

Causa C-298/22

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

4 maggio 2022

Giudice del rinvio:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunale della concorrenza, regolamentazione e vigilanza, Portogallo)

Data della decisione di rinvio:

3 maggio 2022

Ricorrenti:

Banco BPN/BIC Português, SA

Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA – Succursale in Portogallo

Banco Português de Investimento, SA (BPI)

Banco Espírito Santo, SA – in stato di liquidazione

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

Resistente:

Autoridade da Concorrência

**Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunale della concorrenza, regolamentazione e vigilanza, Portogallo)
1º Juízo – J1 (Prima sezione – Primo giudice)**

[OMISSIS] [identificazione degli indirizzi del giudice nazionale e della CGUE]

Referimento: 353845 Ricorso (Illecito amministrativo) 225/15.4YUSTR-W

Resistente: Autoridade da Concorrência

Ricorrenti: Banco BIC Português, SA e altri

Data: 03-05-2022

Oggetto: Domanda di pronuncia pregiudiziale, con istanza di procedimento accelerato (articolo 105 del regolamento della CGUE [Corte di giustizia dell'Unione europea])

Ho l'onore di sottoporre la presente domanda alla S.V., chiedendo la risoluzione di questioni pregiudiziali ai sensi della lettera a) dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e della lettera b), del paragrafo 3, dell'articolo 19 del Trattato sull'Unione nei seguenti termini:

Identificazione degli intervenienti

[OMISSIS] [identificazione dei mandatarî delle ricorrenti e della resistente]

DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE

I. Oggetto della controversia e fatti rilevanti

Nel presente ricorso amministrativo, l'Autoridade da Concorrência (Autorità garante della concorrenza) ha imputato, a ciascuna delle ricorrenti, la pratica di un illecito, previsto e punito all'articolo 9 della Lei da Concorrência¹ (legge sulla

¹ Articolo 9

Accordi, pratiche concordate e decisioni di associazioni di imprese

[1] – Sono vietati gli accordi tra imprese, le pratiche concordate tra imprese e le decisioni di associazioni di imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, falsare o restringere in modo rilevante la concorrenza in tutto o in parte del mercato nazionale, in particolare quelli consistenti nel:

a) fissare, in modo diretto o indiretto, i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni delle transazioni;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

concorrenza) [articolo 4 da Lei n.º 18/2003 (legge n. 18/2003), nella sua precedente versione] e 101 TFUE, nonché agli articoli 68 e 69 della medesima legge, applicando a ciascuna di esse, una multa non superiore al 10 per cento del rispettivo volume d'affari, realizzato nell'esercizio immediatamente precedente alla decisione amministrativa in parola.

Discordando dalla decisione di condanna, le ricorrenti impugnavano detta decisione presentando ricorso dinanzi al Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunale della concorrenza, regolamentazione e vigilanza), organo competente preposto a comporre la lite e che disponeva l'udienza di discussione, osservando i principi dell'immediatezza, del contraddittorio e della pubblicità processuali.²

Su richiesta di tutti i soggetti processuali intervenienti e anche per disposizione dello stesso Tribunale, venivano prodotte prove testimoniali, documentali, raccolte le dichiarazioni dei rappresentanti legali delle ricorrenti che accettavano di renderle e dichiarazioni rese da autori di «studi economici».

Venivano formulate le conclusioni orali finali, decidendo questo tribunale, in modo definitivo, quali erano i fatti considerati provati o non provati [paragrafo 1 dell'articolo 75 del RGCO [Regime Geral das Contraordenações] (Regime generale degli illeciti amministrativi)].

