

Zaak C-298/22

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

4 mei 2022

Verwijzende rechter:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

3 mei 2022

Verzoeksters:

Banco BPN/BIC Português, SA

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA - bijkantoor in Portugal

Banco Português de Investimento SA (BPI)

Banco Espírito Santo SA - in liquidatie

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

Verweerster:

Autoridade da Concorrência

**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht, Portugal)
1^e kamer – J1**

[OMISSIS: adresopgave van de nationale rechter en van het Hof]

Referentienummer: 353845 Beroep (administratieve inbreuk)
225/15.4YUSTR-W

Verweerster: Autoridade da Concorrência
Verzoeksters: Banco BIC Português, SA e.a.
Datum: 3 mei 2022

Betreft: verzoek om een prejudiciële beslissing, met verzoek om versnelde behandeling (artikel 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof)

Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing is ingediend krachtens artikel 267, onder a), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”) en artikel 19, lid 3, onder b), van het Verdrag betreffende de Europese Unie en luidt als volgt:

Identificatie van de partijen

[OMISSIS: identificatie van de vertegenwoordigers van partijen].

VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

I. Voorwerp van het hoofdgeding en relevante feiten

In het kader van de onderhavige administratieve inbreukprocedure heeft de Autoridade da Concorrência (mededingingsautoriteit, Portugal) elk van de bedoelde entiteiten een administratieve inbreuk verweten, zoals omschreven en strafbaar gesteld bij artikel 9 van de Lei da Concorrência¹ (wet nr. 19/2012 van

¹ Artikel 9

Overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen

1. - Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de nationale markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

8 december; hierna: „mededingingswet”) (voorheen artikel 4 van de wet nr. 18/2003), artikel 101 VWEU en de artikelen 68 en 69 van de mededingingswet, en aan elk van hen een boete opgelegd die niet meer bedraagt dan 10 % van de omzet over het boekjaar onmiddellijk voorafgaand aan het definitief geworden bestuursbesluit.

Daar verzoeksters geen genoegen konden nemen met het jegens hen genomen boetebesluit, hebben zij beroep tot nietigverklaring ingesteld bij de Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht, Portugal; hierna: „TCRS”), die volle rechtsmacht uitoefent en een pleitzitting heeft gehouden volgens de beginselen van onmiddellijkheid, hoor en wederhoor en openbaarheid.²

Op verzoek van alle procespartijen alsook op beslissing van de rechter zijn er getuigenbewijzen en schriftelijke bewijsstukken overgelegd, zijn er verklaringen afgenomen bij de wettelijke vertegenwoordigers van verweerder die hierom hadden verzocht, en zijn er verklaringen afgelegd door auteurs van *economische studies*.

Na de slotpleidooien spreekt de rechter zich definitief uit over de feiten die als bewezen of niet-bewezen worden beschouwd [artikel 75, lid 1, van de Regime Geral das Contra-ordenações (algemene regeling inzake administratieve inbreuken)].

Na overlegging van de bewijsstukken en de partijen te hebben gehoord, **wordt het volgende als bewezen beschouwd:**

Aard van de uitgewisselde informatie

d) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging;

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

f) het voorstellen, in het kader van de levering van goederen of diensten op het gebied van accommodatie in toeristische locaties of in plaatselijke logiesverstreckende bedrijven, welke de handelspartner of alle andere entiteiten niet kunnen aanbieden, op een elektronisch platform of in een fysieke vestiging, van prijzen of andere verkoopvoorwaarden met betrekking tot hetzelfde goed of dezelfde dienst, welke gunstiger zijn dan die welke worden gehanteerd door een via een elektronisch platform opererende tussenpersoon.

2. – Behoudens op grond van het navolgende artikel gerechtvaardigde gevallen, zijn de in het voorgaande lid verboden overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen nietig.

² [OMISSIS: procedurele formaliteiten]

In het kader van woning-, consumenten- en bedrijfskredieten hebben verzoeksters deelgenomen aan een uitwisseling van informatie over i) de huidige en toekomstige handelsvoorwaarden (volledige tabellen met kredietspreads, leningscapaciteit en risicovariabelen) die, gezien de mate van volledigheid en systematisering van deze uitwisseling, niet openbaar waren op het tijdstip van uitwisseling, en ii) de maandelijkse productiecijfers van elke kredietinstelling, met uitgesplitste gegevens over in EUR toegekende kredieten in de voorafgaande maand. Deze niet-openbare gegevens waren op het tijdstip van uitwisseling noch daarna via een andere bron in uitgesplitste vorm beschikbaar.

