Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NILS WAHL
présentées le 23 avril 2015 [1]

Affaire C-172/14

ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA
contre
Consiliul Concurenței

[demande de décision préjudicielle formée par l'Înalta Curte de Casație și Justiție (Roumanie)]

«Renvoi préjudiciel — Concurrence — Ententes — Modalités de répartition de la clientèle dans le marché roumain de la gestion privée des fonds de pension obligatoires — Existence d'une restriction de concurrence 'par objet' au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE — Affectation du commerce entre États membres»

1. La présente affaire trouve son origine dans un litige opposant ING Pensii qSocietate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (ci-après «ING Pensii»), une société gestionnaire d'un fonds de pension privé, au Consiliul Concurenței (Conseil de la concurrence roumain) au sujet d'une demande d'annulation d'une décision qui condamne cette société au paiement d'une amende pour avoir participé à un accord visant à restreindre la concurrence sur le marché des fonds de pension privés. Elle porte plus précisément sur les accords, mis en place par les gestionnaires de fonds de pension privés obligatoires, de répartition des doublons, à savoir des personnes ayant, par méconnaissance des règles applicables en la matière ou par négligence de certains agents commerciaux, adhéré à deux fonds ou plus lors de la période initiale d'adhésion légalement mise en œuvre en 2007, ci-après les «doublons».

2. Le présent renvoi préjudiciel, motivé en grande partie par l'existence d'interprétations divergentes au sein des juridictions roumaines, conduit la Cour à apporter certaines clarifications sur les notions de restriction «par objet» et d'affectation sensible de la concurrence. Elle offre tout particulièrement l'occasion de rappeler les éléments dont il doit être tenu compte et la méthode d'analyse qui doit être appliquée pour déterminer si un accord a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

I – Le cadre juridique national

3. Le système de répartition des doublons visé en l'espèce s'inscrit dans le cadre de la législation nationale roumaine relative à la constitution, à l'organisation et au fonctionnement du marché de la gestion privée des fonds de pension obligatoires.

4. Le droit national applicable est indéniablement caractérisé par une certaine complexité. Sans prétendre à l'exhaustivité et pour les besoins de l'analyse qui suivra, les éléments suivants doivent être soulignés.

1 — Langue originale: le français.

A – *Règles générales relatives à l'adhésion aux fonds de pension privés*

5. Le régime de pensions en Roumanie se compose de la manière suivante:

— premier pilier: composante obligatoire, fondée sur la redistribution, gérée publiquement;

— deuxième pilier: composante obligatoire, fondée sur la capitalisation, gérée de manière privée par des sociétés anonymes ayant pour objet la gestion de fonds de pension et régie par la loi nº 411/2004 relative aux fonds de pension à gestion privée (legea privind fondurile de pensii administrate privat) [2];

— troisième pilier: composante facultative, fondée sur la capitalisation, également gérée de manière privée.

6. En application de la loi nº 411/2004, 18 sociétés commerciales ayant pour objet exclusif la gestion des fonds de pension ont été agréées par la Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (commission de surveillance du régime de pensions privées) (ci-après la «CSSPP») au cours de la période comprise entre le 25 juillet 2007 et le 9 octobre 2007, chacune de ces sociétés ne pouvant gérer qu'un seul fonds de pension en Roumanie.

7. Conformément à l'article 30, paragraphe 1, de la loi nº 411/2004, les personnes âgées de moins de 35 ans qui sont affiliées et qui cotisent au régime public de pensions (premier pilier) sont tenues d'adhérer également à un fonds de pension à gestion privée (deuxième pilier).

8. Ne peuvent pas adhérer au deuxième pilier les personnes âgées de plus de 45 ans ou celles qui ne cotisent pas au régime public de pensions (premier pilier). Les personnes âgées entre 35 et 45 ans qui contribuent au premier pilier peuvent choisir de participer ou non au deuxième pilier (article 30, paragraphe 2, de la loi nº 411/2004). Indépendamment de la contribution aux premier et deuxième piliers, toute personne physique peut contribuer au troisième pilier, même si cela ne peut aboutir à remplacer la contribution aux premier ou deuxième piliers, pour les personnes qui sont tenues de contribuer à ces régimes de pensions.

9. Concernant les participants au deuxième pilier, seuls visés dans l'affaire au principal, l'article 31 de la loi nº 411/2004 prévoit qu'une personne ne peut pas souscrire à plusieurs fonds de pension en même temps et qu'elle ne peut détenir qu'un seul compte au fonds de pension auquel elle participe.

10. Conformément à l'article 32, paragraphe 1, de la loi nº 411/2004, une personne n'acquiert la qualité de participant à un fonds de pension qu'en signant un acte d'adhésion individuel, de sa propre initiative ou à la suite de son affiliation par l'institution chargée des enregistrements.

11. Aux termes de l'article 33 de la loi nº 411/2004, toute personne n'ayant pas déjà adhéré à l'un des fonds de pension privés dans un certain délai est affilié de manière aléatoire dans l'un des fonds de pension par l'institution chargée des enregistrements. Cette répartition était effectuée proportionnellement aux parts de marché obtenues par chacun des gestionnaires (article 33, paragraphe 2).

