Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 23 de abril de 2015 [1]

Processo C-172/14

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

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Înalta Curte de Casație și Justiție (Roménia)]

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Acordos, decisões e práticas concertadas — Modalidades de repartição da clientela no mercado romeno da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios — Existência de uma restrição da concorrência em razão do 'objetivo', na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE — Afetação do comércio entre os Estados-Membros»

1. O presente processo tem origem num litígio que opõe a ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (a seguir «ING Pensii»), uma sociedade gestora de um fundo de pensões privado, ao Consiliul Concurenței (Conselho da Concorrência romeno) relativamente a um pedido de anulação de uma decisão que condena esta sociedade no pagamento de uma coima por ter participado num acordo que visava restringir a concorrência no mercado dos fundos de pensões privados. Respeita, mais precisamente, aos acordos celebrados pelas sociedades gestoras de fundos de pensões privados obrigatórios, quanto à repartição dos duplicados, a saber, as pessoas que, por desconhecimento das regras aplicáveis nesta matéria ou por negligência de certos agentes comerciais, aderiram a dois ou mais fundos durante o período inicial de adesão aberto em 2007, a seguir «duplicados».

2. O presente reenvio prejudicial, que se justifica, em grande medida, pela existência de interpretações divergentes no seio dos órgãos jurisdicionais romenos, leva o Tribunal de Justiça a prestar certos esclarecimentos sobre os conceitos de restrição em razão do «objetivo» e de afetação sensível da concorrência. Em especial, dá-lhe a oportunidade de recordar os elementos que devem ser tomados em consideração e o método de análise que deve ser aplicado para determinar se um acordo tem objetivos anticoncorrenciais, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

I – **Quadro jurídico nacional**

3. O sistema de repartição dos duplicados em causa no caso em apreço inscreve-se no âmbito da legislação nacional romena relativa à constituição, à organização e ao funcionamento do mercado da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios.

4. O direito nacional aplicável caracteriza-se, indiscutivelmente, por uma certa complexidade. Sem pretender ser exaustivo e para os efeitos da análise que se segue, há que salientar os seguintes elementos.

1 — Língua original: francês.

A – *Regras gerais relativas à adesão aos fundos de pensões privados*

5. O regime de pensões na Roménia é constituído do seguinte modo:

— Primeiro pilar: componente obrigatória, baseada na redistribuição, sob gestão pública;

— Segundo pilar: componente obrigatória, baseada na capitalização, sob gestão privada por sociedades anónimas cujo objeto é a gestão de fundos de pensões, que é regida pela Lei n.º 411/2004 relativa aos fundos de pensões sob gestão privada (legea privind fondurile de pensii administrate privat) [2];

— Terceiro pilar: componente facultativa, baseada na capitalização, igualmente sob gestão privada.

6. Em aplicação da Lei n.º 411/2004, 18 sociedades comerciais que têm por objeto exclusivo a gestão dos fundos de pensões foram autorizadas pela Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (Comissão de fiscalização do regime de pensões privadas) (a seguir «CSSPP») durante o período compreendido entre 25 de julho de 2007 e 9 de outubro de 2007, podendo cada uma destas sociedades gerir apenas um fundo de pensões na Roménia.

7. Nos termos do artigo 30.º, n.º 1, da Lei n.º 411/2004, as pessoas de idade inferior a 35 anos inscritas no regime público de pensões (primeiro pilar) e que contribuam para esse regime são obrigadas a aderir também a um fundo de pensões sob gestão privada (segundo pilar).

8. Não podem aderir ao segundo pilar as pessoas de idade superior a 45 anos nem as que não contribuam para o regime público de pensões (primeiro pilar). As pessoas com idades compreendidas entre os 35 e os 45 anos que contribuam para o primeiro pilar podem optar por participar ou não no segundo pilar (artigo 30.º, n.º 2, da Lei n.º 411/2004). Independentemente da contribuição para o primeiro e segundo pilares, qualquer pessoa singular pode contribuir para o terceiro pilar, ainda que tal não possa levar a uma substituição da contribuição para o primeiro ou segundo pilares, quanto às pessoas obrigadas a contribuir para estes regimes de pensões.