Prodotta la prova e tenutasi l'udienza di discussione della causa, **si considerava provato che:**

Natura delle informazioni trasmesse

Le ricorrenti si scambiavano informazioni, nell'ambito dei prestiti immobiliari, al consumo e a imprese, circa: i) condizioni commerciali, attuali e future (griglie complete di spread, capacità di credito e variabili di rischio) che, al momento dello scambio, non erano disponibili al pubblico con lo stesso grado di

d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per quest'ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione, da parte degli altri contraenti, di prestazioni supplementari che, per la loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi;

f) stabilire, nell'ambito della fornitura di beni o servizi d'ospitalità turistica o d'alloggi destinati a locazioni brevi, che l'altro contraente o qualsiasi altro ente non può offrire, in una piattaforma elettronica o in un pubblico esercizio, prezzi o altre condizioni di vendita dello stesso bene o servizio che siano più vantaggiose di quelle proposte da un intermediario, che agisca attraverso una piattaforma elettronica.

2 – Fatti salvi i casi nei quali sono considerati ammissibili, ai sensi dell'articolo successivo, sono nulli gli accordi tra imprese e le decisioni di associazioni di imprese vietati ai sensi dell'articolo precedente.

² [OMISSIS]. [atti processuali]

completezza e sistematizzazione; e, ii) importi mensili di produzione di ciascuna banca, informazione disaggregata concernente il credito concesso in euro, relativa al mese precedente, di natura confidenziale e che non era resa disponibile in formato disaggregato e al momento dello scambio, né in momento successivo, tramite altra fonte.

Le condizioni commerciali sopra descritte e oggetto di scambio tra le ricorrenti riguardavano le informazioni presenti e future.

Forma di coordinamento

Per ciò che concerne modalità e durata, lo scambio delle informazioni avveniva fra il maggio 2002 ed il marzo 2013, secondo un modus operandi consolidato (ricorrendo a comunicazioni telefoniche o via e-mail), di carattere bilaterale o multilaterale, attraverso contatti istituzionalizzati realizzati da punti di contatto stabili, di cui le rispettive gerarchie erano a conoscenza e su una base di reciprocità.

Obiettivo

Lo scambio delle informazioni garantiva alle ricorrenti informazioni dettagliate, sistematizzate, aggiornate e rigorose sull'offerta delle concorrenti, riducendo l'incertezza intrinseca al comportamento strategico del soggetto concorrente, mitigando in questo modo il rischio di concorrenza commerciale e agevolando l'allineamento mediante un coordinamento di tipo informale.

Lo scambio incrementava fittiziamente la trasparenza del mercato, dando origine a una significativa discrepanza tra l'intelligibilità, la sistematizzazione e la semplicità impiegata dalle ricorrenti nel trattamento delle informazioni scambiate con i soggetti concorrenti ed il modo parziale, complesso e disperso nel quale le medesime informazioni erano rese disponibili sul mercato e per i consumatori.

Contesto giuridico ed economico

Le ricorrenti sono enti di credito, «aziend[e] la cui attività consiste nel ricevere dal pubblico depositi o altri fondi rimborsabili e nel concedere credito a proprio rischio», soggetti a regole specifiche relativamente all'accesso e all'esercizio dell'attività bancaria (regole di prudenza) e alla propria condotta nel mercato (regole comportamentali).

Compete al Banco de Portugal (Banca del Portogallo), in cooperazione con la BCE [Banca centrale europea], esercitare la vigilanza prudenziale e comportamentale degli enti di credito.

Per quanto il numero degli enti di credito operanti in Portogallo fosse pari a trenta, nel 2013 circa il 78 % del totale degli attivi bancari di tutto il settore nazionale era concentrato nei 5 maggiori enti di credito che operano sul territorio nazionale, le ricorrenti CGD, BCP, BES, BPI e Santander.

Applicando l'indice C4, che riflette il peso dei 4 enti di credito più grandi, in termini di attivo totale, ciò corrisponde a oltre la metà della totalità del mercato, raggiungendo il 69%. L'indice C5 supera la percentuale del 75%, corrispondendo all'incirca al 78% del sistema bancario nazionale.

Tenendo conto del sesto ente di credito più grande, la ricorrente Montepio (CEMG), l'indice C6 raggiunge l'83 % del grado di concentrazione.

L'indicatore d'attività e l'attivo degli enti di credito indicano che i 6 maggiori enti di credito operanti sul territorio nazionale controllavano oltre l'80 % del totale degli attivi del sistema bancario nazionale.³

Figura I: Evoluzione dei tassi d'interesse sulle nuove operazioni di prestiti immobiliari, al consumo e altri fini, concessi da altre istituzioni finanziarie monetarie,⁴ con sede in Portogallo, a privati residenti nella zona euro, nel periodo compreso fra il gennaio 2005 ed il gennaio 2015.⁵



Lo spread è liberamente attribuito dall'ente di credito a ciascun contratto, tenendo conto, in particolare, della ratio tra l'importo del prestito e il valore dell'immobile

³ Lo studio *Mobilidade no Setor da Banca a Retalho em Portugal (Mobilità nel settore dei prodotti bancari al dettaglio in Portogallo)*, Autoridade da Concorrência (Autorità garante della concorrenza), Banco de Portugal (Banca del Portogallo), dicembre 2009, aveva concluso che esistevano barriere alla mobilità dei clienti titolari di conti correnti ordinari, in particolare consistenti in costi di ricerca, di transazione, costi burocratici associati alla chiusura e all'apertura di conti.

Nel medesimo studio, si concludeva che, nel 2003, 2006 e 2007, si erano registrati indici molto ridotti di trasferimento tra banche nazionali di contratti di mutuo casa stipulati in precedenza, calcolandosi appena due trasferimenti su 100 contratti di mutuo casa, mentre la media UE27 per gli stessi anni era di 14 trasferimenti su 100 contratti.

⁴ Il subsettore Altre istituzioni finanziarie monetarie è costituito da banche, casse economiche e casse di credito agricolo mutuo e fondi di mercato immobiliare.

⁵ Fonte: Autoridade da Concorrência (Autorità garante della concorrenza) in base ai dati del Ban[c]o de Portugal (Banca del Portogallo) sui tassi d'interesse su nuove operazioni di prestiti immobiliari, al consumo e altri fini, concessi da altre istituzioni finanziarie monetarie, con sede in Portogallo a privati della zona euro.

(Loan-to-Value o LTV) che si pretende comprare/costruire e il rischio di credito del cliente. Dipendendo dalla strategia commerciale dell'ente di credito, lo spread potrà essere ridotto come contropartita dell'acquisto, facoltativo, di altri prodotti (vendite associate).⁶

Il prestito immobiliare rappresenta un prodotto di grande importanza per la banca portoghese, tenuto dell'incidenza molto significativa che esso ha rispetto al totale del credito concesso ai privati (nell'ultimo decennio, rappresenta circa l'89% delle soluzioni di finanziamento a privati).⁷

In senso contrario all'evoluzione dell'Euribor, gli spread applicati dalle istituzioni finanziarie a nuove operazioni di prestito immobiliare registravano un incremento accentuato, a partire dalla metà del 2008.

Alla caduta repentina dell'Euribor corrisponde un aumento significativo degli spreads medi, che attenua la riduzione del tasso d'interesse che deriverebbe dalla caduta improvvisa dell'Euribor.

Il volume dei prestiti immobiliari concessi a privati diminuiva significativamente a partire dalla fine del 2010 sino a, perlomeno, il dicembre 2014.

Durante gli anni 2010 e 2011, il tasso d'interesse di credito al consumo tornava ad aumentare, di pari passo con il forte e sostenuto aumento degli spread, venendo a superare, all'inizio del 2012, il valore più alto raggiunto nel 2008.

Nel 2012, tale tasso comincia a seguire una tendenza decrescente, riflettendo il consolidamento degli spreads (sebbene a livelli superiori rispetto a quello raggiunto nel periodo precedente al 2012) e la caduta dell'Euribor.

Lo scambio d'informazioni sugli spread avveniva in modo molto più intenso nel contesto di una caduta improvvisa dell'Euribor, registrata tra il 2008 e il 2010, con conseguente caduta dei tassi d'interesse. In seguito a questa caduta dell'Euribor, si registra un aumento significativo generalizzato dei valori di spreads praticati dalle banche ricorrenti, con conseguente aumento del tasso d'interesse, mentre l'aumento degli spreads permetteva di mitigare la caduta dell'Euribor.

Le ricorrenti, tra il 2002 e il 2013, si scambiavano informazioni strategiche di natura confidenziale o di difficile accesso o sistematizzazione, disaggregate e specifiche per ciascuna istituzione bancaria, relative a dati attuali o futuri, e con cadenza regolare.

⁶ Idem.

⁷ Cfr. Estatísticas Monetárias e Financeiras (Statistiche monetarie e finanziarie) del Banco de Portugal, 2015, tabella B.4.1.4, disponibili in <https://www.bportugal.pt/publications/banco-de-portugal/2015/123> e <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/bedez15.pdf>, consultate il 4 settembre 2019, pagg. da 88060 a 88106v.

Facevano parte delle informazioni oggetto di scambio, suscettibili di essere utilizzate nella definizione della strategia commerciale delle ricorrenti, le intenzioni di alterare comportamenti strategici in un futuro prossimo o le condizioni all'epoca in vigore.

Tali informazioni erano distinte dall'informazione ufficiale prestata dagli enti di credito in adempimento dei rispettivi doveri d'informazione e trasparenza relativi alla pubblicità dei propri prodotti e servizi finanziari,⁸ nonché in adempimento dei rispettivi doveri minimi d'informazione nella negoziazione, stipulazione e vigenza di contratti di credito⁹ e nella sottoscrizione e vigenza di certificati di deposito.¹⁰

Le obbligazioni regolamentari vigenti in materia di concessione di prestiti immobiliari, in particolare l'obbligo di fornire una «ficha de informação normalizada» (foglio informativo), FIN divenuta in seguito FINE, contenente l'informazione dettagliata sulle condizioni del contratto di mutuo (TAEG, TAN e altri oneri, quali commissioni, assicurazioni e spese), scadenza, importo delle rate in funzione della situazione attuale e di quella con l'Euribor più alto degli ultimi 20 anni, non permettono un confronto né un parallelismo con l'analisi comparativa tra le varie offerte di banche concorrenti, che le ricorrenti si trasmettevano tra loro.

L'ambito di attuazione delle ricorrenti si estende a tutto il territorio nazionale e può rappresentare un ostacolo all'ingresso di nuovi operatori aventi sede in altri Stati membri, in particolare per quanto riguarda il mercato dei prodotti bancari al dettaglio.

L'informazione di natura commerciale che le ricorrenti si scambiavano avveniva all'interno di un «circuito chiuso» motivo per cui, un nuovo operatore, escluso da tale circuito, s'imbatteva in uno svantaggio informativo.

Lo scambio d'informazioni si applicava a clienti residenti e non residenti.

Lo scambio d'informazioni contribuiva all'isolamento del mercato nazionale, rafforzando le barriere nazionali e rendendo più difficile la penetrazione economica.

⁸ Si veda avviso n. 10/2008 del Banco de Portugal (Banca del Portogallo).

⁹ Si veda avviso n. 10/2010 del Banco de Portugal (Banca del Portogallo) per ciò che concerne i contratti di credito immobiliare e credito collegato; avviso n. 16/2012 del Banco de Portugal (Banca del Portogallo) relativo ai contratti di credito garantiti da ipoteca o da altro diritto immobiliare; istruzione 12/2013 relativa ai contratti di credito al consumo.

¹⁰ Si veda avviso n. 4/2009 per i certificati di deposito semplice e avviso n. 5/2009 per i certificati di deposito indicizzati e dual.