2 — Loi nº 411/2004, telle que republiée au *Monitorul Oficial al României* nº 482, du 18 juillet 2007, ainsi que modifiée et complétée par ordonnance d'urgence du gouvernement nº 112/2007, publiée au *Monitorul Oficial al României* nº 710, du 22 octobre 2007 (ci-après la «loi nº 411/2004»).

B – *Règles spécifiques relatives à l'adhésion initiale à un fonds de pension privé, à la procédure de validation des adhésions et à la répartition aléatoire des participants non affiliés*

12. La procédure d'adhésion initiale à un fonds de pension privé ainsi que la procédure de validation et de répartition aléatoire des participants ont été régies par l'arrêté nº 18/2007 relatif à l'adhésion initiale et à l'enregistrement des participants aux fonds de pension privés [3], tel que modifié et complété par l'arrêté nº 31/2007 [4], ci-après l'«arrêté nº 18/2007».

13. En vertu de l'article 17, paragraphe 1, de l'arrêté nº 18/2007, la procédure d'adhésion initiale à un fonds de pension à gestion privée devait se dérouler sur une période de quatre mois, qui a commencé le 17 septembre 2007 et s'est terminée le 17 janvier 2008 (article 5, paragraphe 6, de l'arrêté nº 18/2007). Au cours de cette période, toutes les personnes qui n'avaient pas atteint l'âge de 35 ans avant le 31 décembre 2007 ou qui ont atteint cet âge à cette date sont tenues, lorsqu'elles remplissent en outre certaines conditions, d'adhérer à un fonds de pension privé (articles 4, paragraphe 1, et 5, paragraphe 3, de l'arrêté nº 18/2007).

14. En ce qui concerne la procédure de validation et de répartition aléatoire des participants (articles 19 à 31 de l'arrêté nº 18/2007), l'arrêté nº 18/2007 prévoyait que les gestionnaires étaient tenus de transmettre à l'Office national des pensions et autres droits d'assurance sociale (Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale, ci-après la «CNPAS»), bimensuellement (le 1er et le 15 de chaque mois), un rapport contenant des informations relatives aux personnes ayant signé un acte individuel d'adhésion dans les deux semaines précédant l'établissement de ce rapport. Si, dans le cadre des rapports bimensuels, une personne apparaissait dans les rapports envoyés par un ou par plusieurs gestionnaires comme ayant signé plusieurs actes individuels d'adhésion ou s'il était constaté que son adhésion avait été temporairement validée dans le cadre de rapports antérieurs, la CNPAS inscrivait cette personne au tableau électronique des doublons (article 21, paragraphe 1, de l'arrêté nº 18/2007). Dans ce cas, les gestionnaires des fonds étaient légalement tenus de vérifier l'authenticité de l'acte individuel d'adhésion et de la copie de la carte d'identité revêtus de la signature manuscrite de la personne apparaissant comme ayant signé plusieurs actes individuels d'adhésion et, si l'authenticité de l'acte était constatée, les gestionnaires pouvaient transmettre à nouveau à la CNPAS, dans le rapport bimensuel suivant, les informations relatives à l'adhésion de la personne concernée.

15. À la fin de la procédure d'adhésion initiale, les personnes dont l'adhésion apparaissait comme temporairement validée étaient enregistrées comme validées, et celles qui apparaissaient comme ayant signé plus d'un acte individuel d'adhésion étaient inscrites au registre des participants comme non validées et réparties de manière aléatoire [5]. Par conséquent, la répartition aléatoire devait s'appliquer aux personnes qui, bien que tenues d'adhérer à un fonds de pension privé au cours de la phase d'adhésion initiale, ne l'avaient pas fait, ainsi qu'aux personnes inscrites dans le registre en tant que personnes dont l'adhésion n'avait pas été validée. La répartition dans l'un des fonds privés était effectuée par la CNPAS, de manière directement proportionnelle au nombre de personnes dont l'adhésion avait été validée pour chaque fonds de pension privé par rapport au nombre total de personnes dont l'adhésion avait été validée pour l'ensemble des fonds de pension privés.

3 — Publié au *Monitorul Oficial al României* nº 503, du 27 juillet 2007.

4 — Publié au *Monitorul Oficial al României* nº 746, du 2 novembre 2007.

5 — À la suite des modifications apportées par l'arrêté nº 31/2007, la validation ou l'invalidation des personnes ayant signé plus d'un acte d'adhésion se faisait mensuellement, les 15 novembre (pour les rapports bimensuels des 1er et 15 octobre et du 15 novembre), le 15 décembre (pour les rapports des 1er et 15 décembre) et le 17 janvier 2008 (pour les rapports bimensuels du 1er et du [1] janvier 2008).

16. L'arrêté nº 31/2007, qui a modifié et complété l'arrêté nº 18/2007, a en outre prévu que les gestionnaires étaient tenus d'indiquer aux participants, dans un délai de quinze jours à compter de la date de validation, pour quel fonds de pension leur adhésion avait été validée. Si les participants informés n'avaient pas signé d'acte individuel d'adhésion audit fonds, ils avaient la possibilité de déposer une requête écrite auprès de la CSSPP, et, après que celle-ci eut été tranchée, la CSSPP informait le gestionnaire de l'affiliation ou non du participant au fonds de pension privé.

II – Les faits à l'origine du litige et la question préjudicielle

17. ING Pensii est une société privée de gestion de fonds de pension. Elle opère notamment sur le marché des retraites privées obligatoires en Roumanie.

18. La présente affaire a pour origine une enquête menée par le Consiliul Concurenței et ayant pour objet une possible violation de l'article 5, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence (legea concurenței) nº 21/1996[6] et de l'article 81 CE (devenu article 101 TFUE) sur le marché roumain de la gestion privée des fonds de pension obligatoires (deuxième pilier).

19. Au terme de cette enquête, le Consiliul Concurenței est notamment parvenu à la conclusion qu'il existait sur ledit marché des ententes anticoncurrentielles ayant pour objet la répartition des clients entre les sociétés commerciales gestionnaires de ces fonds.

20. Par la décision nº 39, du 7 septembre 2010, le Consiliul Concurenței a sanctionné quatorze d'entre elles, parmi lesquelles figure la requérante. Les accords en cause, qui étaient conclus le plus souvent bilatéralement et qui prenaient des formes diverses, visaient des doublons. En concluant de tels accords, les administrateurs des fonds de pension privés auraient réparti les doublons à parts égales (selon la règle 50/50) entre eux et ainsi cherché à éviter le partage des doublons par la CNPAS.

21. Le 4 octobre 2010, devant la Curtea de Apel București (cour d'appel de Bucarest), ING Pensii a demandé, à titre principal, l'annulation de ladite décision nº 39 et, à titre subsidiaire, l'annulation partielle de cette décision, visant une réduction du montant de l'amende infligée.

22. La société requérante a fait valoir que l'accord en question n'était pas contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence et que les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE n'étaient pas remplies non plus. Elle a notamment soutenu que la répartition des participants enregistrés comme doublons n'avait produit aucun effet consistant à restreindre, à empêcher ou à fausser la concurrence sur le marché roumain de la gestion privée des fonds de pension obligatoires ou sur une partie significative de celui-ci. ING Pensii a également soutenu que la concurrence entre les gestionnaires des fonds de pension privés n'avait pas été éliminée, ceux-ci ayant été en concurrence au cours de la période initiale d'adhésion.

23. Le Consiliul Concurenței a, pour sa part, avancé que, pour établir le caractère anticoncurrentiel de l'arrangement qui avait été conclu entre les gestionnaires de fonds de pension privés, dont ING Pensii, il convenait de tenir compte du cadre juridique ayant fondé la constitution et le fonctionnement du marché de la gestion privée des fonds de pension obligatoires ainsi que des spécificités du marché sur lequel cet arrangement avait été conclu.

6 — Loi telle que modifiée, complétée et republiée (*Monitorul Oficial al României* nº 240 du 3 avril 2014). Aux termes de cette disposition, «[s]ont interdites toutes ententes, expresses ou tacites, entre opérateurs économiques ou associations d'opérateurs économiques, ainsi que toutes décisions prises par les associations d'opérateurs économiques et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché roumain ou sur une partie de celui-ci, et notamment celles qui consistent à: [...]
c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement [...]».

24. Par l'arrêt nº 749, du 6 février 2012, le recours d'ING Pensii a été rejeté par la Curtea de Apel Bucureşti.

25. La société requérante a alors formé un pourvoi devant la juridiction de renvoi. Elle a notamment soutenu que le choix d'un algorithme de calcul des doublons autre que celui prévu par la loi constituait non pas une infraction à la loi sur la concurrence mais, tout au plus, une infraction à la législation spécifique en matière de pensions privées obligatoires. En outre, l'entente s'étant limitée à la répartition des doublons, elle n'aurait pu affecter la concurrence sur le marché en question, étant donné que les doublons, qui représentaient moins de 1,5 % du marché, n'auraient pas fait l'objet de concurrence entre les gestionnaires des fonds de pension privés.

26. ING Pensii a également soutenu qu'elle n'avait aucun intérêt d'ordre pratique ou économique à la répartition des doublons à parts égales, étant donné qu'elle détenait déjà la plus grande part de marché à la date du 15 octobre 2007. En outre, l'accord aurait généré des effets positifs en conduisant à une plus grande efficacité du processus d'adhésion aux fonds de pension privés obligatoires, les participants ayant plus de chances de voir leur option respectée que dans le cas d'une répartition aléatoire.

27. La requérante a indiqué enfin que, en l'espèce, aucun effet de cloisonnement du marché national des fonds de pension privés obligatoires, qui serait dû au choix d'un autre algorithme de calcul des doublons, n'a été démontré. S'agissant d'un accord couvrant un pourcentage marginal du marché roumain, il serait évident que ses effets réels ou potentiels sont insignifiants et, en aucun cas, de nature à produire des effets sur le marché de l'Union européenne.

28. Le Consiliul Concurenței a demandé le rejet du pourvoi en soutenant, pour l'essentiel, que l'accord de répartition des doublons était de nature à fausser la concurrence sur le marché des fonds de pension privés obligatoires et, en tant que tel, avait un objet anticoncurrentiel. Selon lui, la capacité d'un accord de produire des effets négatifs et la constatation d'une infraction consistant dans la répartition de marché et des sources d'approvisionnement ne seraient pas conditionnées par le nombre de clients effectivement partagés, cet aspect relevant des effets concrets d'une entente.

29. C'est dans ces circonstances que la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour de la question préjudicielle suivante:

«Dans le cas d'une pratique de répartition des clients, le nombre final concret de ceux-ci est-il pertinent en ce qui concerne l'accomplissement de la condition relative à l'affectation significative de la concurrence, au sens des dispositions de l'article 101, paragraphe 1, sous c), TFUE?»

30. ING Pensii, le Consiliul Concurenței, le gouvernement roumain et la Commission européenne ont soumis des observations écrites à la Cour et ont été entendus lors de l'audience du 11 février 2015.

III – Analyse de la question préjudicielle

31. La présente demande de décision préjudicielle invite la Cour à indiquer si et dans quelle mesure le nombre de personnes affectées par des accords de répartition, tels que ceux visés dans l'affaire au principal, est un élément pertinent aux fins de déterminer si ces accords tombent sous le coup de l'interdiction des ententes visée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

32. Eu égard aux éléments d'informations fournis par la juridiction de renvoi, deux précisions préalables s'imposent.

33. En premier lieu, je suis d'avis que, si, dans le litige au principal, ne semble être directement mise en cause que l'application de dispositions nationales de droit roumain en matière de concurrence, à savoir notamment l'article 5, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence, la recevabilité de la question doit clairement être admise. En l'occurrence, ING Pensii a mis en cause l'applicabilité de l'article 101 TFUE, mais cette objection a été écartée par la juridiction de renvoi. Dès lors que ce sont précisément les conditions d'applicabilité de cette disposition qui constituent l'enjeu de l'affaire, on ne peut qu'adhérer à l'approche de cette dernière.

34. Par ailleurs, il est fait observer que cette disposition nationale, dans sa version actuellement en vigueur, reproduit presque mot pour mot l'interdiction des accords restrictifs de concurrence édictée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Dans de telles circonstances, je considère qu'il y a lieu, dans le prolongement des solutions retenues dans de nombreux précédents jurisprudentiels portant sur des pratiques restrictives en application du droit national de la concurrence [7], d'accueillir favorablement le présent renvoi préjudiciel. Il existe en effet un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer [8].

35. En second lieu, il convient de relever que, si c'est bien la question de l'existence, dans l'affaire au principal, d'une restriction de concurrence «par objet» qui semble être au cœur du débat et qui fera l'objet des développements les plus importants dans les présentes conclusions, la généralité des termes employés par la juridiction de renvoi dans la formulation de sa question préjudicielle nous invite également à nous pencher plus globalement sur la condition relative à l'affectation significative de la concurrence. La juridiction de renvoi a, d'ailleurs, souligné que, en l'occurrence, il s'agit de se prononcer aussi bien sur la nature anticoncurrentielle de l'entente en cause que sur la question de savoir si les accords de répartition des doublons étaient susceptibles de modifier la structure du marché de la gestion privée des fonds de pension obligatoires en l'affectant de manière significative.

A – *Sur la pertinence du nombre de personnes concrètement visées par les accords litigieux dans la détermination d'un objet restrictif de concurrence*

36. En l'occurrence, pour répondre à la question posée par la juridiction de renvoi, il me semble indispensable, après avoir rappelé la jurisprudence pertinente, de procéder à un examen des accords de répartition litigieux. S'il appartient, en définitive, à la seule juridiction de renvoi de juger si ces accords sont de nature à tomber sous le coup de l'interdiction des ententes visée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la Cour n'en est pas moins invitée à éclairer le juge national en vue de déterminer si ces accords présentent un objet anticoncurrentiel ou, dans la négative, des effets anticoncurrentiels.

1. Rappel des enseignements de la jurisprudence

37. Il convient de rappeler que, pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée doit avoir «pour objet *ou* pour effet» [9] d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence dans le marché intérieur.

7 — Voir, notamment, arrêts Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, points 12 à 22); Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, points 13 à 23); ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:775, points 19 à 29), et Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, points 17 à 23).

8 — Voir arrêt Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, point 20 ainsi que jurisprudence citée.

9 — Soulignement ajouté par mes soins.

38. Selon une jurisprudence constance depuis l'arrêt LTM [10], le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction «ou», conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué. Ainsi, lorsque l'objet anticoncurrentiel d'un accord est établi, il n'y a pas lieu de rechercher ses effets sur la concurrence.

39. Quant à la distinction entre les infractions «par objet» et les infractions «par effet», il ressort là encore d'une jurisprudence constante et rappelée encore récemment avec force dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt CB/Commission [11], qu'elle tient au fait que certains types de coordination entre entreprises révèlent un *degré suffisant de nocivité* à l'égard de la concurrence pour qu'il puisse être considéré que *l'examen de leurs effets n'est pas nécessaire.*

40. À cet égard, il est désormais bien acquis que certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. Ainsi, il doit être admis que certains comportements collusoires, tels que ceux conduisant à la fixation horizontale des prix par des cartels, peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché. En effet, l'expérience montre que de tels comportements entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment, en particulier, des consommateurs [12].

41. Afin d'apprécier si un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence «par objet» au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il est préconisé de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre de l'appréciation de ce contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte [13].

42. Ainsi que je l'ai mentionné dans mes conclusions dans l'affaire CB/Commission [14], si l'appréciation plus standardisée à laquelle aboutit le recours à la notion de restriction «par objet» suppose un examen circonstancié et individuel de l'accord litigieux, cet examen doit toutefois être clairement distingué de l'examen des effets réels ou potentiels des comportements des entreprises incriminées.

