

**Sag C-298/22**

**Anmodning om præjudiciel afgørelse**

**Dato for indlevering:**

4. maj 2022

**Forelæggende ret:**

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal)

**Afgørelse af:**

3. maj 2022

**Sagsøgere:**

Banco BPN/BIC Português, SA

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA –, filial i Portugal

Banco Português de Investimento SA (BPI)

Banco Espírito Santo SA, under likvidation

Banco Santander Totta SA

Barclays Bank Plc

Caixa Económica Montepio Geral – Caixa Económica Bancária, SA

Caixa Geral de Depósitos, SA

Unión de Creditos Inmobiliarios, SA – Estabelecimento Financeiro de Crédito SOC

Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo CRL

Banco Comercial Português, SA

**Sagsøgt:**

Autoridade da Concorrência

**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn) 1. Afdeling – J1**

[Udelades] angivelse af den nationale domstols og Domstolens adresser]

Reference: 353845 Sag (administrativ overtrædelse) 225/15.4YUSTR-W

Sagsøgt: Autoridade da Concorrência  
Sagsøgere: Banco BIC Português, SA m.fl.  
Dato: 3. maj 2022

**Genstand: Anmodning om præjudiciel afgørelse med anmodning om en fremskyndet procedure (artikel 105 i Domstolens procesreglement)**

Denne anmodning om præjudiciel afgørelse er fremsat i henhold til artikel 267, litra a), i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter »TEUF«) og artikel 19, stk. 3, litra b), i traktaten om Den Europæiske Union med følgende ordlyd:

**Angivelse af parterne**

[Udelades: angivelse af parternes repræsentanter].

**Anmodning om præjudiciel afgørelse**

**I. Tvistens genstand og relevante faktiske omstændigheder**

I denne administrative sanktionsprocedure har Autoridade da Concorrência [konkurrencemyndigheden] foreholdt hver af de berørte enheder at have begået en administrativ overtrædelse, der er omhandlet og sanktioneret i henhold til artikel 9 i Lei da Concorrência<sup>1</sup> (lov nr. 19/2012 af 8.12.12, herefter »konkurrenceloven«)

<sup>1</sup> Artikel 9

Aftaler, samordnet praksis og beslutninger mellem virksomhedssammenslutninger

1. – Aftaler mellem virksomheder, samordnet praksis mellem virksomheder og vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger, der har til formål eller til følge at hindre, fordreje eller begrænse konkurrencen på hele eller en del af et nationalt marked, er forbudt, og navnlig sådanne, som består i

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre betingelser for operationer

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

d) anvendelse af ulige vilkår for forretningspartnere for tilsvarende tjenesteydelser, som dermed sætter disse i en konkurrencemæssigt ugunstig situation

(tidligere artikel 4 i lov nr. 18/2003) og artikel 101 TEUF samt artikel 68 og 69 i konkurrenceloven, og pålagde hver af dem en bøde på højst 10% af omsætningen i det regnskabsår, der gik umiddelbart forud for den endelige administrative afgørelse.

Idet sagsøgerne var utilfredse med den afgørelse, hvorved de blev sanktioneret, lagde de sag an ved Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn), som udøver som sin fulde prøvelsesret og har afholdt retsmøde og domsforhandling i overensstemmelse med nærhedsprincippet, kontradiktionsprincippet og princippet om offentlighed <sup>2</sup>.

Efter anmodning fra alle sagens parter og efter afgørelse truffet af retten blev der fremlagt mundtlige og skriftlige beviser, indhentet erklæringer fra de juridiske repræsentanter for de sagsøgte, som ønskede at afgive dem, samt afgivet erklæringer fra forfatterne til *økonomiske undersøgelser*.

De sidste indlæg er blevet afgivet, og retten har truffet endelig afgørelse om de faktiske omstændigheder, der anses for bevist eller ikke bevist (artikel 75, stk. 1, i Regime Geral das Contra-ordenações (den generelle ordning for administrative overtrædelser)).