De voornoemde tussen verzoeksters uitgewisselde handelsvoorwaarden hadden betrekking op huidige en toekomstige gegevens.

Vorm van de coördinatie

Wat betreft de vorm en duur, heeft de uitwisseling van informatie plaatsgevonden tussen mei 2002 en maart 2013, volgens een vaste modus operandi (via telefoon of per e-mail), op bilaterale of multilaterale wijze, via geïnstitutionaliseerde contacten gelegd door vaste contactpersonen, met volledig medeweten van de bedrijfsleiding en op basis van wederkerigheid.

Doel

Via de uitwisseling van informatie hebben verzoeksters gedetailleerde, gesystemiseerde, up-to-date en nauwkeurige gegevens kunnen verkrijgen over de aanbiedingen van concurrenten, waardoor zij in staat zijn geweest om onzekerheden over het strategische gedrag van concurrenten te verkleinen, het risico van commerciële druk te beperken en zich via een informele coördinatie te verenigen.

Deze uitwisseling heeft de markttransparantie op kunstmatige wijze doen toenemen, waardoor een aanzienlijke kloof is ontstaan tussen de begrijpelijkheid, systematisering en eenvoud waarmee de bedoelde entiteiten de met concurrenten uitgewisselde informatie verwerkten, en de wijze waarop diezelfde informatie ter beschikking werd gesteld aan de consumenten, namelijk op gedeeltelijke, ingewikkelde en over de markt versnipperde wijze.

Juridische en economische context

Verzoeksters zijn kredietinstellingen en in die hoedanigheid ondernemingen waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening en die onderworpen zijn aan specifieke regels betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (prudentiële regels) en hun marktgedrag (gedragsregels).

Aan de Banco de Portugal (nationale bank van Portugal) is de taak opgedragen om, in samenwerking met de Europese Centrale Bank, prudentieel en gedragstoezicht uit te oefenen op kredietinstellingen.

Hoewel in 2013 dertig kredietinstellingen in Portugal actief waren, was ongeveer 78 % van de totale activa van de nationale banksector in handen van de vijf grootste kredietinstellingen die op het nationale grondgebied waren gevestigd, namelijk verzoeksters CGD, BCP, BES, BPI en Santander.

De C4-index, die het gewicht berekent van de vier grootste kredietinstellingen in termen van totale activa, duidt op een marktaandeel van meer dan de helft, namelijk 69 %. De C5-index komt uit boven de drempel van 75 % en duidt op een aandeel van ongeveer 78 % in de nationale banksector.

Wanneer ook de voornoemde Caixa Económica Montepio Geral – de op vijf na grootste kredietinstelling – in aanmerking wordt genomen, duidt de C6-index op een concentratiegraad van 83 %.

Uit de bedrijvigheidsindex en de activa van kredietinstellingen blijkt dat de zes grootste op het nationale grondgebied actieve kredietinstellingen meer dan 80 % van de totale activa van de nationale banksector in handen hadden.³