9. No que respeita aos participantes no segundo pilar, que são os únicos em causa no processo principal, o artigo 31.º da Lei n.º 411/2004 prevê que ninguém pode subscrever vários fundos de pensões simultaneamente e que cada subscritor apenas pode deter uma conta no fundo de pensões em que participa.

10. Nos termos do artigo 32.º, n.º 1, da Lei n.º 411/2004, uma pessoa só adquire a qualidade de participante num fundo de pensões através da assinatura de um ato de adesão individual, por sua própria iniciativa ou na sequência da sua inscrição pela entidade responsável pelos registos.

11. Nos termos do artigo 33.º da Lei n.º 411/2004, qualquer pessoa que não tenha aderido a um dos fundos de pensões privados num determinado prazo é aleatoriamente inscrita num dos fundos de pensões pela entidade responsável pelos registos. Esta repartição é efetuada proporcionalmente às quotas de mercado obtidas por cada uma das sociedades gestoras (artigo 33.º, n.º 2).

2 — Lei n.º 411/2004, conforme republicada no *Monitorul Oficial al României* n.º 482, de 18 de julho de 2007, bem como alterada e completada pelo Despacho Urgente do Governo n.º 112/2007, publicado no *Monitorul Oficial al României* n.º 710, de 22 de outubro de 2007 (a seguir «Lei n.º 411/2004»).

B – *Regras específicas relativas à adesão inicial a um fundo de pensões privado, ao processo de validação das adesões e à repartição aleatória dos participantes não inscritos*

12. O processo de adesão inicial a um fundo de pensões privado, bem como o processo de validação e de repartição aleatória dos participantes foram regidos pelo Despacho n.º 18/2007, relativo à adesão inicial e ao registo dos participantes nos fundos de pensões privados [3], conforme alterado e completado pelo Despacho n.º 31/2007 [4], a seguir «Despacho n.º 18/2007».

13. Nos termos do artigo 17.º, n.º 1, do Despacho n.º 18/2007, o processo de adesão inicial a um fundo de pensões sob gestão privada devia decorrer durante um período de quatro meses, que começou em 17 de setembro de 2007 e terminou em 17 de janeiro de 2008 (artigo 5.º, n.º 6, do Despacho n.º 18/2007). Durante esse período, todas as pessoas que não tivessem atingido os 35 anos de idade antes de 31 de dezembro de 2007 ou que atenham atingido essa idade em tal data são obrigadas, desde que preencham, além disso, determinadas condições, a aderir a um fundo de pensões privado (artigos 4.°, n.º 1, e 5.°, n.º 3, do Despacho n.º 18/2007).

14. No que respeita ao processo de validação e de repartição aleatória dos participantes (artigos 19.° a 31.° do Despacho n.º 18/2007), o Despacho n.º 18/2007 previa que as sociedades gestoras eram obrigadas a transmitir à Caixa Nacional de Pensões e outras Prestações de Segurança Social (Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale, a seguir «CNPAS»), quinzenalmente (nos dias 1 e 15 de cada mês), um relatório com informações relativas às pessoas que tivessem subscrito um ato individual de adesão nas duas semanas anteriores à elaboração desse relatório. Se, no âmbito dos relatórios quinzenais, uma pessoa constasse dos relatórios enviados por uma ou por várias sociedades gestoras como subscritora de vários atos individuais de adesão, ou caso se verificasse que a sua adesão tinha sido provisoriamente validada no âmbito de relatórios anteriores, a CNPAS inscrevia essa pessoa na tabela eletrónica dos duplicados (artigo 21.º, n.º 1, do Despacho n.º 18/2007). Neste caso, as sociedades gestoras tinham a obrigação legal de verificar a autenticidade do ato individual de adesão e da cópia do cartão de identidade contendo a assinatura manuscrita da pessoa que consta como subscritora de vários atos individuais de adesão e, caso se verificasse a autenticidade do ato, as sociedades gestoras podiam transmitir novamente à CNPAS, no relatório quinzenal seguinte, as informações relativas à adesão da pessoa em causa.

15. No termo do processo de adesão inicial, as pessoas cuja adesão constasse como provisoriamente validada eram registadas como validadas e as que constavam como subscritoras de mais do que um ato individual de adesão eram inscritas no registo dos participantes como não validadas e repartidas aleatoriamente [5]. Consequentemente, a repartição aleatória devia ser aplicada às pessoas que, embora estivessem obrigadas a aderir a um fundo de pensões privado durante a fase de adesão inicial, não o tinham feito, bem como às pessoas inscritas no registo como pessoas cuja adesão não tinha sido validada. A repartição por um dos fundos privados era efetuada pela CNPAS, de modo diretamente proporcional ao número de pessoas cuja adesão tinha sido validada para cada fundo de pensão privado relativamente ao número total de pessoas cuja adesão tinha sido validada para todos os fundos de pensões privados.

3 — Publicado no *Monitorul Oficial al României* n.º 503, de 27 de julho de 2007.

4 — Publicado no *Monitorul Oficial al României* n.º 746, de 2 de novembro de 2007.

5 — Na sequência das alterações introduzidas pelo Despacho n.º 31/2007, a validação ou não validação das pessoas que tinham subscrito mais do que um ato de adesão era feita mensalmente, a 15 de novembro (para os relatórios quinzenais de 1 e 15 de outubro e de 15 de novembro), a 15 de dezembro (para os relatórios de 1 e 15 de dezembro) e a 17 de janeiro de 2008 (para os relatórios quinzenais de 1 e [1]5 de janeiro de 2008).

16. O Despacho n.º 31/2007, que alterou e completou o Despacho n.º 18/2007, previu, além disso, que as sociedades gestoras eram obrigadas a comunicar aos participantes, num prazo de quinze dias a contar da data de validação, para que fundo de pensões a sua inscrição tinha sido validada. Se os participantes informados não tivessem assinado um ato individual de adesão talão referido fundo, tinham a possibilidade de apresentar um requerimento escrito à CSSPP e esta, depois de ter decidido, informava a sociedade gestora quanto à inscrição ou não do participante no fundo de pensão privado.

II – **Factos na origem do litígio e questão prejudicial**

17. A ING Pensii é uma sociedade privada de gestão de fundos de pensões. Opera, nomeadamente, no mercado das pensões de reforma privadas obrigatórias na Roménia.

18. O presente processo tem origem numa investigação conduzida pelo Consiliul Concurenței que tinha por objeto uma eventual violação do artigo 5.º, n.º 1, da lei relativa à concorrência (legea concurenței) n.º 21/1996[6] e do artigo 81.º CE (atual artigo 101.º TFUE) no mercado romeno da gestão privada dos fundos de pensão obrigatórios (segundo pilar).

19. Após esta investigação, o Consiliul Concurenței concluiu, designadamente, que existiam no referido mercado acordos anticoncorrenciais que tinham por objetivo a repartição dos clientes entre as sociedades comerciais gestoras desses fundos.

20. Através da decisão n.º 39, de 7 de setembro de 2010, o Consiliul Concurenței aplicou sanções a catorze dessas sociedades, entre as quais se encontra a recorrente. Os acordos em questão, que eram, na sua maioria, celebrados bilateralmente e revestiam diversas formas, tinham por objeto duplicados. Ao celebrarem tais acordos, as sociedades gestoras dos fundos de pensões privados repartiram entre si os duplicados em partes iguais (com base no critério de 50%-50%,) e, desse modo, procuraram evitar a repartição dos duplicados feita pela CNPAS.

21. Em 4 de outubro de 2010, perante a Curtea de Apel Bucureşti (Tribunal de segunda instância de Bucareste), a ING Pensii pediu, a título principal, a anulação da referida decisão n.º 39 e, a título subsidiário, a anulação parcial desta decisão, no sentido de uma redução do montante da coima aplicada.