På grundlag af de fremlagte beviser, og efter at parterne er blevet hørt, **anses det følgende for bevist:**

#### Arten af de udvekslede oplysninger

Sagsøgerne deltog i en udveksling af oplysninger i forbindelse med lån til finansiering af fast ejendom, forbrugslån og lån til virksomheder vedrørende i) nuværende og fremtidige forretningsbetingelser og -vilkår (fuldstændige tabeller over kreditspænd (*spread*), lånekapacitet og risikovariabler), som på tidspunktet for udvekslingen – henset til den udtømmende og systematiserede karakter af de udvekslede oplysninger – ikke var offentligt tilgængelige og ii) hver banks månedlige produktionstal, opdelt data om ydede lån i euro for den foregående

e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at de andre kontrahenter godkender tillægsydelse, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

f) i forbindelse med levering af varer eller tjenesteydelser i forbindelse med indkvartering i turistområder eller lokale indkvarteringssteder at bestemme, at den anden kontraherende part eller enhver anden enhed ikke på en elektronisk platform eller i en fysisk virksomhed må tilbyde priser eller andre salgsbetingelser for den samme vare eller tjenesteydelse, som er mere fordelagtige end dem, der tilbydes af en mellemmand, der handler via en elektronisk platform.

2. – Bortset fra de tilfælde, der anses for berettigede i henhold til følgende artikel, er aftaler mellem virksomheder og vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger, der er forbudt i henhold til foregående stykke, ugyldige.

<sup>2</sup>– [Udelades: processuelle formaliteter]

måned, som ikke var offentligt tilgængelige i opdelt form fra nogen anden kilde på tidspunktet for udvekslingen eller efterfølgende.

De ovennævnte forretningsbetingelser, der blev udvekslet mellem sagsøgerne, vedrørte nuværende og fremtidige data.

### **Koordineringens form**

Med hensyn til den form udvekslingen af oplysningerne antog og varigheden heraf, fandt denne sted mellem maj 2002 og marts 2013 i henhold til en fast etableret fremgangsmåde (via telefon eller e-mail), bilateralt eller multilateralt, gennem institutionaliserede kontakter, der foregik via faste kontaktpunkter og med ledelsens fulde kendskab hertil og på gensidig basis.

### **Formål**

Udvekslingen af oplysninger gjorde det muligt for sagsøgerne at få detaljerede, systematiserede, ajourførte og nøjagtige oplysninger om konkurrenternes tilbud, hvilket mindskede usikkerheden om konkurrenternes strategiske adfærd, reducerede risikoen for kommercielt pres og gjorde det muligt for dem at tilpasse sig hinanden gennem uformel koordinering.

Udvekslingen øgede på fordrejende måde markedsgennemsigtigheden, idet der var en betydelig uoverensstemmelse mellem den forståelighed, systematik og enkelhed, som de pågældende enheder anvendte i behandlingen af de oplysninger, der blev udvekslet med konkurrenterne, og den måde, hvorpå disse oplysninger blev stillet til rådighed for forbrugerne, nemlig på en ufuldstændig og kompleks måde, der var spredt ud på markedet.

### **Juridisk og økonomisk kontekst**

Sagsøgerne er *kreditinstitutter*, dvs. virksomheder, hvis virksomhed består i at modtage indlån eller andre tilbagebetalingspligtige midler fra offentligheden og yde lån for egen regning, og som er underlagt særlige regler for adgang til og udøvelse af bankvirksomhed (tilsynsregler) og for deres adfærd på markedet (adfærdsrestriktioner).

Det er Banco de Portugal [Portugals centralbank], der i samarbejde med Den Europæiske Centralbank har ansvaret for at føre tilsyn med kreditinstitutter og overvåge disses adfærd.

Selv om der var 30 kreditinstitutter i Portugal, var ca. 78% af alle bankaktiver i hele den nationale sektor i 2013 koncentreret i de fem største kreditinstitutter, der opererer på det nationale område, nemlig sagsøgerne CGD, BCP, BES, BPI og Santander.

C4-indekset, som repræsenterer vægten af de fire største kreditinstitutter i forhold til de samlede aktiver, svarer til mere end halvdelen af hele markedet, nemlig

69%. C5-indekset ligger over tærsklen på 75% og svarer til ca. 78% af det nationale banksystem.

Hvis man tager det sjette største kreditinstitut, det omhandlede institut Caixa Económica Montepio Geral, med i betragtning, når C6-indekset op på en koncentrationsgrad på 83%.

Aktivitetsindikatoren og kreditinstitutternes aktiver viser, at de seks største kreditinstitutter i landet kontrollerede mere end 80% af de samlede aktiver i det nationale banksystem <sup>3</sup>.