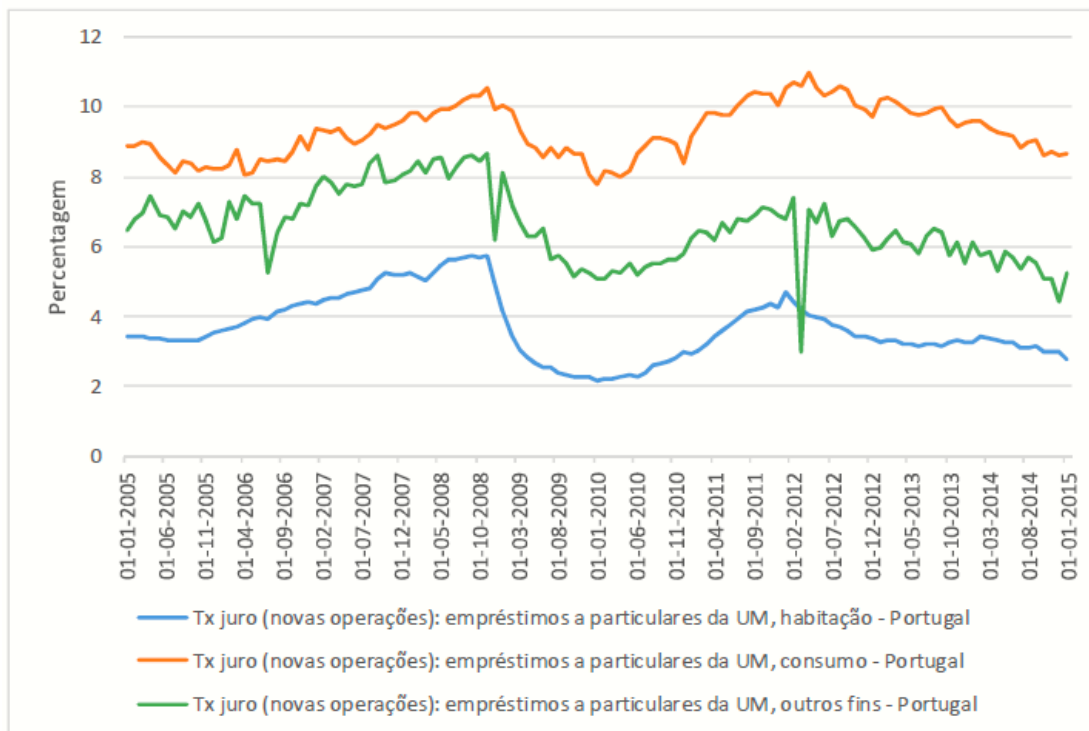
Grafiek I: evolutie van de rentetarieven op nieuwe leningen voor de aankoop van een woning, voor consumptie- of voor andere doeleinden, door overige in Portugal ingezeten monetaire financiële instellingen⁴ verstrekt aan particulieren in de eurozone in het tijdvak van januari 2005 tot en met januari 2015.⁵

³ De studie *Mobilidade no Setor da Banca a Retalho em Portugal* (mobiliteit in de retailbanksector in Portugal), Autoridade da Concorrência, Banco de Portugal, december 2009, is tot de slotsom gekomen dat de mobiliteit van houders van een rekening-courant werd belemmerd door onder meer onderzoekskosten, kosten van verrichtingen en administratiekosten voor het sluiten en openen van een rekening.

Diezelfde studie is tot de bevinding gekomen dat er in 2003, 2006 en 2007 slechts zeer weinig woningkredieten tussen Portugese kredietinstellingen werden overdragen, namelijk amper twee overdrachten op 100 woningkredietovereenkomsten tegenover een gemiddelde van 14 overdrachten op 100 woningkredietovereenkomsten binnen de EU-27.

⁴ De subsector overige monetaire financiële instellingen bestaat uit banken, spaarbanken en landbouwkredietbanken, alsook vastgoedfondsen.

⁵ Bron: Autoridade da Concorrência op basis van gegevens van de nationale bank van Portugal over rentetarieven op nieuwe leningen voor de aankoop van een woning, voor consumptie en voor andere doeleinden, aan particulieren in de eurozone verstrekt door overige in Portugal gevestigde monetaire financiële instellingen.



De kredietinstelling stelt de kredietspread vrijelijk vast voor elke kredietovereenkomst en houdt daarbij met name rekening met de verhouding tussen het bedrag van de lening en de waarde van het te verwerven/bouwen goed (lening/waarde-ratio) en het kredietrisico van de klant. Afhankelijk van de commerciële strategie van de kredietinstelling kan de kredietspread worden verlaagd bij de aankoop van andere facultatieve producten (koppelverkoop).⁶

Voor de Portugese banksector zijn woningkredieten zeer belangrijke producten gelet op het bijzonder grote aandeel ervan in het totale aantal aan particulieren toegekende leningen (over het voorbije decennium waren deze goed voor ongeveer 89 % van de financieringsoplossingen voor particulieren⁷).

In tegenstelling tot de evolutie van Euribor-rentetarieven zijn de door de kredietinstellingen gehanteerde kredietspreads voor nieuwe woningkredieten sinds medio 2008 aanzienlijk gestegen.

