databank behoren organisaties en ondernemers uit de financiële sector van zeer verschillende omvang en betekenis [...]", en „klanten met sterk uiteenlopende profielen, van banken en spaarkassen tot onroerendgoedmaatschappijen en autoverhuurbedrijven voor korte en langere termijn, van grootwinkelbedrijven tot detailhandelaren, enz.".

52. Op het eerste gezicht lijkt een systeem als dit niet te bestaan in de vestiging van een gemeenschappelijk belang of in de uitsluiting van bepaalde categorieën klanten. Het doel van een systeem van uitwisseling van kredietinformatie is het beperken van de risico's (risk management). Dat houdt verband met het uiteenlopend karakter van de informatie die door de kredietinstellingen bij hun (potentiële) klanten kan worden verzameld. Een dergelijk systeem kan een positief effect hebben op de beheersing van de aan deze economische activiteit verbonden risico's.

53. Ik wil in dit verband benadrukken dat de rechtspraak niet de algehele eliminatie van onzekerheid verbiedt, maar alleen van bepaalde onzekere factoren, in het bijzonder onzekerheid over het gedrag van concurrenten op de markt. Waar het in het onderhavige geval om gaat, is de onzekerheid betreffende de solvabiliteit van een klant.

54. De activiteit van kredietverlening bestaat in het tijdelijk ter beschikking stellen van kapitaal aan een derde tegen vergoeding (de rente). De rente is met name afhankelijk van een risico-element verband houdend met de mogelijkheid dat de wederpartij zijn verplichtingen niet behoorlijk nakomt. Zoals de Commissie onder verwijzing naar de economische theorie heeft opgemerkt, zal de door de financieringsinstelling verlangde vergoeding voor een deel bestaan uit premie ter verzekering van het niet-nakomingsrisico. Wanneer er met betrekking tot dit risico geen gegevens beschikbaar zijn, levert dat een probleem van ongelijke informatie op. Het is in dat geval onmogelijk het risico goed in te schatten en de neiging bestaat dus om alle debiteuren dezelfde prijs te berekenen, welke te hoog is voor de categorie die het minste niet-nakomingsrisico oplevert.

55. Zolang elke ondernemer zijn op de gemeenschappelijke markt te voeren beleid en de voorwaarden die hij zijn klanten wil bieden, zelfstandig bepaalt, zal het samenstellen van een bestand als in casu wordt voorgesteld, vanuit mededingingsoogpunt niet op problemen stuiten.

56. Eventuele problemen in verband met de gevoeligheid van persoonlijke gegevens kunnen worden opgelost met andere middelen, zoals wetgeving op het gebied van de bescherming van deze gegevens. Duidelijk is dat op een of andere manier aan de betrokken debiteuren moet worden meegedeeld welke gegevens geregistreerd zijn, en dat hun het recht moet worden gegeven om de op hen betrekking hebbende gegevens in te zien en zo nodig te laten corrigeren. Dit punt lijkt te zijn geregeld, gezien de Spaanse wetgeving ter zake en bepaling 9 van het reglement van het register.

De tweede vraag

57. De tweede vraag houdt in, of artikel 81, lid 3, EG het een bevoegd orgaan van een lidstaat mogelijk maakt, akkoorden tot de uitwisseling van informatie van het in geding zijnde type toe te staan op grond dat de gebruikers, dat wil zeggen de klanten van de financieringsinstellingen, bij die diensten voordeel hebben.

58. Hoewel deze vraag hiervóór al impliciet is beantwoord, zal ik er nog kort op ingaan.

59. Zoals ik hiervóór heb uiteengezet, zijn de nationale rechters en autoriteiten sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 bevoegd om artikel 81 EG in zijn geheel toe te passen. Volgens deze verordening is een voorafgaande beslissing niet noodzakelijk ingeval het akkoord onder artikel 81, lid 1, EG valt en voldoet aan de cumulatieve voorwaarden van lid 3.

60. Verschillende lidstaten hebben hun nationale mededingingsrecht in die zin aangepast dat in nationaal verband een stelsel van wettigheid behoudens uitzondering geldt. Andere lidstaten hebben daarentegen nog altijd een toelatingsstelsel. Hoe het ook zei, zodra artikel 81 EG van toepassing is, zelfs in geval van parallelle toepassing, moet een akkoord dat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG voldoet, van rechtswege worden toegelaten.

61. De verwijzende rechter concentreert zich met name op de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG, uit hoofde waarvan „een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede" moet komen.

62. Zoals gezegd, kan een nauwkeuriger inschatting van het risico tot uitdrukking komen in een algehele verlaging van de kosten van kredietoperaties, hetgeen over het algemeen gunstig is voor de consument. Een betere kennis van het risico kan echter leiden tot onderscheid tussen goede debiteuren (minder risico, dus lagere rente) en slechte debiteuren (die meer betalen of aan wie mogelijk krediet geweigerd wordt).

63. Het is niettemin niet noodzakelijk dat alle individuele consumenten van deze praktijk voordeel hebben. Het gaat erom dat de gevolgen voor de consumenten over de gehele linie gunstig zijn.

V — Conclusie

64. Gezien het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van het Tribunal Supremo te beantwoorden als volgt:

„Artikel 81, lid 1, EG moet aldus worden uitgelegd dat een akkoord tot uitwisseling tussen financieringsinstellingen van informatie over solvabiliteit en betalingsachterstanden van hun klanten, waarmee niet de identiteit van de crediteur kan worden achterhaald en dat niet discriminerend is ten aanzien van de voorwaarden voor toegang tot en gebruik van het systeem door op de kredietmarkt actieve ondernemers, in beginsel niet tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt."