Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NILS WAHL
presentate il 23 aprile 2015 [1]

Causa C-172/14

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

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Înalta Curte de Casație și Justiție (Suprema Corte di cassazione) (Romania)]

«Rinvio pregiudiziale — Concorrenza — Intese — Modalità di ripartizione della clientela nel mercato rumeno della gestione privata dei fondi pensione obbligatori — Sussistenza di una restrizione della concorrenza "per oggetto" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE — Pregiudizio per il commercio fra Stati membri»

1. La presente causa trae origine da una controversia pendente tra la ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (in prosieguo: la «ING Pensii»), una società di gestione di un fondo pensione privato, e il Consiliul Concurenței (Autorità rumena garante della concorrenza) riguardo ad una domanda di annullamento di una decisione che condanna tale società al pagamento di un'ammenda per aver partecipato ad un accordo inteso a restringere la concorrenza nel mercato dei fondi pensione privati. Essa verte in particolare sugli accordi, intercorsi tra gli amministratori di fondi pensione privati obbligatori, di ripartizione dei doppioni, ossia delle persone che, a causa della violazione delle norme applicabili in materia o della negligenza di taluni agenti commerciali, hanno aderito a due o più fondi nel periodo iniziale di adesione legalmente avviato nel 2007 (in prosieguo: i «doppioni»).

2. Il presente rinvio pregiudiziale, motivato principalmente dal fatto che esistono interpretazioni divergenti tra i giudici rumeni, induce la Corte a fornire alcuni chiarimenti sulle nozioni di restrizione «per oggetto» e di distorsione significativa della concorrenza. Essa offre, in particolare, l'opportunità di ribadire gli elementi di cui si deve tener conto e il metodo di analisi da applicare per stabilire se un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

I – **Contesto normativo nazionale**

3. Il sistema di ripartizione dei doppioni in esame nel caso di specie si inserisce nell'ambito della normativa nazionale rumena relativa alla costituzione, all'organizzazione e al funzionamento del mercato della gestione privata dei fondi pensione obbligatori.

4. Il diritto nazionale applicabile è indubbiamente caratterizzato da una certa complessità. Senza pretese di esaustività e ai fini dell'analisi che seguirà, si devono sottolineare i seguenti elementi.

1 — Lingua originale: il francese.

A – *Norme generali relative all'adesione ai fondi pensione privati*

5. Il regime pensionistico in Romania è così costituito:

— primo pilastro: componente obbligatoria, fondata sulla redistribuzione, gestita pubblicamente;

— secondo pilastro: componente obbligatoria, fondata sulla capitalizzazione, gestita privatamente da società anonime aventi ad oggetto la gestione di fondi pensione e disciplinata dalla legge n. 411/2004 relativa ai fondi pensione a gestione privata (legea privind fondurile de pensii administrate privat) [2];

— terzo pilastro: componente facoltativa, fondata sulla capitalizzazione, anch'essa gestita privatamente.

6. Ai sensi della legge n. 411/2004, 18 società commerciali aventi ad oggetto esclusivamente la gestione di fondi pensione sono state autorizzate dalla Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (Commissione di vigilanza del regime pensionistico privato) (in prosieguo: la «CSSPP») nel periodo compreso tra il 25 luglio 2007 e il 9 ottobre 2007, in quanto ciascuna di tali società poteva amministrare un solo fondo pensione in Romania.

7. Ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 1, della legge n. 411/2004, le persone che non abbiano superato i 35 anni, che siano assicurate e che versino contributi al regime pensionistico pubblico (primo pilastro) devono aderire anche a un fondo pensione a gestione privata (secondo pilastro).

8. Non possono aderire al secondo pilastro le persone che abbiano superato i 45 anni o quelle che non versino contributi al regime pensionistico pubblico (primo pilastro). Le persone di età compresa tra i 35 e i 45 anni che contribuiscono al primo pilastro possono scegliere di partecipare o meno al secondo pilastro (articolo 30, paragrafo 2, della legge n. 411/2004). Indipendentemente dalla contribuzione al primo e al secondo pilastro, qualsiasi persona fisica può contribuire al terzo pilastro, anche se ciò non può determinare la sostituzione della contribuzione al primo o al secondo pilastro, per le persone che sono tenute a contribuire a tali regimi pensionistici.

9. Per quanto concerne i partecipanti al secondo pilastro, i soli interessati dal procedimento principale, l'articolo 31 della legge n. 411/2004 prevede che una persona non possa sottoscrivere, contemporaneamente, più fondi pensione e possa avere solo un conto presso il fondo pensione cui partecipa.

10. Ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 1, della legge n. 411/2004, una persona acquisisce la qualità di partecipante a un fondo pensione solo mediante la sottoscrizione di un atto di adesione individuale, di propria iniziativa oppure a seguito della sua iscrizione al fondo ad opera dell'istituzione preposta alla registrazione.

11. Ai sensi dell'articolo 33 della legge n. 411/2004, qualsiasi persona che non abbia già aderito a uno dei fondi pensione privati entro un dato termine viene iscritta in modo aleatorio a uno dei fondi pensione dall'istituzione preposta alla registrazione. Tale ripartizione era effettuata in modo proporzionale alle quote di mercato detenute da ciascun amministratore (articolo 33, paragrafo 2).

2 — Legge n. 411/2004, come nuovamente pubblicata nel *Monitorul Oficial al României* n. 482, del 18 luglio 2007, nonché modificata e integrata con decreto legge del governo n. 112/2007, pubblicata nel *Monitorul Oficial al României* n. 710, del 22 ottobre 2007 (in prosieguo: la «legge n. 411/2004»).