⁶ Ibid.

⁷ Zie *Estatísticas Monetárias e Financeiras* (monetaire en financiële statistieken), Banco de Portugal, 2015, tabel B.4.1.4, beschikbaar op <https://www.bportugal.pt/publications/banco-de-portugal/2015/123> en <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/bedez15.pdf>, geraadpleegd op 4 september 2019, blz. 88060-88106.

De scherpe daling van de Euribor is gepaard gegaan met een aanhoudende stijging van de gemiddelde kredietspreads ter compensatie van een mogelijke daling van de rentetarieven ingevolge de scherpe daling van de Euribor.

Van eind 2010 tot en met minstens december 2014 zijn de aan particulieren toegekende woningkredieten in volume afgenomen.

In 2010 en 2011 zijn de rentetarieven voor consumentenkredieten opnieuw gestegen, om begin 2012 uit te komen boven de in 2008 bereikte piek. Parallel daaraan hebben ook de kredietspreads een sterke en aanhoudende stijging laten zien.

In 2012 hebben deze rentetarieven een neerwaartse trend ingezet, in lijn met de stabilisatie van de kredietspreads (zij het op hogere niveaus dan tijdens de periode vóór 2012) en de daling van de Euribor.

De uitwisseling van informatie over de kredietspreads is intensiever geweest tegen de achtergrond van de scherpe daling van de Euribor tussen 2008 en 2010 en de daaruit voortvloeiende vrije val van de rentetarieven. Aansluitend op deze daling van de Euribor hebben de kredietinstellingen in kwestie een algemene en aanzienlijke verhoging van de kredietspreads toegepast, met een stijging van de rentetarieven tot gevolg, aangezien deze verhoging van de kredietspreads het mogelijk maakte om de daling van de Euribor op te vangen.

Tussen 2002 en 2013 hebben de bedoelde entiteiten niet-openbare of moeilijk toegankelijke of te systematiseren strategische informatie uitgewisseld. Deze informatie werd op regelmatige wijze uitgewisseld in uitgesplitste vorm en per individuele onderneming, en had betrekking op actuele of toekomstige gegevens.

In de uitgewisselde informatie werd verwezen naar voorgenomen wijzigingen in het strategisch gedrag op korte termijn of in de bestaande handelsvoorwaarden, aan de hand waarvan de bedoelde entiteiten hun commerciële strategie konden uitstippelen.

Deze informatie stond los van de informatie die kredietinstellingen verstrekken ter nakoming van hun verplichtingen tot informatie en transparantie inzake reclame voor hun financiële producten en diensten⁸, alsook ter nakoming van hun minimale informatieverplichtingen bij het onderhandelen over en het sluiten van

⁸ Zie advies nr. 10/2008 van de nationale bank van Portugal.

kredietovereenkomsten en tijdens de looptijd ervan⁹, alsook bij de vorming van deposito's en tijdens de looptijd ervan¹⁰.

Tussen enerzijds de geldende wettelijke verplichtingen met betrekking tot het verlenen van een woningkrediet, waaronder onder meer de verplichting tot overlegging van een gestandaardiseerd informatieblad (SIS, thans ESIS) met daarin gedetailleerde informatie over de voorwaarden van de kredietovereenkomst (JKP, jaarlijks nominaal rentetarief en andere lasten, zoals commissielonen, verzekeringen en kosten), de looptijd van het krediet, het bedrag van de aflossingen aan de hand van actuele rentevoethypothesen en een scenario met het hoogste Euribor-rentetarief over de voorbije twintig jaar, en anderzijds de vergelijkende analyse van de verschillende aanbiedingen van de concurrentie die de bedoelde kredietinstellingen met elkaar hebben uitgewisseld, valt geen vergelijking of parallel te trekken.

Het feit dat de activiteiten van de bedoelde kredietinstellingen het gehele nationale grondgebied bestrijken, kan de markttoegang van nieuwkomers uit andere lidstaten belemmeren, in het bijzonder wat betreft de retailbankmarkt.

De commerciële informatie werd tussen verzoeksters binnen besloten kring uitgewisseld, zodat een nieuwkomer die geen deel uitmaakte van die kring, nadeel ondervond door een informatieachterstand.