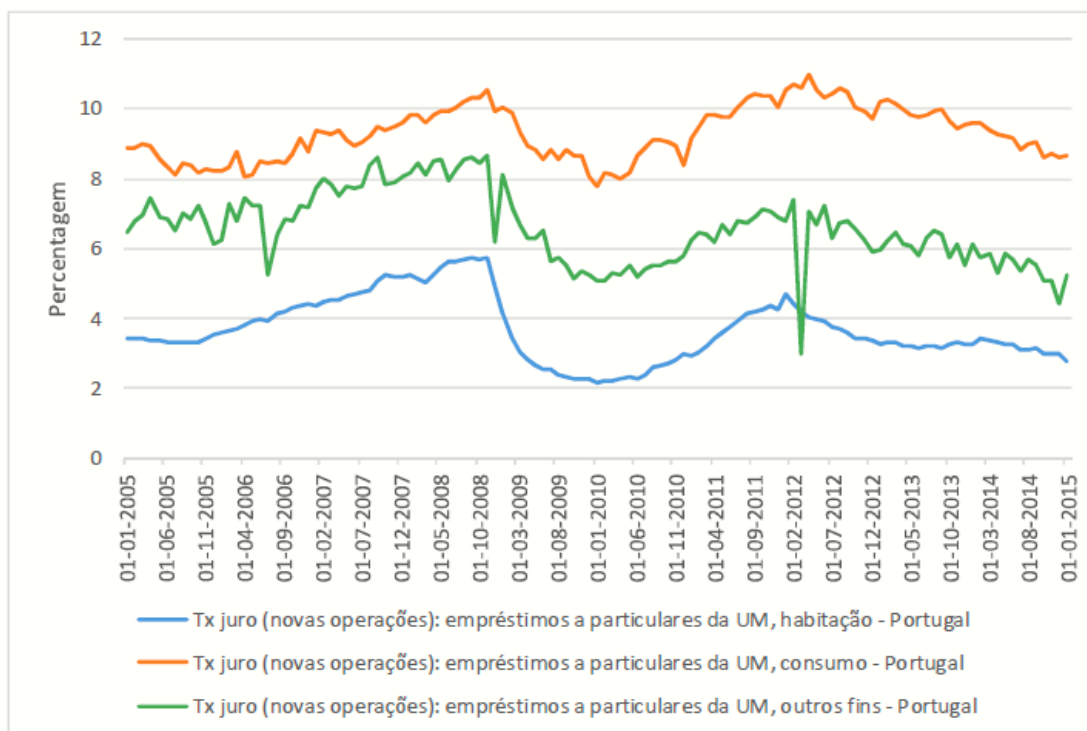
**Figur I:** udviklingen i rentesatserne for nye lån til finansiering af fast ejendom, forbrugslån og andre lån ydet af andre monetære finansielle institutioner <sup>4</sup> med hjemsted i Portugal til privatpersoner bosiddende i euroområdet i perioden fra januar 2005 til januar 2015 <sup>5</sup>.

<sup>3</sup>– I undersøgelsen *Mobilidade no Setor da Banca a Retalho em Portugal* [Mobilitet i sektoren for detailbankydelse i Portugal], Autoridade da Concorrência, Banco de Portugal, december 2009, blev det konkluderet, at der var hindringer for kundernes mobilitet i forbindelse med løbende konti, nemlig søgningsomkostninger, transaktionsomkostninger og bureaukratiske omkostninger i forbindelse med lukning og åbning af en konto.

Samme undersøgelse konkluderede, at overdragelsesprocenten for gamle aftaler vedrørende fast ejendom mellem portugisiske banker i 2003, 2006 og 2007 var meget lav, nemlig kun to overdragelser pr. 100 låneaftaler om finansiering af fast ejendom, mens EU-27-gennemsnittet ligger på 14 overdragelser pr. 100 aftaler.

<sup>4</sup>– Delsektoren andre monetære finansielle institutioner omfatter banker, sparekasser og landbrugskreditinstitutter samt ejendomsmarkedsfonde.

<sup>5</sup>– Kilde: Autoridade da Concorrência på grundlag af data fra den portugisiske centralbank om rentesatser for nye lån til finansiering af fast ejendom, forbrug og andre formål, der ydes af andre monetære finansielle institutioner med hjemsted i Portugal til personer bosiddende i euroområdet.