B – *Norme specifiche relative all'adesione iniziale a un fondo pensione privato, alla procedura di convalida delle adesioni e alla ripartizione aleatoria dei partecipanti non iscritti*

12. La procedura di adesione iniziale a un fondo pensione privato e la procedura di convalida e di ripartizione aleatoria dei partecipanti sono state disciplinate dal regolamento n. 18/2007 relativo all'adesione iniziale e alla registrazione dei partecipanti ai fondi pensione privati [3], come modificato e integrato dal regolamento n. 31/2007 [4] (in prosieguo: il «regolamento n. 18/2007)».

13. Ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 18/2007, la procedura di adesione iniziale a un fondo pensione a gestione privata doveva svolgersi nell'arco di un periodo di quattro mesi, che ha avuto inizio il 17 settembre 2007 e si è concluso il 17 gennaio 2008 (articolo 5, paragrafo 6, del regolamento n. 18/2007). Durante tale periodo, tutte le persone di età inferiore a 35 anni al 31 dicembre 2007 o che abbiano compiuto 35 anni in tale data, qualora soddisfino inoltre taluni requisiti, devono aderire a un fondo pensione privato (articoli 4, paragrafo 1, e 5, paragrafo 3, del regolamento n. 18/2007).

14. Per quanto concerne la procedura di convalida e di ripartizione aleatoria dei partecipanti (articoli da 19 a 31 del regolamento n. 18/2007), il regolamento n. 18/2007 prevedeva che gli amministratori dovessero trasmettere all'Ufficio nazionale sulle pensioni e sulle altre prestazioni previdenziali (Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale; in prosieguo: la «CNPAS»), due volte al mese (il 1º e il 15 di ogni mese), una relazione contenente informazioni sulle persone che avevano sottoscritto un atto di adesione individuale nelle due settimane precedenti l'elaborazione di tale relazione. Se, nell'ambito delle relazioni bimensili, risultava dalle relazioni inviate da uno o più amministratori che una persona aveva sottoscritto più atti di adesione individuali oppure si rilevava che la sua adesione era stata temporaneamente convalidata nell'ambito di precedenti relazioni, la CNPAS inseriva tale persona nella tabella elettronica dei doppioni (articolo 21, paragrafo 1, del regolamento n. 18/2007). In tal caso, gli amministratori dei fondi erano altresì tenuti per legge a verificare l'autenticità dell'atto di adesione individuale e della copia della carta d'identità, corredati della firma autografa della persona che risultava aver sottoscritto più atti di adesione individuali e, qualora fosse stata riscontrata l'autenticità dell'atto, gli amministratori potevano trasmettere nuovamente alla CNPAS, nella successiva relazione bimensile, le informazioni relative all'adesione della persona interessata.

15. Al termine della procedura di adesione iniziale, le persone la cui adesione risultava temporaneamente convalidata erano registrate come convalidate, e quelle che risultavano avere sottoscritto più di un atto di adesione individuale erano iscritte nel registro dei partecipanti come non convalidate e ripartite in modo aleatorio [5]. Pertanto, la ripartizione aleatoria doveva essere applicata alle persone che, sebbene tenute ad aderire a un fondo pensione privato durante la fase di adesione iniziale, non l'avessero fatto, nonché alle persone iscritte nel registro in quanto persone la cui adesione non era stata convalidata. La ripartizione tra i fondi privati era effettuata dalla CNPAS, in modo direttamente proporzionale al numero di persone la cui adesione era stata convalidata per ciascun fondo pensione privato rispetto al numero totale di persone la cui adesione era stata convalidata per tutti i fondi pensione privati.

3 — Pubblicato nel *Monitorul Oficial al României* n. 503, del 27 luglio 2007.

4 — Pubblicato nel *Monitorul Oficial al României* n. 746, del 2 novembre 2007.

5 — A seguito delle modifiche apportate dal regolamento n. 31/2007, la convalida o la mancata convalida delle persone che avevano sottoscritto più di un atto di adesione si effettuava mensilmente, il 15 novembre (per le relazioni bimensili del 1º e 15 ottobre e del 15 novembre), il 15 dicembre (per le relazioni del 1º e 15 dicembre) e il 17 gennaio 2008 (per le relazioni bimensili del 1º e [1]5 gennaio 2008).

16. Il regolamento n. 31/2007, che ha modificato e integrato il regolamento n. 18/2007, ha inoltre previsto che gli amministratori dovessero indicare ai partecipanti, entro quindici giorni dalla data di convalida, per quale fondo pensione la loro adesione era stata convalidata. Qualora i partecipanti informati non avessero sottoscritto alcun atto di adesione individuale al suddetto fondo, essi potevano depositare una domanda scritta presso la CSSPP e, non appena quest'ultima fosse stata definita, la CSSPP informava l'amministratore riguardo all'iscrizione o meno del partecipante al fondo pensione privato.

II – **Fatti all'origine della controversia e questione pregiudiziale**

17. La ING Pensii è una società privata di gestione di fondi pensione. Essa opera, in particolare, nel mercato delle pensioni private obbligatorie in Romania.

18. La presente causa tra origine da un'indagine condotta dal Consiliul Concurenței e avente ad oggetto un'eventuale violazione dell'articolo 5, paragrafo 1, della legge sulla concorrenza (legea concurenței) n. 21/1996 [6] e dell'articolo 81 CE (divenuto articolo 101 TFUE) nel mercato rumeno della gestione privata dei fondi pensione obbligatori (secondo pilastro).

19. Al termine di tale indagine, il Consiliul Concurenței è, in particolare, giunto alla conclusione che esistessero nel predetto mercato intese anticoncorrenziali aventi ad oggetto la ripartizione dei clienti tra le società commerciali amministratrici di tali fondi.