De uitwisseling van informatie had betrekking op zowel ingezeten als niet-ingezeten klanten.

De uitwisseling van informatie heeft bijgedragen aan de afscherming van de nationale markt door nationale barrières te versterken en de economische penetratie te belemmeren.

Ambivalente/gunstige gevolgen vanuit mededingingsoogpunt

Aan de hand van de stukken van dit beroep met volle rechtsmacht en ter terechtzitting is **niet aangetoond of bewezen dat** i) de overeenkomst efficiëntieverbeteringen had opgeleverd (oorzakelijk verband), ii) deze beweerde efficiëntieverbeteringen de consument ten goede waren gekomen en iii) de mededingingsbeperkingen onmisbaar waren.

Er is niet aangetoond of bewezen dat er efficiëntieverbeteringen tot stand zijn gebracht met een algeheel positief effect voor de consument in de vorm van lagere

⁹ Zie advies nr. 10/2010 van de nationale bank van Portugal met betrekking tot woningkredietovereenkomsten en daarmee verbonden kredietovereenkomsten; advies nr. 16/2012 van de nationale bank van Portugal met betrekking tot kredietovereenkomsten gewaarborgd door een hypotheek of enig ander recht op een onroerend goed, en instructie 12/2013 met betrekking tot consumentenkredieten.

¹⁰ Zie advies nr. 4/2009 met betrekking tot enkelvoudige deposito's, en advies nr. 5/2009 met betrekking tot geïndexeerde en tweevoudige deposito's.

prijzen, een toegenomen kwaliteit of diversiteit van de aanbiedingen of een toename van de innovatie.

De uitwisseling van informatie had betrekking op commerciële gegevens en had niets uit te staan met een benchmarking-oefening teneinde te bepalen welke productiekosten kunnen worden geëlimineerd om de aan de klant aangeboden prijzen te helpen drukken.

De inhoud van de concreet uitgewisselde informatie leende zich niet ter voorkoming of oplossing van het probleem van *adverse selectie*, aangezien deze inhoud geen betrekking had op het individuele risicoprofiel van de klanten (bankgedrag, vermogenssituatie, wanbetaling van leningen), maar zich veeleer toespitste op de kredietspreads en de kredietproductievolumes, zonder uitsplitsing naar of verband met individuele klanten.

Op het gebied van transparantie heeft deze uitwisseling niet geleid tot vastgestelde mededingingsbevorderende effecten die de consument ten goede zijn gekomen.

2. Toepasselijke bepalingen

Artikel 101 VWEU (oud artikel 81 VEG)

Artikel 9 van de mededingingswet (artikel 4 van de wet nr. 18/2003)

3. Motivering van de verwijzingsbeslissing

Tussen de partijen in het hoofdgeding bestaat onenigheid over de juridische kwalificatie van de feiten als een restrictie met mededingingsbeperkende strekking.

Verzoeksters betwisten deze kwalificatie. Zij zijn van mening dat de uitwisseling van informatie niet kan worden geacht in voldoende mate schadelijk voor de mededinging te zijn.

De aard van de uitgewisselde informatie (gevoelig en strategisch), de duur van de uitwisseling (van 2002 tot en met 2013), de betrekkelijke mate van marktconcentratie (zes kredietinstellingen zijn goed voor een marktaandeel van meer dan 80 %) en de relevantie van de uitgewisselde commerciële variabelen (**huidige en toekomstige prijzen en productievolumes**) doen vermoeden dat de uitwisseling ertoe heeft bijgedragen dat de commerciële druk is afgenomen en dat onzekerheden over het strategisch gedrag van concurrenten zijn verminderd, hetgeen neerkomt op een informele afspraak met mededingingsbeperkende gevolgen.