Kreditinstituttet kan frit fastsætte kreditspændet for hver enkelt aftale under hensyntagen til bl.a. forholdet mellem lånebeløbet og værdien af den ejendom, der skal erhverves/opføres (belåningsgraden), og kreditrisikoen ved kunden. Afhængigt af kreditinstituttets forretningsstrategi kan kreditspændet reduceres, hvis der tilkøbes andre valgfrie produkter (kombinationssalg) <sup>6</sup>.

Lån til finansiering af fast ejendom er meget vigtige produkter for den portugisiske banksektor, da de udgør en meget stor del af de samlede lån til privatpersoner (i det seneste årti udgjorde de ca. 89% af finansieringsløsningerne til privatpersoner <sup>7</sup>).

I modsætning til udviklingen i Euribor er de kreditspænd, som de finansielle institutioner anvender på nye lån til finansiering af fast ejendom, steget betydeligt siden midten af 2008.

Det kraftige fald i Euribor giver anledning til en vedvarende stigning i de gennemsnitlige kreditspænd, hvilket dæmper det rentefald, der ville følge af det kraftige fald i Euribor.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Jf: *Estatísticas Monetárias e Financeiras* [Monetære og finansielle statistikker], Banco de Portugal, 2015, tabel B.4.1.4, tilgængelig på <https://www.bportugal.pt/publications/banco-de-portugal/2015/123> og <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/bedez15.pdf>, besøgt den 4. september 2019, side 88060 til 88106v

Omfanget af lån til finansiering af fast ejendom, der blev ydet til privatpersoner, faldt mellem slutningen af 2010 og mindst indtil december 2014.

I 2010 og 2011 steg renten på forbrugslån igen i takt med den kraftige og vedvarende stigning i kreditspændet, som i begyndelsen af 2012 oversteg det højeste niveau, der blev nået i 2008.

I 2012 begyndte denne sats at falde, hvilket afspejlede stabiliseringen af kreditspændet (om end på højere niveauer end i perioden før 2012) og faldet i Euribor.

Udvekslingen af oplysninger om kreditspænd var mere intens i forbindelse med det kraftige fald i Euribor mellem 2008 og 2010 og det deraf følgende fald i rentesatserne. Efter dette fald i Euribor var der en betydelig og udbredt stigning i de omhandlede bankers kreditspænd med en deraf følgende stigning i renten, da denne stigning i kreditspændet bidrog til at afbøde faldet i Euribor:

Mellem 2002 og 2013 udvekslede de pågældende enheder strategiske oplysninger, som ikke var offentligt tilgængelige eller ikke var let tilgængelige eller systematiserbare, som blev udvekslet i opdelt og individualiseret form for hver virksomhed, som vedrørte aktuelle eller fremtidige data, og som blev udvekslet regelmæssigt.

De udvekslede oplysninger vedrørte planer om at ændre strategisk adfærd i den nærmeste fremtid eller gældende vilkår, som de omhandlede enheder kunne bruge til at fastlægge deres forretningsstrategi.

Disse oplysninger var adskilt fra de oplysninger, som kreditinstitutterne gav i overensstemmelse med deres oplysnings- og gennemsigtighedsforpligtelser i forbindelse med reklame for deres finansielle produkter og tjenesteydelser<sup>8</sup> samt i overensstemmelse med institutternes forpligtelse til at give et minimum af oplysninger ved forhandling og indgåelse af låneaftaler samt i disses løbetid<sup>9</sup> og ved oprettelsen af indskud samt i disses løbetid<sup>10</sup>.

De gældende lovgivningsmæssige forpligtelser vedrørende ydelse af lån til finansiering af fast ejendom, nemlig forpligtelsen til at udlevere et standardiseret informationsblad (SIS, nu ESIS) med detaljerede oplysninger om vilkårene for kreditaftalen (ÅOP, årlig nominel rente og andre omkostninger som f.eks. provisioner, forsikring og gebyrer), løbetiden, raternes størrelse baseret på det

<sup>8</sup>– Jf. den portugisiske centralbanks udtalelse nr. 10/2008.

<sup>9</sup>– Jf. den portugisiske centralbanks udtalelse nr. 10/2010 om aftaler om lån i fast ejendom og dertil knyttede låneaftaler; udtalelse nr. 16/2012 fra den portugisiske centralbank om låneaftaler med pant i fast ejendom eller alle andre rettigheder relateret til fast ejendom; instruks 12/2013 om forbrugerkreditaftaler.