20. Con la decisione n. 39, del 7 settembre 2010, il Consiliul Concurenței ne ha sanzionate quattordici, tra le quali figura la ricorrente. Gli accordi in esame, che, il più delle volte, erano stipulati bilateralmente e assumevano forme diverse, riguardavano i doppioni. Nello stipulare tali accordi, gli amministratori dei fondi pensione privati si sarebbero ripartiti tra loro i doppioni in parti uguali (secondo il criterio del 50/50) e avrebbero pertanto cercato di evitare la ripartizione dei doppioni da parte della CNPAS.

21. Il 4 ottobre 2010 l'ING Pensii ha chiesto dinanzi alla Curtea de Apel București (Corte d'appello di Bucarest), in via principale, l'annullamento della suddetta decisione n. 39 e, in via subordinata, l'annullamento parziale della stessa decisione, diretto a ottenere una riduzione dell'importo dell'ammenda inflitta.

22. La società ricorrente ha affermato che l'accordo in questione non era contrario all'articolo 5, paragrafo 1, della legge sulla concorrenza e che non erano soddisfatte nemmeno le condizioni per l'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Essa ha sostenuto, in particolare, che la ripartizione dei partecipanti registrati come doppioni non aveva prodotto alcun effetto consistente nel restringere, impedire o falsare la concorrenza nel mercato rumeno della gestione privata dei fondi pensione obbligatori o in una parte significativa di quest'ultimo. La ING Pensii ha altresì sostenuto che la concorrenza tra gli amministratori dei fondi pensione privati non era stata eliminata, posto che questi ultimi erano stati in concorrenza durante il periodo iniziale di adesione.

23. Il Consiliul Concurenței, dal canto suo, ha affermato che, per stabilire il carattere anticoncorrenziale dell'accordo che era stato stipulato tra gli amministratori di fondi pensione privati, tra cui la ING Pensii, si doveva tener conto del quadro giuridico posto a fondamento della costituzione e del funzionamento del mercato della gestione privata dei fondi pensione obbligatori nonché delle specificità del mercato nel quale tale accordo era stato stipulato.

6 — Legge, come modificata, integrata e nuovamente pubblicata (*Monitorul Oficial al României* n. 240, del 3 aprile 2014). Ai sensi di tale disposizione, «[sono] vietate tutte le intese, espresse o tacite, tra operatori economici o associazioni di operatori economici, tutte le decisioni adottate dalle associazioni di operatori economici e tutte le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato rumeno o in una parte di quest'ultimo, e in particolare quelle consistenti nel: (...)
c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento (…)».

24. Con la sentenza n. 749, del 6 febbraio 2012, il ricorso della ING Pensii è stato respinto dalla Curtea de Apel București.

25. La società ricorrente ha quindi proposto un'impugnazione dinanzi al giudice del rinvio. Essa ha, in particolare, sostenuto che la scelta di un algoritmo per calcolare i doppioni, diverso da quello previsto dalla legge, non costituiva una violazione della legge sulla concorrenza, ma, tutt'al più, una violazione della normativa specifica in materia di pensioni private obbligatorie. Inoltre, posto che l'intesa era limitata alla ripartizione dei doppioni, essa non avrebbe potuto incidere sulla concorrenza nel mercato in questione, poiché i doppioni, che rappresentavano meno dell'1,5% del mercato, non sarebbero stati oggetto di concorrenza tra gli amministratori dei fondi pensione privati.

26. La ING Pensii ha altresì sostenuto di non avere alcun interesse di ordine pratico o economico alla ripartizione dei doppioni in parti uguali, poiché essa deteneva già la maggiore quota di mercato alla data del 15 ottobre 2007. Inoltre, l'accordo avrebbe generato effetti positivi determinando una maggiore efficienza del processo di adesione ai fondi pensione privati obbligatori, poiché i partecipanti avevano maggiori opportunità che fosse rispettata la loro scelta rispetto al caso di una ripartizione aleatoria.

27. La ricorrente ha infine indicato che, nella fattispecie, non è stato dimostrato alcun effetto di compartimentazione del mercato nazionale dei fondi pensione privati obbligatori, che sarebbe dovuto alla scelta di un altro algoritmo per il calcolo dei doppioni. Trattandosi di un accordo che copre una percentuale marginale del mercato rumeno, sarebbe evidente che i suoi effetti reali o potenziali sono insignificanti e che, in nessun caso, sono tali da produrre effetti nel mercato dell'Unione europea.

28. Il Consiliul Concurenței ha chiesto che l'impugnazione fosse respinta sostenendo, in sostanza, che l'accordo di ripartizione dei doppioni era tale da falsare la concorrenza nel mercato dei fondi pensione privati obbligatori e, in quanto tale, aveva un oggetto anticoncorrenziale. A suo avviso, la capacità di un accordo di produrre effetti negativi e l'accertamento di una violazione consistente nella ripartizione del mercato e delle fonti di approvvigionamento non sarebbero condizionati dal numero di clienti effettivamente ripartiti, posto che tale aspetto rientra negli effetti concreti di un'intesa.

29. In tale contesto, il giudice del rinvio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se, in presenza di una pratica di ripartizione dei clienti, l'effettivo numero finale di questi ultimi sia rilevante per ritenere sussistente la condizione della notevole distorsione della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo l, lettera c), TFUE».

30. La ING Pensii, il Consiliul Concurenței, il governo rumeno e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte alla Corte e sono stati sentiti all'udienza dell'11 febbraio 2015.

III – **Analisi della questione pregiudiziale**

31. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale invita la Corte ad indicare se ed in quale misura il numero di persone interessate da alcuni accordi di ripartizione, come quelli oggetto del procedimento principale, sia un elemento rilevante per stabilire se tali accordi rientrino nell'ambito di applicazione del divieto delle intese di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

32. Tenuto conto delle informazioni fornite dal giudice del rinvio, occorre fare due precisazioni preliminari.

33. In primo luogo, ritengo che, se, nella controversia principale, sembri essere messa direttamente in discussione solo l'applicazione di disposizioni nazionali del diritto rumeno in materia di concorrenza, ossia in particolare l'articolo 5, paragrafo 1, della legge sulla concorrenza, deve chiaramente ammettersi la ricevibilità della questione. Nella fattispecie, la ING Pensii ha messo in discussione l'applicabilità dell'articolo 101 TFUE, ma tale contestazione è stata respinta dal giudice del rinvio. Poiché nella causa la discussione verte proprio sulle condizioni di applicabilità di tale disposizione, non posso far altro che aderire all'approccio di quest'ultimo.

34. Inoltre, va osservato che tale disposizione nazionale, nella sua versione attualmente in vigore, riproduce quasi parola per parola il divieto di accordi restrittivi della concorrenza sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. In circostanze del genere, ritengo che, sulla scia delle soluzioni adottate in numerosi precedenti giurisprudenziali che vertono su pratiche restrittive ai sensi del diritto nazionale della concorrenza [7], si debba accogliere favorevolmente il presente rinvio pregiudiziale. Vi è, infatti, un sicuro interesse dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate [8].

35. In secondo luogo, va rilevato che, se è pur vero che la questione dell'esistenza, nel procedimento principale, di una restrizione della concorrenza «per oggetto» sembri essere al centro del dibattito e sarà oggetto delle più rilevanti considerazioni nelle presenti conclusioni, la generalità dei termini utilizzati dal giudice del rinvio nella formulazione della sua questione pregiudiziale mi induce ad affrontare anche, più in generale, la condizione relativa alla notevole distorsione della concorrenza. Il giudice del rinvio, peraltro, ha sottolineato che, nella fattispecie, si tratta di pronunciarsi sia sulla natura anticoncorrenziale dell'intesa in esame sia sulla questione se gli accordi di ripartizione dei doppioni potessero modificare la struttura del mercato della gestione privata dei fondi pensione obbligatori incidendo notevolmente su di essa.

A – *Sulla rilevanza del numero di persone effettivamente indicate negli accordi controversi ai fini dell'individuazione di un oggetto restrittivo della concorrenza*

36. Nella fattispecie, per rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio, mi sembra indispensabile, dopo aver richiamato la giurisprudenza rilevante, procedere ad un esame degli accordi di ripartizione controversi. Se spetta, in definitiva, solo al giudice del rinvio statuire se detti accordi siano tali da rientrare nell'ambito di applicazione del divieto delle intese di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, è altrettanto vero che la Corte è invitata a fornire chiarimenti al giudice nazionale al fine di stabilire se tali accordi abbiano un oggetto anticoncorrenziale o, in caso negativo, effetti anticoncorrenziali.

1. Richiamo degli insegnamenti della giurisprudenza

37. Occorre ricordare che, per ricadere nel divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, un accordo, una decisione di associazione di imprese o una pratica concordata devono avere «per oggetto *o* per effetto» [9] di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno.

7 — V., segnatamente, sentenze Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punti da 12 a 22); Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, punti da 13 a 23); ETI e a. (C-280/06, EU:C:2007:775, punti da 19 a 29), nonché Allianz Hungária Biztosító e a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punti da 17 a 23).

8 — V. sentenza Allianz Hungária Biztosító e a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punto 20 nonché la giurisprudenza ivi citata).

9 — Il corsivo è mio.

38. Secondo una giurisprudenza consolidatasi a partire dalla sentenza LTM [10], il carattere alternativo di tale condizione, espresso dalla congiunzione «o», rende necessario considerare anzitutto l'oggetto stesso dell'accordo, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultimo deve essere applicato. Pertanto, nel caso in cui venga dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo, non è necessario indagare i suoi effetti sulla concorrenza.

39. Quanto alla distinzione tra le infrazioni «per oggetto» e le infrazioni «per effetto», risulta ancora una volta, da una giurisprudenza costante e richiamata ancora recentemente con forza nella causa che ha dato origine alla sentenza CB/Commissione [11], che essa si fonda sul fatto che alcune forme di coordinamento tra imprese rivelano un *grado di dannosità* per la concorrenza *sufficiente* perché si possa ritenere che *l'esame dei loro effetti non sia necessario*.

40. A tal proposito, è ormai pacifico che talune forme di coordinamento tra imprese possano essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. Deve quindi ammettersi che la probabilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi, è talmente alta che può essere ritenuto inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, dimostrare che tali comportamenti hanno effetti concreti sul mercato. L'esperienza, infatti, dimostra che tali comportamenti determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori [12].

41. Per valutare se un accordo tra imprese o una decisione di associazione di imprese presentano un grado sufficiente di dannosità per essere considerati come una restrizione della concorrenza «per oggetto» ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, è opportuno riferirsi al tenore delle loro disposizioni, agli obiettivi che essi mirano a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale essi si collocano. Nella valutazione di tale contesto, occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione. Inoltre, sebbene l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo tra imprese, nulla vieta alle autorità garanti della concorrenza o ai giudici nazionali e dell'Unione di tenerne conto [13].