22. A sociedade recorrente alegou que o acordo em questão não era contrário ao artigo 5.º, n.º 1, da lei sobre a concorrência e que também não estavam preenchidas as condições de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Sustentou, nomeadamente, que a repartição dos participantes registados como duplicados não tinha produzido qualquer efeito que consistisse em restringir, impedir ou falsear a concorrência no mercado romeno da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios ou numa parte significativa do mesmo. A ING Pensii sustentou igualmente que a concorrência entre as sociedades gestoras dos fundos de pensões privados não tinha sido eliminada, dado que tinha havido concorrência entre estas durante o período inicial de adesão.

23. O Consiliul Concurenței alegou, por seu lado, que, para determinar o caráter anticoncorrencial do acordo celebrado pelas sociedades gestoras de fundos de pensões privados, entre as quais a ING Pensii, havia que tomar em conta o quadro jurídico em que se tinham baseado a constituição e o funcionamento do mercado da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios bem como as especificidades do mercado em que este acordo tinha sido celebrado.

6 — Lei conforme alterada, completada e republicada (*Monitorul Oficial al României* n.º 240, de 3 de abril de 2014). Nos termos desta disposição, «[s]ão proibidos quaisquer acordos, expressos ou tácitos, entre operadores económicos ou associações de operadores económicos, bem como quaisquer decisões adotadas por associações de operadores económicos e quaisquer práticas concertadas que tenham por objetivo ou efeito restringir, impedir ou falsear a concorrência no mercado romeno ou numa parte deste, designadamente os que consistam em: [...]
c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento [...]».

24. Através do acórdão n.º 749, de 6 de fevereiro de 2012, a Curtea de Apel Bucureşti negou provimento ao recurso da ING Pensii.

25. A sociedade recorrente interpôs então recurso para o órgão jurisdicional de reenvio. Alegou, nomeadamente, que a escolha de um algoritmo para o cálculo dos duplicados diferente do previsto pela lei não constituía uma violação da lei relativa à concorrência mas, quando muito, uma violação da legislação específica em matéria de pensões privadas obrigatórias. Além disso, uma vez que se tinha limitado à repartição dos duplicados, o acordo não podia ter afetado a concorrência no mercado em questão, dado que os duplicados, que representavam menos de 1,5% do mercado, não teriam sido objeto de concorrência entre as sociedades gestoras dos fundos de pensões privados.

26. A ING Pensii sustentou também que não tinha nenhum interesse prático ou económico na repartição dos duplicados em partes iguais, dado que, em 15 de outubro de 2007, já detinha a maior quota de mercado. Além disso, o acordo gerou efeitos positivos levando a uma maior eficácia do processo de adesão aos fundos de pensões privados obrigatórios, havendo uma maior probabilidade de respeito da opção dos participantes do que no caso de uma repartição aleatória.

27. A recorrente indicou, por fim, que, no caso em apreço, não ficou demonstrado qualquer efeito de segmentação do mercado nacional dos fundos de pensões privados obrigatórios, que fosse devido à escolha de outro algoritmo de cálculo dos duplicados. Tratando-se de um acordo que abrange uma percentagem marginal do mercado romeno, é evidente que os seus efeitos reais ou potenciais são insignificantes e não são, em caso algum, suscetíveis de produzir efeitos no mercado da União Europeia.

28. O Consiliul Concurenței pediu que fosse negado provimento ao recurso alegando, essencialmente, que o acordo de repartição dos duplicados era suscetível de falsear a concorrência no mercado dos fundos de pensões privados obrigatórios e, como tal, tinha um objetivo anticoncorrencial. Segundo este, a capacidade de um acordo de produzir efeitos negativos e a constatação de uma infração que consiste na repartição do mercado e das fontes de abastecimento não dependem do número de clientes efetivamente repartidos, dado que este aspeto recai no âmbito dos efeitos concretos de um acordo.

29. Foi nestas circunstâncias que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«No âmbito de uma prática que consiste na repartição de clientes, é o número concreto e definitivo desses clientes relevante para se considerar que existe uma distorção manifesta da concorrência na aceção do artigo 101.º, n.º 1, alínea c), TFUE?»