<sup>10</sup>– Se udtalelse nr. 4/2009 om simple indskud og udtalelse nr. 5/2009 om indekserede og dobbelte indskud.



nuværende scenario og et scenario med den maksimale Euribor i de seneste 20 år, kan ikke sammenlignes eller sidestilles med den sammenlignende analyse af de forskellige tilbud fra konkurrerende banker, som de omhandlede institutioner har udvekslet.

De nævnte institutters aktivitetsområde omfatter hele det nationale område og vil kunne hindre nye virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, i at komme ind på markedet, navnlig hvad angår markedet for detailbankydelse.

De forretningsmæssige oplysninger, der blev udvekslet mellem sagsøgerne, blev udvekslet i et lukket kredsløb, således at en ny aktør, der var udelukket fra dette kredsløb, stod dårligere i denne henseende.

Udvekslingen af oplysninger vedrørte både kunder med bopæl i Portugal og udenlandske kunder.

Udvekslingen af oplysninger bidrog til at isolere det nationale marked, hvilket forstærkede de nationale barrierer for markedsadgang og hindrede opnåelsen af økonomisk fodfæste.

#### **Tvetydige/positive virkninger for konkurrencen**

I processkrifterne til dette søgsmål med fuld prøvelsesret og inden for rammerne af retsmødet og den hertil knyttede domsforhandling **er det ikke blevet bevist eller ved beskrevne kendsgerninger godtgjort, at i) aftalen medførte effektivitetsgevinster (årsagssammenhæng), ii) disse angivelige effektivitetsgevinster blev fordelt til fordel for forbrugerne, iii) konkurrencebegrænsningerne var nødvendige.**

Det er ikke blevet godtgjort eller påvist, at der er tale om effektivitetsgevinster, som kan skabe en samlet positiv effekt for forbrugerne i form af lavere priser, bedre kvalitet eller større mangfoldighed i udbuddet eller øget innovation.

Udvekslingen af oplysninger vedrørte kommercielle data og var ikke en benchmarkingpraksis, der havde til formål at fastlægge produktionsomkostninger, som, hvis de kan fjernes, kan bidrage til at sænke de priser, der tilbydes kunderne.

Indholdet af de oplysninger, der konkret blev udvekslet, var ikke egnet til at forebygge eller løse problemet med negativ udvælgelse, da de ikke vedrørte kundernes individuelle risikoprofil (bankadfærd, formuesituation, misligholdelse af lån), men snarere fokuserede på kreditspændene og produktionsmængden af lån uden opdeling eller forbindelse til den enkelte kunde.

Der er ikke konstateret nogen konkurrencefremmende virkninger af udvekslingen for forbrugerne for så vidt angår gennemsigtigheden.



## 2. De gældende retsforskrifter

Artikel 101 TEUF (tidligere artikel 81 TEF)

Artikel 9 i konkurrenceloven (artikel 4 i lov nr. 18/2003)

## 3. Begrundelse for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Den retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder som havende et konkurrencebegrænsende formål er omstridt i sagen.

Sagsøgerne har anfægtet denne kvalificering. De er af den opfattelse, at udvekslingen af oplysninger ikke er tilstrækkelig skadelig til at begrænse konkurrencen.

Arten af de udvekslede oplysninger (følsomme og strategiske), udvekslingens varighed (fra 2002 til 2013), markedets relative koncentration (6 banker, der tegner sig for mere end 80%) og relevansen af de kommercielle variabler, der udveksledes (**nuværende og fremtidige priser og produktionsmængder**), tyder på, at udvekslingen bidrog til at reducere det kommercielle pres og usikkerheden i forbindelse med en konkurrents strategiske adfærd, hvilket resulterede i en uformel koordinering, der begrænsede konkurrencen.

Da der imidlertid i lyset af Domstolens praksis vedrørende begreberne konkurrencebegrænsende *formål og virkning* ikke findes nogen *præcedens* for udveksling af uafhængige oplysninger, og da denne praksis ikke direkte bidrager til at afklare den pågældende situation (uformel koordinering mellem banker, der ved at udveksle oplysninger opnår et indbyrdes praktisk samarbejde), er denne anmodning om præjudiciel forelæggelse relevant <sup>11</sup>.