43. À mon sens, la prise en compte du contexte économique et juridique dans la recherche d'un objet anticoncurrentiel doit, au risque d'instaurer un glissement dommageable à la bonne lecture de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, être clairement distinguée de la démonstration des effets anticoncurrentiels en vertu de la seconde branche de l'alternative visée par cette disposition. La prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne peut venir que conforter ou neutraliser l'examen des termes même de l'entente supposée. Elle ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel par la démonstration des effets potentiels des mesures visées. En d'autres termes, et indépendamment des similarités conceptuelles existant entre les

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

11 — C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 49.

12 — Arrêt CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, points 49 à 51 et jurisprudence citée).

13 — Arrêt CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, points 53 et 54 ainsi que jurisprudence citée).

14 — C-67/13 P, EU:C:2014:1958, point 40.

deux branches de cette alternative, le recours au contexte économique et juridique lorsqu'il s'agit d'identifier une restriction «par objet» ne peut aboutir à une qualification à charge des entreprises incriminées en présence d'un accord dont les termes ne révèlent pas de la nocivité du point de vue de la concurrence [15].

44. C'est à la lumière de ces précisions que je me propose d'examiner les accords litigieux après avoir succinctement rappelé, d'abord, le contexte général et les modalités de leur élaboration.

2. Description du contexte général et des modalités d'élaboration des accords litigieux

45. Les accords bilatéraux de répartition des doublons conclus entre les gestionnaires de fonds de pension privés, qui sont mis en cause dans l'affaire au principal, s'insèrent dans le cadre de l'adhésion, rendue obligatoire à compter de l'année 2007 pour les personnes âgées de moins de 35 ans (personnes relevant du deuxième pilier), à l'un des 18 fonds de pension privés agréés à cet effet.

46. Compte tenu de la nature obligatoire de l'adhésion à un (et uniquement un) des fonds de pension pour les personnes relevant du deuxième pilier, il ne pouvait être envisagé que, à l'issue de la période initiale d'adhésion, d'une durée d'environ quatre mois, les personnes visées ne soient pas considérées comme étant affiliées à un fonds bien précis.

47. Dans ce contexte, il est important de noter que, conformément à la législation en vigueur, l'affiliation à un fonds de pension ne devient légalement valide que lorsqu'elle est enregistrée à la CNPAS. Précédemment à cet enregistrement, il n'y a aucune validité ou présomption d'affiliation à un fonds particulier. Il convient également de souligner qu'il n'est pas possible pour une personne ayant adhéré à un fonds de pension à gestion privée et qui a été enregistrée comme telle à la CNPAS de modifier son adhésion avant une période de deux ans, sous peine de se voir exposée à d'importants frais, ce qui, en quelque sorte, fige les adhésions pour le futur.

48. Ainsi, dans le cas où des participants figuraient dans les rapports de plusieurs gestionnaires (les doublons) et où il n'a pas été possible, pour l'une ou l'autre raison, de procéder à la vérification de l'acte d'adhésion, le législateur avait prévu que les participants devaient être répartis de manière «aléatoire» et directement proportionnelle au nombre de personnes dont l'adhésion avait été validée pour chaque fonds de pension privé par rapport au nombre total de personnes dont l'adhésion avait été validée pour l'ensemble des fonds de pension privés.

49. Il apparaît que cette répartition reflétait, pour l'essentiel, le jeu de la concurrence entre les fonds de pension participants pendant la période d'adhésion, parce qu'il était proportionnel au nombre de personnes validées par chaque fonds au moment de la répartition. Il ressort des informations fournies à la Cour par le Consiliul Concurenței que la répartition en fonction du nombre d'actes d'adhésion validés était une mesure de nature à encourager une participation plus active des acteurs du marché afin d'attirer les participants et de garantir une structure du marché sur une base concurrentielle.

15 — Ibidem, points 44 et 45.

50. Enfin, toujours selon les informations fournies par le Consiliul Concurenței, la conclusion des accords de répartition litigieux, qui a été effectuée informellement, a commencé antérieurement à la période d'adhésion initiale qui avait débuté le 14 septembre 2007 [16]. Or, à cette époque, il n'était pas possible de quantifier ni même d'estimer le nombre final de participants enregistrés comme doublons. En d'autres termes, les gestionnaires des fonds de pension ont, par la conclusion des accords en cause, décidé de déroger au système de répartition légale des doublons en répartissant eux-mêmes leurs clients sans connaître le nombre exact de personnes qui seraient, en définitive, concernées.

51. Enfin, la répartition des participants enregistrés comme doublons était le plus souvent effectuée sur une base bilatérale entre la majorité des sociétés gestionnaires des fonds de pension. La répartition en cause qui se faisait à parts égales entre les gestionnaires aboutissait à retirer les personnes concernées du registre des doublons et à valider leur adhésion à un des deux fonds auprès de la CNPAS. En ne procédant pas au contrôle de l'authenticité des adhésions légalement prévu et en procédant à une répartition à 50/50, les gestionnaires se sont sciemment soustraits à des règles reflétant le résultat de la concurrence que les gestionnaires devaient se livrer.