30. A ING Pensii, o Consiliul Concurenței, o Governo romeno e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça e participaram na audiência de 11 de fevereiro de 2015.

III – **Análise da questão prejudicial**

31. O presente pedido de decisão prejudicial convida o Tribunal de Justiça a indicar se, e em que medida, o número de pessoas afetadas por acordos de repartição, como os que estão em causa no processo principal, constitui um elemento relevante para determinar se estes acordos são abrangidos pela proibição dos acordos, decisões e práticas concertadas, prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

32. Atendendo aos elementos de informação fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio, impõem-se dois esclarecimentos prévios.

33. Em primeiro lugar, considero que, embora só pareça estar diretamente em causa, no processo principal, a aplicação de disposições nacionais de direito romeno em matéria de concorrência, a saber, nomeadamente, o artigo 5.º, n.º 1, da lei relativa à concorrência, há que reconhecer claramente a admissibilidade da questão. No caso em apreço, a ING Pensii colocou em causa a aplicabilidade do artigo 101.º TFUE, mas esta objeção foi afastada pelo órgão jurisdicional de reenvio. Uma vez que são precisamente as condições de aplicabilidade desta disposição que estão em questão no processo, há que aderir à abordagem seguida por esse órgão.

34. Por outro lado, importa observar que esta disposição nacional, na versão atualmente em vigor, reproduz quase textualmente a proibição dos acordos restritivos da concorrência prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE. Nestas circunstâncias, considero que, na esteira nas soluções adotadas em numerosos precedentes jurisprudenciais relativos a práticas restritivas da concorrência em aplicação do direito nacional da concorrência [7], há que admitir o presente reenvio prejudicial. Existe, com efeito, um interesse efetivo da União em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições ou os conceitos procedentes do direito da União sejam interpretados de modo uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devam aplicar [8].

35. Em segundo lugar, cumpre salientar que, embora seja a questão da existência, no processo principal, de uma restrição da concorrência em razão do «objetivo» que parece estar no cerne do litígio e que será objeto de maiores desenvolvimentos nas presentes conclusões, a generalidade dos termos utilizados pelo órgão jurisdicional de reenvio na formulação da sua questão prejudicial convida também a que nos debrucemos de forma mais globalmente sobre o requisito relativo à afetação significativa da concorrência. O órgão jurisdicional de reenvio salientou, de resto, que, no caso em apreço, se trata de decidir tanto sobre a natureza anticoncorrencial do acordo como sobre a questão de saber se os acordos de repartição dos duplicados eram suscetíveis de alterar a estrutura do mercado da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios, afetando-o de modo significativo.

A – *Quanto à relevância do número de pessoas concretamente visadas pelos acordos controvertidos para a determinação de um objetivo restritivo da concorrência*

36. No presente caso, para responder à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece-me indispensável, depois de recordar a jurisprudência pertinente, proceder a um exame dos acordos de repartição controvertidos. Embora seja certo que apenas ao órgão jurisdicional de reenvio compete, em última análise, decidir se estes acordos são suscetíveis de recair no âmbito da proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, o Tribunal de Justiça é igualmente chamado a esclarecer o juiz nacional no sentido de determinar se tais acordos têm um objetivo anticoncorrencial ou, em caso de resposta negativa, efeitos anticoncorrenciais.

1. Resumo dos ensinamentos da jurisprudência

37. Importa recordar que, para ser abrangido pela proibição prevista no artigo 101.º, n.º 1, TFUE, um acordo, uma decisão de uma associação de empresas ou uma prática concertada deve ter «por objetivo *ou* efeito» [9] impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

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

8 — V. acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., C-32/11, EU:C:2013:160, n.º 20 e jurisprudência referida.

9 — O sublinhado é meu.

38. Segundo jurisprudência constante desde o acórdão LTM [10], o caráter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, em primeiro lugar, à necessidade de considerar o objetivo do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico em que deve ser aplicado. Consequentemente, quando se verifique o objetivo anticoncorrencial de um acordo, não é necessário apurar os seus efeitos sobre a concorrência.