Sagsøgerne har siden begyndelsen af den retslige fase anmodet om en præjudiciel afgørelse, men for at den kan være relevant, har det været nødvendigt at drøfte sagen og navnlig at fastslå, hvilke faktiske omstændigheder der er bevist, og hvilke ikke – i sidstnævnte henseende for så vidt som det i vidt omfang vedrører de tvetydige eller positive virkninger for konkurrencen, der ville følge af udvekslingen, men som ikke er blevet godtgjort.

<sup>11</sup>– Se dom af 2.4.2020, Budapest Bank m.fl., C-228/18, EU:C:2020:265, af 11.9.2014, CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, og af 2.2.2022, Scania m.fl. mod Kommissionen, T-799/17, EU:T:2022:48.

#### 4. Anmodning om fremskyndet procedure (artikel 105): Risiko for forældelse

Den 8. april 2022 blev den administrative sanktionsprocedure, der ligger til grund for denne anmodning om præjudiciel afgørelse, anset for hastende på grund af den overhængende risiko for forældelse.

Ifølge den foreløbige vurdering af, hvornår forældelsesfristen udløber, vil de faktiske omstændigheder i denne sag være forældet den 30. marts 2023, med forbehold af, at der kan foreligge grunde til suspension og afbrydelse, hvilke skal vurderes in concreto.

Ud over denne anmodning om præjudiciel forelæggelse bør der tages hensyn til sagens forløb: dom afsagt af Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn) (1. instans) med en retlig bedømmelse af de faktiske omstændigheder; appel til Tribunal da Relação de Lisboa (appeldomstolen i Lissabon) (2. instans); appel til Tribunal Constitucional (forfatningsdomstol).

Selv om det fastslås, at denne forelæggelse, der indebærer udsættelse af sagen, udgør en grund til at suspendere den nuværende forældelsesfrist (i henhold til artikel 27, punkt A, stk. 1, litra a), i Regime Geral das Contra-ordenações (den generelle ordning for administrative overtrædelser)), er forældelsesfristen allerede på nuværende tidspunkt blevet anfægtet i sagen, og det ser ud til, at parterne vil kvalificere denne forelæggelse således, at den ikke udgør en grund til suspension af den nuværende forældelsesfrist, hvilket vil give anledning til yderligere omstridte spørgsmål, som skal afgøres af nærværende ret eller af højere retsinstanser.

For det andet fandt de faktiske omstændigheder sted mellem 2002 og 2013, således at **general- og specialpræventive hensyn bidrager til behovet for at opnå en hurtig løsning i denne sag** (sagen blev prøvet og afgjort i første instans mellem den 6. oktober 2021 og den 28. april 2022). Derudover bidrager de præjudicielle spørgsmåls afgrænsede karakter, som er blevet præciseret af dynamikken i retsmødet og domsforhandlingen, navnlig med hensyn til de faktiske omstændigheder, der er bevist, og de som **ikke er bevist**, efter den forelæggende rets opfattelse til at berettige, at Domstolen hurtigt kan give en afklaring.

#### 5. De præjudicielle spørgsmål

*I Er artikel 101 TEUF (tidl. artikel 81 EF) til hinder for, at en omfattende månedlig udveksling af oplysninger mellem konkurrenter vedrørende betingelserne for operationer (herunder nuværende og fremtidige kreditspænd og risikovariabler) samt produktionstal (månedlige, individualiserede og opdelt) på området for udbud af lån til finansiering af fast ejendom, lån til virksomheder og forbrugslån, der udveksles*

*regelmæssigt og gensidigt inden for sektoren for detailbankydelse inden for rammerne af et koncentreret marked med adgangsbarrierer, der herved kunstigt har øget gennemsigtigheden og reduceret usikkerheden om konkurrenternes strategiske adfærd, kvalificeres som en konkurrencebegrænsning?*

*II I bekræftende fald, er artikel 101 TEUF til hinder for en sådan kvalificering, når der ikke er konstateret eller kan identificeres nogen effektivitetsgevinst eller tvetydig eller positiv virkning for konkurrencen som følge af denne udveksling af oplysninger?*

[Udelades: formaliteter]

[Udelades: gentagelse af anmodningen om fremskyndet procedure og begrundelsen herfor]

[Udelades: underskrift]

ARBEJDSDOKUMENT