42. Come ho menzionato nelle mie conclusioni nella causa CB/Commissione [14], se la valutazione più standardizzata a cui conduce il ricorso al concetto di restrizione «per oggetto» presuppone un esame circostanziato e individuale dell'accordo contestato, tale esame deve tuttavia essere chiaramente distinto dall'esame degli effetti reali o potenziali dei comportamenti delle imprese incriminate.

43. A mio parere, a rischio di instaurare un'indebita deviazione dalla corretta interpretazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, la valutazione del contesto economico e giuridico nella ricerca di un oggetto anticoncorrenziale deve essere chiaramente distinta dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali ai sensi della seconda parte dell'alternativa prevista dalla suddetta norma. La considerazione del contesto nell'individuazione dell'oggetto anticoncorrenziale può solo rafforzare o neutralizzare la valutazione dei termini stessi della presunta intesa. Essa non può assolutamente sopperire alla mancanza dell'effettiva individuazione di un oggetto anticoncorrenziale tramite la dimostrazione degli effetti potenziali delle misure considerate. In altri termini, e indipendentemente

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

12 — Sentenza CB/Commissione (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punti da 49 a 51 e la giurisprudenza ivi citata).

13 — Sentenza CB/Commissione (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punti 53 e 54 nonché la giurisprudenza ivi citata).

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

dalle somiglianze concettuali tra le due parti di questa alternativa, il ricorso al contesto economico e giuridico, quando si tratta di individuare una restrizione «per oggetto», non può portare a un'imputazione a carico delle imprese censurate in presenza di un accordo in cui i termini non rivelano alcuna pericolosità dal punto di vista della concorrenza [15].

44. È alla luce di tali precisazioni che intendo esaminare gli accordi controversi dopo avere brevemente ricordato, innanzitutto, il contesto generale e le modalità della loro elaborazione.

2. Descrizione del contesto generale e delle modalità di elaborazione degli accordi controversi

45. Gli accordi bilaterali di ripartizione dei doppioni stipulati tra gli amministratori di fondi pensione privati, che sono in discussione nel procedimento principale, si inseriscono nell'ambito dell'adesione, divenuta obbligatoria dal 2007 per le persone di età inferiore a 35 anni (persone che rientrano nel secondo pilastro), ad uno dei 18 fondi pensione privati autorizzati a tal fine.

46. Tenuto conto della natura obbligatoria dell'adesione ad uno (e unicamente ad uno) dei fondi pensione per le persone che rientrano nel secondo pilastro, non si poteva prevedere che, al termine del periodo iniziale di adesione, di durata pari a circa quattro mesi, le persone indicate non fossero considerate iscritte a un fondo ben preciso.

47. In tale contesto, è importante notare che, ai sensi della normativa in vigore, l'iscrizione a un fondo pensione diventa giuridicamente valida solo qualora sia registrata presso la CNPAS. Prima di tale registrazione, non sussiste alcuna valida iscrizione o presunzione di iscrizione a un determinato fondo. Va altresì sottolineato che una persona che abbia aderito a un fondo pensione a gestione privata e che sia stata registrata in quanto tale presso la CNPAS non può modificare la propria adesione prima di un periodo di due anni, a pena di esporsi a notevoli spese, il che, in qualche modo, fissa le adesioni per il futuro.

48. Pertanto, nel caso in cui alcuni partecipanti figurino nelle relazioni di più amministratori (i doppioni) e non sia stato possibile, per qualsiasi motivo, procedere alla verifica dell'atto di adesione, il legislatore aveva previsto che i partecipanti dovessero essere ripartiti in modo «aleatorio» e direttamente proporzionale al numero di persone la cui adesione fosse stata convalidata per ciascun fondo pensione privato rispetto al numero totale di persone la cui adesione fosse stata convalidata per tutti i fondi pensione privati.

49. Appare che tale ripartizione riflettesse, in sostanza, il gioco della concorrenza tra i fondi pensione partecipanti durante il periodo di adesione, perché era proporzionale al numero di persone convalidate per ogni fondo nel momento della ripartizione. Dalle informazioni fornite alla Corte dal Consiliul Concurenței risulta che la ripartizione in funzione del numero di atti di adesione convalidati fosse una misura intesa a favorire una partecipazione più attiva degli attori del mercato al fine di attirare i partecipanti e di garantire una struttura del mercato su base concorrenziale.

15 — Ibidem, paragrafi 44 e 45.

50. Infine, sempre secondo le informazioni fornite dal Consiliul Concurenței, la stipulazione degli accordi di ripartizione controversi, che è stata effettuata in modo informale, è iniziata prima del periodo di adesione iniziale avviato il 14 settembre 2007 [16]. Orbene, a quel tempo, non era possibile quantificare né stimare il numero finale di partecipanti registrati come doppioni. In altri termini, gli amministratori dei fondi pensione, mediante la stipulazione degli accordi in esame, hanno deciso di derogare al sistema di ripartizione dei doppioni previsto per legge ripartendo essi stessi i loro clienti senza conoscere il numero esatto di persone che sarebbero state, in definitiva, interessate.

51. Infine, la ripartizione dei partecipanti registrati come doppioni era effettuata il più delle volte su base bilaterale tra la maggior parte delle società amministratrici dei fondi pensione. La ripartizione in esame che si effettuava in misura uguale tra gli amministratori portava al ritiro delle persone interessate dal registro dei doppioni e alla convalida della loro adesione a uno dei due fondi presso la CNPAS. Non procedendo al controllo dell'autenticità delle adesioni previsto per legge ed eseguendo una ripartizione secondo il criterio del 50/50, gli amministratori hanno intenzionalmente eluso alcune norme che riflettono il risultato della concorrenza che gli amministratori dovevano raggiungere.