39. Quanto à distinção entre as infrações em razão do «objetivo» e as infrações em razão do «efeito», decorre também de jurisprudência constante e ainda recentemente recordada com veemência no processo que deu origem ao acórdão CB/Comissão [11], que a mesma se baseia no facto de determinadas formas de coordenação entre empresas revelarem um *grau suficiente de nocividade* para a concorrência para que se possa considerar que *não há que examinar os seus efeitos*.

40. A este respeito, é atualmente pacífico que determinadas formas de coordenação entre empresas podem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência. Assim, há que admitir que certos comportamentos colusórios, como os que levam à fixação horizontal dos preços por cartéis, podem ser considerados de tal modo suscetíveis de terem efeitos negativos, em especial, sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços que se pode considerar inútil, para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, demonstrar que produzem efeitos concretos no mercado. Com efeito, a experiência mostra que esses comportamentos provocam reduções da produção e subidas de preços, conduzindo a uma má repartição dos recursos em prejuízo, especialmente, dos consumidores [12].

41. A fim de apreciar se um acordo entre empresas ou uma decisão de associação de empresas apresenta um grau suficiente de nocividade para ser considerado uma restrição da concorrência em razão do «objetivo» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa. Além disso, embora a intenção das partes não seja um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um acordo entre empresas, nada impede que as autoridades da concorrência ou os órgãos jurisdicionais nacionais e da União a tenham em conta [13].

42. Conforme referi nas conclusões que apresentei no processo CB/Comissão [14], embora seja verdade que a apreciação mais estandardizada, a que conduz o recurso ao conceito de restrição «em razão do objetivo», pressupõe um exame circunstanciado e individual do acordo controvertido, este exame deve, todavia, distinguir-se claramente da análise dos efeitos reais ou potenciais dos comportamentos das empresas infratoras.

43. Na minha opinião, tomar em consideração o contexto económico e jurídico na avaliação de um objetivo anticoncorrencial deve, sob pena de criar um desvio prejudicial à correta interpretação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, ser claramente distinguido da demonstração dos efeitos anticoncorrenciais no âmbito da segunda parte da alternativa referida nesta disposição. Tomar em consideração o contexto na identificação do objetivo anticoncorrencial só pode vir reforçar ou neutralizar o exame dos próprios termos do alegado acordo. Não pode, de forma alguma, colmatar a falta de identificação efetiva de um objetivo anticoncorrencial através da demonstração dos efeitos potenciais das medidas previstas. Por outras palavras, e independentemente das semelhanças conceptuais existentes entre as

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

12 — Acórdão CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.os 49 a 51 e jurisprudência referida).

13 — Acórdão CB/Comissão (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, n.os 53 e 54 e jurisprudência referida).

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

duas partes desta alternativa, o recurso ao contexto económico e jurídico, quando se trate de identificar uma restrição em razão do «objetivo», não pode conduzir a uma qualificação da responsabilidade das empresas implicadas, em presença de um contrato de cujos termos não decorre nocividade alguma do ponto de vista da concorrência [15].

44. É à luz destes esclarecimentos que me proponho examinar os acordos controvertidos, depois de recordar primeiro, sucintamente, o contexto geral e as modalidades da sua elaboração.

2. Descrição do contexto geral e das modalidades de elaboração dos acordos controvertidos

45. Os acordos bilaterais de repartição dos duplicados celebrados entre as sociedades gestoras de fundos de pensões privados, que estão em causa no processo principal, inserem-se no âmbito da adesão, que se tornou obrigatória a partir de 2007 para as pessoas de idade inferior a 35 anos (pessoas abrangidas pelo segundo pilar), a um dos 18 fundos de pensões privados autorizados para este efeito.

46. Tendo em conta a obrigatoriedade da adesão a um (e apenas um) dos fundos de pensões para as pessoas abrangidas pelo segundo pilar, não podia encarar-se a possibilidade de, decorrido o período inicial de adesão, com uma duração de cerca de quatro meses, as pessoas em causa não serem consideradas inscritas num fundo determinado.