52. C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'examiner si les accords en cause peuvent être considérés ou non comme présentant, en eux-mêmes, un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence et, partant, comme étant restrictifs «par objet».

3. Examen de la question de savoir si les accords de répartition des doublons litigieux sont porteurs d'une restriction «par objet» au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE

53. Je vais, pour ce faire, reprendre la grille d'analyse que j'ai exposée précédemment en m'attachant à examiner successivement la teneur des accords de répartition, les objectifs qu'ils visent à atteindre ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent.

a) Sur la teneur des accords de répartition litigieux

54. Par les accords litigieux, certains gestionnaires de fonds sont, à première vue, convenus de partager, sur une base bilatérale, les personnes non définitivement affiliées et enregistrées comme ayant signé plusieurs actes d'adhésion à des fonds de pension différents.

55. Ainsi, les gestionnaires de fonds de pension privés dont les participants apparaissaient comme ayant signé plusieurs actes d'adhésion individuels ont convenu de répartir bilatéralement les doublons (qui représentaient des clients potentiels de toutes les sociétés de gestion) selon la règle 50/50, alors qu'ils étaient tenus de vérifier, au préalable, la volonté réelle des participants apparaissant comme ayant signé deux actes d'adhésion et, le cas échéant, signaler tout acte d'adhésion à la CNPAS, ces participants devant être invalidés et inclus dans le système de répartition aléatoire.

56. Si, ainsi que ING Pensii l'a avancé dans ses observations, il pouvait, en quelque sorte, être présumé que lesdites personnes avaient marqué une certaine préférence pour adhérer à un des deux fonds concernés, il n'en demeure pas moins que, ainsi que cela ressort de la législation nationale pertinente, une personne n'acquiert la qualité de participant à un fonds de pension qu'en signant un acte d'adhésion individuel qui doit, ensuite, être dûment enregistré auprès de l'institution compétente (article 32, paragraphes 1 à 4, de la loi n° 411/2004).

16 — Selon les informations recueillies lors de l'enquête menée par le Consiliul Concurenței, l'un des gestionnaires a, le 15 août 2007, proposé aux sociétés concurrentes de conclure des ententes bilatérales et multilatérales fixant des critères mutuels de validation en cas d'actes d'adhésion multiples à plusieurs fonds et sanctionnant financièrement les sociétés qui ne se soumettraient pas à ces critères. Des accords de répartition des doublons dérogeant au dispositif légalement prévu auraient également été proposés lors d'une réunion de l'Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (association pour les retraites privées en Roumanie).

b) Sur les finalités objectives des accords litigieux

57. Il apparaît assez évident que l'objectif poursuivi par la conclusion des accords en cause était de déroger au système de répartition aléatoire des doublons prévu en vertu de la législation applicable.

58. En effet, en vertu de cette législation, les doublons devaient être invalidés et répartis aléatoirement entre *l'ensemble* des gestionnaires, qui, lors de la période d'adhésion initiale, étaient au nombre de 18. Par la conclusion des accords litigieux, les gestionnaires concernés s'assuraient une répartition à parts égales entre eux.

59. Eu égard à la teneur et aux finalités objectives des accords litigieux, il apparaît que ces accords s'apparentent à des accords de répartition de clients qui sont susceptibles de présenter, par leur nature même, un degré suffisant de nocivité. Il apparaît en effet que ces accords sont susceptibles de fausser la concurrence sur le marché des pensions privées obligatoires à une étape clé de la formation du marché.

60. Dans ce contexte, il me semble important de rappeler que, au moment de la conclusion des accords de répartition entre les gestionnaires, qui s'est souvent manifestée avant même le début de la période d'adhésion, il existait une incertitude quant au nombre de personnes qui seraient mentionnées sur le registre des doublons. Or, l'aptitude de ces accords à produire des effets sensibles sur le marché doit être examinée au regard des éléments connus lors de la conclusion desdits accords, et ne saurait tenir compte de constats factuels ultérieurs à la conclusion des mêmes accords.

61. En l'occurrence, la capacité des accords en cause à modifier la structure du marché, en soustrayant un certain nombre de clients au jeu de la concurrence entre les fonds de pension, ne peut être niée. Cette capacité existe indépendamment des effets concrets qui ont été, ou qui auraient pu être, observés.

62. À ce stade de mon examen, je suis donc d'avis que lesdits accords sont, prima facie, restrictifs de concurrence du fait de leur objet même.

63. La prise en compte du contexte économique et juridique pertinent ne me semble pas de nature, ainsi que je l'exposerai par la suite, à invalider cette première conclusion.

c) Sur la prise en compte du contexte économique et juridique d'élaboration des accords litigieux

64. Ainsi que je l'ai mentionné précédemment, la nécessité de bien distinguer l'identification d'une restriction «par objet» de celle d'une restriction «par effet» implique que l'examen du contexte d'élaboration des accords en cause ne peut s'apparenter à un examen des effets en tant que tels de l'accord. Si le juge national doit dans tous les cas effectuer une évaluation individuelle des accords dans le contexte juridique et économique de leur conclusion, cette évaluation ne revient pas à un examen précis des effets réels et potentiels et, le cas échéant, de leur caractère significatif, produits par ces accords.