Effetti ambivalenti/favorevoli alla concorrenza

Nel presente ricorso che il Tribunale deve decidere nel merito e nell'ambito dell'udienza di discussione prevista dal rito, **non si dimostravano, né si identificavano** i) efficienza economica generata dall'accordo (nesso di causalità), ii) la creazione di presunti vantaggi economici in capo ai consumatori, iii) né la prova che le restrizioni alla concorrenza erano indispensabili.

Non venivano dimostrate né identificate efficienze idonee a generare un effetto globale positivo per il benessere dei consumatori, tradotte in prezzi più bassi, maggiore qualità o diversità dell'offerta o incremento dell'innovazione.

Lo scambio di informazioni riguardava dati di natura commerciale, non trattandosi della pratica di «benchmarking», volta all'accertamento dei costi di produzione, i quali, potendo essere eliminati possono contribuire alla riduzione del prezzo praticato al cliente.

Il contenuto dell'informazione scambiata in concreto non era idoneo a prevenire o risolvere il problema della «selezione avversa», dato che essa non riguardava il profilo di rischio individuale di ciascun cliente (comportamento bancario, situazione patrimoniale, mancato adempimento della liquidazione di crediti), incidendo, innanzitutto, su spread e volumi di produzione di credito senza effetti di disaggregazione o connessione per ciascun cliente individuale.

Non si accertavano effetti favorevoli per la concorrenza, in materia di trasparenza, risultanti da tale scambio nella sfera del consumatore.

2. Disposizioni legali rilevanti

Articolo 101 TFUE (già articolo 81 TCE)

Articolo 9 della Lei da Concorrência (legge sulla concorrenza) [articolo 4 della Lei n.º 18/2003 (legge n. 18/2003)]

3. Motivazione del rinvio

È controversa, nel procedimento principale, la qualificazione giuridica dei fatti, in particolare se questi costituiscano una restrizione della concorrenza «per oggetto».

Le ricorrenti contestano questa qualificazione, considerando che lo scambio d'informazioni non presenta un «grado sufficiente» di dannosità tale da limitare la concorrenza.

La natura dello scambio delle informazioni condivise (di carattere sensibile e strategico), la durata del medesimo (dal 2002 al 2013), il grado relativamente

elevato di concentrazione del mercato (6 banche rappresentano oltre l'80%) e la rilevanza delle variabili commerciali scambiate (**prezzi, attuali e futuri, e volumi di produzione**) indicano che lo scambio ha contribuito a ridurre la concorrenza commerciale e l'incertezza associata al comportamento strategico dei concorrenti, sfociando in un coordinamento informale, che restringe la concorrenza.

Tuttavia, il fatto che, dall'analisi giurisprudenza della CGUE relativa alle nozioni di restrizione della concorrenza «per oggetto» e «per effetto», non si identifichi un «precedente autonomo» in materia di scambio d'informazioni, né alcun contributo diretto per la fattispecie in esame (coordinamento informale tra istituzioni bancarie che, attraverso uno scambio d'informazioni, crea una cooperazione fattiva tra loro), rende pertinente la presente domanda.¹¹

La domanda di rinvio pregiudiziale è sollevata dalle ricorrenti sin dall'inizio della fase giudiziale, pur essendosi considerato che la rispettiva introduzione avrebbe richiesto la discussione della presente causa e, in particolare, la fissazione dei fatti provati e di quelli non provati, segmento, quest'ultimo, rilevante nella misura in cui riguarda, per lo più, gli effetti ambivalenti o favorevoli alla concorrenza che le ricorrenti sostengono derivare dallo scambio, ma che non sono stati provati in giudizio.

4. Istanza di procedimento accelerato (articolo 105): rischio di prescrizione

L'8 aprile 2022, veniva attribuita natura urgente al procedimento per fatto illecito su cui verte il presente rinvio pregiudiziale, in ragione di un rischio elevato di prescrizione.