52. È alla luce di tali considerazioni che occorre esaminare se si possa ritenere che gli accordi in esame presentino o meno, di per sé, un grado di dannosità sufficiente per la concorrenza e, pertanto, siano restrittivi «per oggetto».

3. Esame della questione se gli accordi di ripartizione dei doppioni controversi determinino una restrizione «per oggetto» ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE

53. A tal fine, riprenderò il suesposto schema di analisi, soffermandomi ad esaminare in seguito il tenore degli accordi di ripartizione, gli obiettivi che essi mirano a raggiungere nonché il contesto economico e giuridico nel quale essi si inseriscono.

a) Sul tenore degli accordi di ripartizione controversi

54. Mediante gli accordi controversi, alcuni amministratori di fondi hanno, a prima vista, convenuto di ripartire, su base bilaterale, le persone non definitivamente iscritte e registrate in qualità di sottoscrittori di più atti di adesione a fondi pensione diversi.

55. Pertanto, gli amministratori di fondi pensione privati i cui partecipanti risultavano sottoscrittori di più atti di adesione individuali hanno convenuto di ripartire bilateralmente i doppioni (che rappresentavano clienti potenziali di tutte le società di gestione) secondo il criterio del 50/50, mentre dovevano verificare, preventivamente, la reale volontà dei partecipanti che risultavano sottoscrittori di due atti di adesione ed eventualmente notificare ogni atto di adesione alla CNPAS, posto che tali partecipanti non dovevano essere convalidati, ma inclusi nel sistema di ripartizione aleatoria.

56. Se, come ha affermato la ING Pensii nelle sue osservazioni, poteva, in qualche modo, presumersi che tali persone avessero espresso una data preferenza per aderire a uno dei due fondi interessati, ciò non toglie che, come emerge dalla normativa nazionale pertinente, una persona acquisisca la qualità di partecipante a un fondo pensione solo mediante la sottoscrizione di un atto di adesione individuale che deve, in seguito, essere debitamente registrato presso l'istituzione competente (articolo 32, paragrafi da 1 a 4, della legge n. 411/2004).

16 — Secondo le informazioni raccolte durante l'indagine condotta dal Consiliul Concurenței, uno degli amministratori, il 15 agosto 2007, ha proposto alle società concorrenti di concludere intese bilaterali e multilaterali stabilendo alcuni criteri reciproci di convalida in caso di atti di adesione multipli a più fondi e sanzionando finanziariamente le società che non avessero rispettato tali criteri. Sarebbero stati altresì proposti alcuni accordi di ripartizione dei doppioni in deroga a quanto previsto per legge, durante una riunione dell'Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (associazione per le pensioni private in Romania).

b) Sulle finalità oggettive degli accordi controversi

57. Sembra abbastanza evidente che l'obiettivo perseguito mediante la stipulazione degli accordi in esame fosse derogare al sistema di ripartizione aleatoria dei doppioni previsto dalla normativa applicabile.

58. Infatti, ai sensi di tale normativa, i doppioni non dovevano essere convalidati e dovevano essere ripartiti in modo aleatorio tra *tutti* gli amministratori, i quali, nel periodo di adesione iniziale, erano 18. Mediante la stipulazione degli accordi controversi, gli amministratori interessati si garantivano una ripartizione in parti uguali tra essi.

59. Tenuto conto del tenore e delle finalità oggettive degli accordi controversi, sembra che tali accordi fossero simili ad accordi di ripartizione di clienti che possono presentare, per loro stessa natura, un grado di dannosità sufficiente. Sembra, infatti, che tali accordi possano falsare la concorrenza nel mercato delle pensioni private obbligatorie in un momento fondamentale della formazione del mercato.

60. In tale contesto, mi sembra importante ricordare che, nel momento della stipulazione degli accordi di ripartizione tra gli amministratori, che si è spesso manifestata anche prima dell'inizio del periodo di adesione, sussisteva un'incertezza in ordine al numero di persone che sarebbero state inserite nel registro dei doppioni. Orbene, l'idoneità di tali accordi a produrre effetti significativi nel mercato deve essere valutata con riguardo agli elementi conosciuti al momento della stipulazione dei predetti accordi e non può tener conto degli accertamenti di fatto successivi alla stipulazione degli stessi accordi.

61. Nella fattispecie, non si può negare la capacità degli accordi in esame di modificare la struttura del mercato, sottraendo un dato numero di clienti al gioco della concorrenza tra i fondi pensione. Tale capacità sussiste indipendentemente dagli effetti concreti che sono stati, o che avrebbero potuto essere, osservati.

62. In questa fase del mio esame, ritengo quindi che i predetti accordi siano, prima facie, restrittivi della concorrenza in ragione del loro stesso oggetto.

63. La valutazione del contesto economico e giuridico pertinente, come esporrò in seguito, non mi sembra tale da inficiare questa prima conclusione.

c) Sulla valutazione del contesto economico e giuridico di elaborazione degli accordi controversi

64. Come ho precedentemente menzionato, la necessità di distinguere correttamente l'identificazione di una restrizione «per oggetto» da quella di una restrizione «per effetto» implica che l'esame del contesto di elaborazione degli accordi in esame non possa essere simile a un esame degli effetti dell'accordo in quanto tali. Se il giudice nazionale deve in ogni caso effettuare una valutazione individuale degli accordi nel contesto giuridico ed economico della loro stipulazione, tale valutazione non equivale a un esame specifico degli effetti reali e potenziali prodotti da tali accordi e, eventualmente, della rilevanza di tali effetti.