65. La prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne peut ainsi venir que *conforter ou neutraliser* l'examen des termes mêmes et des finalités objectives de l'entente supposée. Elle ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel par la démonstration des effets potentiels des mesures visées. Cette conclusion me semble tout naturellement pouvoir être déduite de la formulation retenue par la Cour, qui indique assez clairement que, dans le cas où l'analyse de la *teneur* de l'accord ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'en examiner les effets et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait,

soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible [17].

66. Cette précision me semble importante en l'espèce, puisque, au terme de l'examen de la teneur et des finalités objectives des accords en cause, il apparaît que ceux-ci sont, par leur nature, porteur d'un degré de nocivité pour la concurrence tel qu'il doit être admis qu'ils sont, a priori, porteurs d'une restriction «par objet» au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

67. Aussi, l'examen du contexte dans les circonstances telles que celles en cause dans l'affaire au principal doit servir à déterminer si, en dépit de leur caractère prima facie anticoncurrentiel, il est possible de disculper les sociétés gestionnaires des fonds de pension privés eu égard au contexte économique et juridique de la conclusion des accords de répartition litigieux ou si, au contraire, l'examen de ce contexte conduit à conforter la conclusion, retenue au terme de l'examen des termes et des objectifs poursuivis par la conclusion de ces accords, selon laquelle ils ont un objet anticoncurrentiel.

68. Or, s'agissant des contextes économique et juridique, qui sont en l'occurrence fortement imbriqués, il ressort des informations fournies tant par la juridiction de renvoi que par les parties intéressées que le contexte d'élaboration des accords de répartition litigieux est caractérisé par les éléments suivants.

69. En premier lieu, les accords ont été conclus dans le contexte de l'émergence d'un nouveau marché («infant market») en Roumanie, à savoir celui de la gestion privée des fonds de pension obligatoires, dont la mise en place a débuté en 2007 par l'autorisation, accordée par la CSSPP, d'un certain nombre de sociétés ayant pour objet exclusif cette gestion. Dans le cadre de la formation de ce marché, qui, selon les informations fournies par le Consiliul Concurenței, visait environ quatre millions de personnes, la période d'adhésion initiale constituait indéniablement une étape décisive aux fins de la détermination de la structure dudit marché et des parts détenues par chaque société gestionnaire autorisée.

70. Dans cette perspective, la règle arithmétique, légalement prévue, de répartition aléatoire et proportionnelle des personnes n'ayant pas adhéré à un fonds de pension ou n'apparaissant pas comme ayant fait un choix valable (tels les doublons), dont le nombre ne pouvait être connu, visait, dans un contexte de stimulation de la concurrence entre les gestionnaires, notamment à préserver et à garantir une structure de ce nouveau marché de la gestion privée des fonds de pension obligatoires qui correspond aux efforts déployés par chaque gestionnaire en vue d'attirer le plus grand nombre de participants lors de la phase d'adhésion initiale et aux choix réellement et légalement exprimés par les personnes.

71. En deuxième lieu, il convient de relever que la constitution du marché de la gestion privée des fonds de pension obligatoires s'est matérialisée au cours d'une période relativement courte, à savoir quatre mois, à l'issue de laquelle la position de chacun des gestionnaires de fonds a potentiellement une influence décisive sur les parts de marché qu'ils détiendront ensuite. La nature même de ce marché et le fait que les participants s'exposent à une sanction pécuniaire substantielle (pénalités de transfert prévues par la loi nº 411/2004) en cas de modification de leur choix de fonds, implique une mobilité réduite des consommateurs visés et fixe en quelque sorte les parts de marché détenues par les sociétés concernées à l'issue de la période d'adhésion.

72. En troisième lieu, si, ainsi que l'a mentionné ING Pensii, certains gestionnaires ont avancé que les accords de répartition visaient à pallier les difficultés d'ordre pratique et la nécessité de remédier à un dispositif légal de répartition jugé, dans les faits, inefficace, force est de relever que les accords litigieux ont, selon toute vraisemblance, été conclus avant même qu'une quelconque difficulté, liée à la mise en place du processus initial d'adhésion, se soit encore manifestée.

17 — Voir, notamment, arrêts LTM (56/65, EU:C:1966:38, page 359) et Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 135 ainsi que jurisprudence citée).

73. À supposer même qu'il faille retenir l'argumentation avancée par la requérante, selon laquelle le cadre législatif ayant accompagné la mise en place du marché de la gestion privée des fonds de pension était caractérisé par de nombreuses lacunes, elle ne saurait invalider le constat selon lequel lesdits gestionnaires se sont délibérément soustraits aux règles de répartition des participants légalement prévues, et ce dans un sens qui était de nature à modifier la structure du marché résultant des efforts qu'ils ont réellement déployés et qui se sont matérialisés par des adhésions légalement valides.

74. En effet, je rappelle que, selon la législation pertinente, les doublons devaient être invalidés et attribués de manière aléatoire et proportionnelle aux parts de marché détenues à l'issue du processus de validation des adhésions. En concluant de manière bilatérale des accords portant sur la répartition des doublons entre eux sans qu'un choix légalement valide se soit clairement porté sur eux, les gestionnaires des fonds se sont soustraits à l'application de règles transparentes au détriment du libre jeu de la concurrence.