Aangezien uit de geraadpleegde rechtspraak van het Hof over de begrippen „restrictie met mededingingsbeperkende *strekking*” en „restrictie met mededingingsbeperkende *gevolgen*” echter blijkt dat er geen *precedent*

voorhanden is met betrekking tot de uitwisseling van *standalone* informatie en er aan deze rechtspraak geen rechtstreekse aanwijzingen kunnen worden ontleend die nuttig zijn voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie (informele afspraak tussen kredietinstellingen die door uitwisseling van informatie een praktische samenwerking tot stand brengen), is het onderhavige verzoek relevant.¹¹

Vanaf de aanvang van de gerechtelijke fase hebben verzoeksters aangedrongen op een prejudiciële verwijzing. Opdat deze echter enig doel dient, is het noodzakelijk gebleken dat de zaak wordt behandeld en, in het bijzonder, dat de bewezen en niet-bewezen feiten worden vastgesteld, aangezien het wat dat laatste betreft grotendeels draait om de ambivalente dan wel gunstige gevolgen voor de mededinging die uit de uitwisseling zouden zijn voortgevloeid, maar waarvoor geen bewijs is geleverd.

4. Verzoek om versnelde behandeling (artikel 105): risico van verjaring

Op 8 april 2022 is de administratieve inbreukprocedure die ten grondslag ligt aan het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, als dringend aangemerkt gelet op het imminente risico van verjaring.

Volgens een eerste berekening van het einde van de verjaringstermijn zullen de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten verjaren op **30 maart 2023**, onverminderd de – concreet te beoordelen – oorzaken van schorsing of stuiting van de verjaring.

Naast de onderhavige verwijzing moet rekening worden gehouden met de fasen van het dossier: uitspraak van de TCRS (rechter in eerste aanleg), met toepassing van het recht op de feiten; hoger beroep bij de Tribunal da Relação de Lisboa (rechter in tweede aanleg Lissabon, Portugal); beroep bij de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Portugal).

Hoewel wordt aangenomen dat de onderhavige verwijzing, die een schorsing van de behandeling inhoudt, een grond vormt voor schorsing van de lopende verjaringstermijn [krachtens artikel 27A, lid 1, onder a), van de RCGO], is de verjaringstermijn reeds in dit stadium van de procedure aangevochten en zal de onderhavige verwijzing door partijen waarschijnlijk niet worden beschouwd als een grond voor schorsing van de lopende verjaringstermijn, hetgeen andere strijdvragen zal doen rijzen die door de verwijzende rechter dan wel door hogere rechters zullen moeten worden beslecht.

¹¹ Zie arrest van 2 april 2020, Budapest Bank e.a. (C-228/18, EU:C:2020:265); 11 september 2014, CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204); 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343), en 2 februari 2022, Scania e.a./Commissie (T-799/17, EU:T:2022:48).

Voorts hebben de feiten zich voorgedaan tussen 2002 en 2013, zodat er sprake is van **redenen van algemene en bijzondere preventie die mede nopen tot een spoedige afdoening van deze zaak** (in eerste aanleg is het dossier beoordeeld en beslecht tussen 6 oktober 2021 en 28 april 2022). Bovendien kan de beknoptheid van de prejudiciële vragen, die door de debatten ter terechtzitting eenduidigheid hebben bereikt, met name met betrekking tot de bewezen en **niet-bewezen** feiten, naar onze mening bijdragen aan een snelle verduidelijking door het Hof.

5. Prejudiciële vragen

- I. Staat artikel 101 VWEU (oud artikel 81 EG) er aan in de weg dat een grootschalige maandelijks uitwisseling van informatie tussen concurrenten over de handelsvoorwaarden (met name de kredietspreads en de huidige en toekomstige risicovariabelen), alsook over de (maandelijks, geïndividualiseerde en uitgesplitste) productiecijfers met betrekking tot het aanbod van woning-, bedrijfs- en consumentenkredieten, welke op regelmatige en wederzijdse basis werden uitgewisseld in de retailbanksector in de context van een geconcentreerde markt met toegangsbelemmeringen, hetgeen de markttransparantie op kunstmatige wijze heeft doen toenemen en de onzekerheden over het strategische gedrag van concurrenten heeft doen afnemen, wordt gekwalificeerd als mededingingsbeperkend?
- II. Zo ja, staat artikel 101 VWEU in de weg aan een dergelijke kwalificatie wanneer als gevolg van deze uitwisseling van informatie geen efficiëntieverbeteringen en ambivalente of gunstige gevolgen vanuit mededingingsoogpunt zijn vastgesteld of zijn kunnen worden geïdentificeerd?

[OMISSIS: procedurele formaliteiten]

[OMISSIS: herhaling van het verzoek om versnelde behandeling en van de motivering ervan]

[OMISSIS: ondertekening]