65. La valutazione del contesto nell'identificazione dell'oggetto anticoncorrenziale può pertanto solo *rafforzare o neutralizzare* la valutazione dei termini stessi e delle finalità oggettive della presunta intesa. Essa non può in alcun modo rimediare all'assenza di effettiva identificazione di un oggetto anticoncorrenziale mediante la dimostrazione degli effetti potenziali delle misure previste. Mi sembra che tale conclusione possa essere naturalmente dedotta dalla formulazione adottata dalla Corte, che indica abbastanza chiaramente che, qualora l'analisi del *tenore* dell'accordo non abbia rivelato un pregiudizio per la concorrenza di sufficiente entità, occorrerà esaminarne gli effetti e, per poterlo vietare, dovranno sussistere tutti gli elementi che comprovino che il gioco della concorrenza sia stato

di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile [17].

66. Tale specificazione mi sembra importante nella fattispecie, poiché, al termine della valutazione del tenore e delle finalità oggettive degli accordi in esame, risulta che questi ultimi determinano, per loro natura, un grado di dannosità per la concorrenza tale per cui si deve ammettere che essi comportano, a priori, una restrizione «per oggetto» ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

67. Pertanto, la valutazione del contesto in circostanze come quelle in esame nel procedimento principale deve servire a stabilire se, malgrado il loro carattere prima facie anticoncorrenziale, sia possibile giustificare le società amministratrici dei fondi pensione privati tenuto conto del contesto economico e giuridico della stipulazione degli accordi di ripartizione controversi o se, invece, la valutazione di tale contesto rafforzi la conclusione, accolta a seguito della valutazione dei termini e degli obiettivi perseguiti mediante la stipulazione di tali accordi, secondo la quale essi hanno un oggetto anticoncorrenziale.

68. Orbene, trattandosi dei contesti economici e giuridici, che nella fattispecie sono strettamente connessi, dalle informazioni fornite sia dal giudice del rinvio sia dalle parti interessate risulta che il contesto di elaborazione degli accordi di ripartizione controversi è caratterizzato dai seguenti elementi.

69. In primo luogo, gli accordi sono stati stipulati nel contesto dell'emersione di un nuovo mercato («infant market») in Romania, ossia quello della gestione privata dei fondi pensione obbligatori, la cui attuazione ha avuto inizio nel 2007 mediante l'autorizzazione, concessa dalla CSSPP, di un certo numero di società aventi ad oggetto esclusivamente tale gestione. Nell'ambito della formazione di tale mercato, che, secondo le informazioni fornite dal Consiliul Concurenței, riguardava circa quattro milioni di persone, il periodo di adesione iniziale costituiva indubbiamente una fase decisiva ai fini della determinazione della struttura del predetto mercato e delle quote detenute da ogni società amministratrice autorizzata.

70. In tale prospettiva, la regola aritmetica, prevista per legge, di ripartizione aleatoria e proporzionale delle persone che non hanno aderito a un fondo pensione o che non risultano avere effettuato una scelta valida (come i doppioni), il cui numero non poteva essere conosciuto, mirava segnatamente, in un contesto di promozione della concorrenza tra gli amministratori, a tutelare ed a garantire una struttura di tale nuovo mercato della gestione privata dei fondi pensione obbligatori che corrisponde agli sforzi compiuti da ciascun amministratore al fine di attirare il maggior numero di partecipanti durante la fase di adesione iniziale e alle scelte realmente e legittimamente espresse dalle persone.

71. In secondo luogo, occorre notare che la costituzione del mercato della gestione privata dei fondi pensione obbligatori si è concretizzata durante un periodo relativamente breve, ossia quattro mesi, al termine del quale la posizione di ogni amministratore di fondi ha potenzialmente un'influenza decisiva sulle quote di mercato che essi deterranno in seguito. La natura stessa di tale mercato e il fatto che i partecipanti si espongano a una consistente sanzione pecuniaria (pena di trasferimento prevista dalla legge n. 411/2004) in caso di modifica della loro scelta del fondo implicano una mobilità ridotta dei consumatori in questione e fissa in qualche modo le quote di mercato detenute dalle società interessate al termine del periodo di adesione.

72. In terzo luogo, se, come ha menzionato la ING Pensii, taluni amministratori hanno affermato che gli accordi di ripartizione miravano a rimediare alle difficoltà di ordine pratico e alla necessità di correggere un dispositivo legale di ripartizione ritenuto, nei fatti, inefficace, si deve rilevare che gli accordi controversi, con ogni probabilità, sono stati stipulati ancor prima che si manifestasse una qualsiasi difficoltà connessa all'avvio del processo di adesione iniziale.

17 — V., segnatamente, sentenze LTM (56/65, EU:C:1996:38, pag. 359) nonché Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 135 nonché la giurisprudenza ivi citata).

73. Anche supponendo che vada accolto l'argomento addotto dalla ricorrente, secondo cui il quadro legislativo che ha accompagnato la creazione del mercato della gestione privata dei fondi pensione era caratterizzato da numerose lacune, esso non può inficiare la conclusione secondo cui i predetti amministratori hanno deliberatamente eluso le regole di ripartizione dei partecipanti previste per legge, e ciò in modo tale da modificare la struttura del mercato frutto degli sforzi che essi hanno realmente compiuto e che si sono concretizzati mediante adesioni giuridicamente valide.

74. Infatti, ricordo che, ai sensi della normativa pertinente, i doppioni dovevano essere invalidati e attribuiti in modo aleatorio e proporzionale alle quote di mercato detenute al termine del processo di convalida delle adesioni. Nello stipulare accordi bilaterali sulla ripartizione dei doppioni tra loro in assenza di una scelta giuridicamente valida chiaramente ricaduta su di essi, gli amministratori dei fondi hanno eluso l'applicazione di norme trasparenti a detrimento del libero gioco della concorrenza.