75. Il ressort de ces considérations que les éléments contextuels propres à l'affaire au principal ne m'apparaissent pas de nature à invalider la conclusion selon laquelle les accords de répartition ont un objet anticoncurrentiel, mais que, au contraire, ils confortent cette conclusion.

76. Il me semble que ce type d'accord se heurte de manière patente à la conception inhérente aux dispositions du TFUE relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché et concourir librement pour tout client sur le marché. Par la conclusion de ces accords, les gestionnaires de fonds se sont coordonnés en vue de minimiser les risques de la concurrence [18].

77. En conséquence, je suis d'avis que les accords de répartition des participants ayant signé plusieurs actes d'adhésion, conclus entre les gestionnaires de fonds de pension à gestion privée en dérogation des règles légalement prévues, remplissent toutes les conditions pour être qualifiés de restrictifs «par objet».

78. Reste à examiner si le nombre de personnes concrètement affectées par les accords de répartition peut éventuellement être pertinent pour conclure à l'existence d'une affectation sensible de la concurrence.

B – *Sur la pertinence du nombre de personnes concrètement affectées dans l'examen de l'existence d'une affectation significative ou sensible de la concurrence*

79. Tout bien considéré et eu égard aux circonstances de l'espèce, la question posée en l'espèce revient à déterminer si l'effet concret des accords de répartition litigieux, qui semblent bel et bien comporter un objet anticoncurrentiel, peut s'avérer pertinent pour conclure à l'existence d'une restriction de la concurrence.

80. Il me semble qu'il convient d'apporter une réponse négative à cette question. Dès lors qu'il est conclu qu'un accord a un objet anticoncurrentiel, il n'est nullement besoin d'examiner les effets concrets de celui-ci.

81. En effet, une fois l'objet anticoncurrentiel desdits accords établis, il n'y a plus lieu d'examiner le point de savoir si ceux-ci affectent sensiblement la concurrence sur le marché. Dans la mesure où les comportements anticoncurrentiels sont prohibés en raison de leur nature même, eu égard au degré de nocivité qu'ils présentent pour la concurrence, il n'est nullement nécessaire de les caractériser par un impact économique ou une étendue géographique précis.

18 — Voir, en ce sens, arrêt Beef Industry Development Society et Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, point 34).

82. Là encore, il importe de rappeler qu'une entente restrictive «par objet» est interdite quelles que soient les conséquences in fine produites par celle-ci, mais du seul fait du danger potentiel qu'elle représente sur la concurrence. Ainsi que la Cour l'a notamment souligné dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Expedia [19], il y a lieu de considérer qu'un accord susceptible d'affecter le commerce entre États membres et ayant un objet anticoncurrentiel constitue, par sa nature et indépendamment de tout effet concret de celui-ci, une restriction sensible du jeu de la concurrence (point 37 de cet arrêt).

83. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que, dans les circonstances telles que celles de l'espèce, le nombre de clients (doublons) qui ont effectivement été répartis entre les gestionnaires des fonds de pension privés est dénué de pertinence, ce point relevant des effets concrets d'une entente, effets qui, dans le cas des accords restrictifs «par objet», n'ont pas à être examinés. L'objet anticoncurrentiel d'un accord de répartition, plus particulièrement l'aptitude dudit accord à produire des effets négatifs sur le marché, ne saurait dépendre du nombre concret de clients effectivement répartis, mais uniquement des termes et des finalités objectives de cet accord à la lumière du contexte économique et juridique de sa conclusion.

84. S'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète des effets d'un accord pour établir l'existence d'une restriction de concurrence «par objet», il n'en reste pas moins que l'accord en question doit être objectivement apte à produire une telle restriction. En d'autres termes, le juge ne peut, dans le cadre du contexte économique et juridique des accords, nullement ignorer complétement les effets potentiels de ceux-ci eu égard aux données connues à la date de conclusion de ceux-ci.

85. Je suis en effet d'avis que l'exigence selon laquelle la restriction en cause doit être sensible ne saurait être écartée en présence d'une restriction «par objet», mais qu'elle est en quelque sorte absorbée par l'examen du contexte économique et juridique effectué en vue de confirmer l'aptitude réelle de l'accord en cause à produire un tel effet de restriction. Dans le cas où le juge viendrait à conclure, au terme de son examen du contexte économique et juridique, que l'accord en cause n'est potentiellement de nature qu'à produire des effets insignifiants sur la concurrence, compte tenu notamment de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause, il peut être amené à conclure que cet accord échappe à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

86. S'agissant du cas d'espèce, il n'apparaît pas que les circonstances juridiques et économiques évoquées plus haut dans lesquelles les accords s'inscrivent soient de nature à faire douter d'une restriction de nature à affecter sensiblement la concurrence.

IV – Conclusion

87. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de répondre à la question préjudicielle posée par l'Înalta Curte de Casație și Justiție (Roumanie) dans les termes suivants:

L'article 101, paragraphe 1, sous c), TFUE doit être interprété en ce sens que, en présence d'un accord de répartition des clients, tel que ceux conclus entre les fonds de pension dans l'affaire au principal, qui constitue, par nature, une infraction ayant un objet anticoncurrentiel, le nombre final concret de clients partagés n'est pas pertinent en ce qui concerne l'accomplissement de la condition relative à la restriction de la concurrence, au sens de l'article 101, paragraphe 1, sous c), TFUE.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.