Alla luce dell'analisi preliminare relativa al termine prescrizione, la prescrizione dei fatti in esame si verifica il **30 marzo 2023**, fatte salve le cause di sospensione e interruzione da accertare nello specifico.

Oltre al presente rinvio, si dovranno considerare i seguenti passaggi processuali: sentenza del TCRS (prima istanza) con applicazione del diritto ai fatti; ricorso all'Illustre Tribunal da Relação de Lisboa (Corte d'appello di Lisbona) (seconda istanza); ricorso al Tribunal Constitucional (Corte costituzionale).

¹¹ Si veda Budapest Bank, sentenza della Corte di giustizia, del 2 aprile 2020, pronunciata nell'ambito della causa C-228/18; ECLI:ECLI:EU:C:2020:265.

Groupement des cartes bancaires, sentenza della Corte di giustizia (Terza sezione), dell'11 settembre 2014; causa C-67/13 P. ECLI:EU:C:2014:2204.

Sentenza della Corte di giustizia (Terza sezione), del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands, causa C-8/08; ECLI:EU:C:2009:343.

Sentenza SCANIA AB del Tribunale (Decima sezione allargata), del 2 febbraio 2022, causa T-799/17 ECLI:EU:T:2022:48.

Per quanto si ritenga che il presente rinvio, implicando una sospensione del procedimento, costituisca una causa di sospensione della prescrizione in corso [in virtù della lettera a), del paragrafo 1, dell'articolo 27-A del RGCO (Regime generale degli illeciti amministrativi)], la prescrizione viene già discussa in questa fase ed è probabile che il presente rinvio venga qualificato dai soggetti processuali come una causa non sospensiva del termine di prescrizione decorrente, dando origine a nuove questioni controverse da accertare ulteriormente sia da parte di questo Tribunale, sia da parte dei tribunali superiori.

D'altra parte, i fatti si erano verificati tra il 2002 e il 2013, ragion per cui, **motivi di prevenzione generale e speciale concorrono alla necessità d'ottenere una risoluzione della causa a breve termine** (il procedimento si svolgeva e la rispettiva sentenza pronunciata, in prima istanza, tra il 6 ottobre 2021 e il 28 aprile 2022). Si aggiunga che, l'**esiguità** delle questioni pregiudiziali sollevate, chiarite dalle risultanze dell'udienza di discussione, tenuto conto in particolare dei fatti provati e di quelli **non provati**, fa ben sperare, fatta salva miglior opinione, nella possibilità di ottenere un chiarimento da parte della CGUE in tempi brevi.

5. Questioni pregiudiziali

- I. *Se l'articolo 101 TFUE (già articolo 81 TCE) osti alla qualificazione di restrizione della concorrenza per oggetto di uno scambio, tra soggetti concorrenti, di informazioni sulle condizioni commerciali (ad esempio, spreads e variabili di rischio, attuali e future) e sui risultati di produzione (mensili, individualizzati e disaggregati), con ambito di applicazione ampio e frequenza mensile, nel quadro dell'offerta di prestiti immobiliari, a imprese e al consumo, trasmessi in modo regolare e su base di reciprocità, nel settore dei prodotti bancari al dettaglio, nell'ambito di un mercato concentrato e con barriere all'entrata, che, in questo modo, ha artificialmente incrementato la trasparenza e ridotto l'incertezza associata a un comportamento strategico dei soggetti concorrenti.*
- II. *In caso affermativo, se la medesima normativa osti alla summenzionata qualificazione nel caso in cui non si sono accertati, né si è cercato di individuare efficienze, effetti ambivalenti o favorevoli alla concorrenza risultanti da tale scambio d'informazioni.*

[OMISSIS] [questioni di natura formale] [OMISSIS] [reiterazione dell'istanza di procedimento accelerato e rispettive motivazioni] [OMISSIS] Distinti saluti,

Il Giudice,
Mariana Gomes Machado