75. Da tali considerazioni risulta che gli elementi contestuali propri del procedimento principale non mi sembrano tali da inficiare la conclusione secondo la quale gli accordi di ripartizione hanno un oggetto anticoncorrenziale, ma, al contrario, rafforzano tale conclusione.

76. Mi sembra che questo tipo di accordo collida palesemente con la concezione intrinseca alle norme del TFUE in materia di concorrenza, in base alla quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la politica che intende praticare sul mercato e concorrere liberamente per ogni cliente sul mercato. Mediante la conclusione di tali accordi, gli amministratori di fondi si sono coordinati al fine di ridurre i rischi della concorrenza [18].

77. Pertanto, ritengo che gli accordi di ripartizione dei partecipanti che hanno sottoscritto più atti di adesione, stipulati tra gli amministratori di fondi pensione a gestione privata, in deroga alle norme previste per legge, soddisfino tutte le condizioni per essere qualificati restrittivi «per oggetto».

78. Resta da valutare se il numero di persone concretamente interessate dagli accordi di ripartizione possa eventualmente essere rilevante per concludere che sussiste una sensibile distorsione della concorrenza.

B – *Sulla rilevanza del numero di persone concretamente interessate nella valutazione della sussistenza di una notevole o sensibile distorsione della concorrenza*

79. Nel complesso e tenuto conto delle circostanze della fattispecie, la questione sottoposta nel caso di specie equivale a stabilire se l'effetto concreto degli accordi di ripartizione controversi, che sembrano effettivamente avere un oggetto anticoncorrenziale, possa essere rilevante per concludere che sussiste una restrizione della concorrenza.

80. Sono del parere che tale questione debba essere risolta in senso negativo. Qualora si ritenga che un accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, non vi è affatto bisogno di valutare gli effetti concreti di quest'ultimo.

81. Infatti, una volta dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale dei predetti accordi, non occorre più valutare se questi ultimi pregiudichino in modo sensibile la concorrenza nel mercato. Nei limiti in cui i comportamenti anticoncorrenziali sono vietati in ragione della loro stessa natura, tenuto conto del grado di dannosità che gli stessi hanno per la concorrenza, non è affatto necessario definirli mediante un impatto economico o una portata geografica precisa.

18 — V., in tal senso, sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punto 34).

82. Ancora una volta, occorre ricordare che un'intesa restrittiva «per oggetto» è vietata indipendentemente dalle conseguenze in fine prodotte da quest'ultima, ma per il solo fatto del potenziale pericolo che essa rappresenta per la concorrenza. Come la Corte ha in particolare sottolineato nella causa che ha dato origine alla sentenza Expedia [19], occorre affermare che un accordo idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri e avente un oggetto anticoncorrenziale costituisce, per sua natura e indipendentemente da qualsiasi suo effetto concreto, una restrizione sensibile del gioco della concorrenza (punto 37 di tale sentenza).

83. Da tutte le suesposte considerazioni emerge che, nelle circostanze come quelle del caso di specie, il numero di clienti (doppioni) che sono stati effettivamente ripartiti tra gli amministratori dei fondi pensione privati è irrilevante, poiché tale aspetto rientra negli effetti concreti di un'intesa, effetti che, nel caso degli accordi restrittivi «per oggetto», non devono essere valutati. L'oggetto anticoncorrenziale di un accordo di ripartizione, in particolare l'idoneità del predetto accordo a produrre effetti negativi nel mercato, non può dipendere dal numero concreto di clienti effettivamente ripartiti, ma unicamente dai termini e dalle finalità oggettive di tale accordo alla luce del contesto economico e giuridico della sua stipulazione.

84. Se è pur vero che non è necessario procedere ad un'analisi completa degli effetti di un accordo per stabilire la sussistenza di una restrizione della concorrenza «per oggetto», ciò non toglie che l'accordo in questione debba essere oggettivamente idoneo a produrre una tale restrizione. In altri termini, il giudice, nell'ambito del contesto economico e giuridico degli accordi, non può ignorare del tutto gli effetti potenziali di questi ultimi, tenuto conto dei dati conosciuti alla data della stipulazione degli stessi.

85. Ritengo, infatti, che il requisito secondo cui la restrizione in esame deve essere sensibile non possa essere escluso ove sussista una restrizione «per oggetto», ma che esso sia in qualche modo assorbito dalla valutazione del contesto economico e giuridico effettuata al fine di confermare l'effettiva idoneità dell'accordo in esame a produrre un siffatto effetto restrittivo. Qualora il giudice ritenesse, al termine della sua valutazione del contesto economico e giuridico, che l'accordo in esame sia potenzialmente idoneo a produrre solo effetti trascurabili sulla concorrenza, tenuto conto in particolare della posizione debole occupata dagli interessati nel mercato dei prodotti in esame, esso può essere portato a concludere che tale accordo non sia soggetto all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

86. Per quanto concerne il caso di specie, non sembra che le suesposte circostanze giuridiche ed economiche in cui si inseriscono gli accordi siano tali da far dubitare di una restrizione che possa pregiudicare sensibilmente la concorrenza.

IV – **Conclusione**

87. Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere come segue alla questione pregiudiziale sollevata dall'Înalta Curte de Casație și Justiție (Romania):

L'articolo 101, paragrafo 1, lettera c), TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di un accordo di ripartizione dei clienti, come quelli stipulati tra i fondi pensione nel procedimento principale, che costituisce, per sua natura, un'infrazione avente un oggetto anticoncorrenziale, l'effettivo numero finale di clienti ripartiti non è rilevante per ritenere sussistente la condizione della restrizione della concorrenza, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, lettera c), TFUE.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.