47. Neste contexto, importa observar que, em conformidade com a legislação em vigor, a inscrição num fundo de pensões só se torna legalmente válida quando é registada na CNPAS. Antes de tal registo, não há qualquer validade ou presunção de inscrição num determinado fundo. Há também que salientar que não é possível que uma pessoa que tenha aderido a um fundo de pensões sob gestão privada e que tenha sido registada como tal na CNPAS altere a sua adesão antes de decorrido um prazo de dois anos, sob pena de incorrer em despesas significativas, o que, de algum modo, fixa as adesões para o futuro.

48. Assim, no caso de os participantes constarem dos relatórios de várias sociedades gestoras (os duplicados) e não ter sido possível, por qualquer razão, proceder à verificação do ato de adesão, o legislador tinha previsto que os participantes deviam ser repartidos de modo «aleatório» e diretamente proporcional ao número de pessoas cuja adesão tenha sido validada para cada fundo de pensões privado relativamente ao número total de pessoas cuja adesão tenha sido validada para a totalidade dos fundos de pensões privados.

49. Afigura-se que esta repartição refletia, no essencial, a concorrência entre os fundos de pensões participantes durante o período de adesão, dado que era proporcional ao número de pessoas validadas quanto a cada fundo no momento da repartição. Resulta das informações prestadas ao Tribunal de Justiça pelo Consiliul Concurenței que a repartição em função do número de atos de adesão validados era uma medida destinada a encorajar uma participação mais ativa dos atores do mercado de modo a atrair os participantes e a garantir uma estrutura de mercado assente numa base concorrencial.

15 — *Ibidem*, n.os 44 e 45.

50. Por último, sempre segundo as informações prestadas pelo Consiliul Concurenței, a celebração dos acordos de repartição controvertidos, que foi efetuada informalmente, começou antes do período de adesão inicial, que teve início em 14 de setembro de 2007 [16]. Ora, à época, não era possível quantificar, nem sequer estimar, o número final de participantes registados como duplicados. Por outras palavras, as sociedades gestoras dos fundos de pensões decidiram, através da celebração dos acordos em questão, derrogar o sistema de repartição legal dos duplicados procedendo elas próprias à repartição dos seus clientes sem conhecerem o número exato de pessoas que, em definitivo, seriam afetadas.

51. Finalmente, a repartição dos participantes registados como duplicados era, na maior parte dos casos, efetuada numa base bilateral entre a maioria das sociedades gestoras dos fundos de pensões. A repartição em questão, que era feita em partes iguais entre as sociedades gestoras, conduzia à eliminação das pessoas afetadas do registo dos duplicados e à validação da sua adesão a um dos fundos junto da CNPAS. Ao não procederem ao controlo da autenticidade das adesões legalmente previsto e ao procederem a uma repartição com base no critério de 50%-50%, as sociedades gestoras subtraíram-se conscientemente a regras que refletiam o resultado da concorrência a que as sociedades gestoras deviam submeter-se.

52. É à luz destas considerações que há que examinar se os acordos em questão podem ou não ser considerados como tendo, em si, um grau suficiente de nocividade para a concorrência e, consequentemente, como sendo restritivos em razão do «objetivo».

3. Análise da questão de saber se os acordos de repartição dos duplicados controvertidos comportam uma restrição em razão do «objetivo», na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE

53. Retomo, para este efeito, a grelha de análise anteriormente apresentada, para examinar, em seguida, o conteúdo dos acordos de repartição, os objetivos que visam atingir, bem como o contexto económico e jurídico em que se inserem.

a) Quanto ao conteúdo dos acordos de repartição controvertidos

54. Através dos acordos controvertidos, certas sociedades gestoras de fundos acordaram, à primeira vista, em partilhar, numa base bilateral, as pessoas não definitivamente inscritas e registadas como subscritoras de vários atos de adesão a fundos de pensões diferentes.

55. Assim, as sociedades gestoras de fundos de pensões privados cujos participantes constavam como subscritores de vários atos de adesão individuais acordaram em repartir bilateralmente os duplicados (que representavam clientes potenciais de todas as sociedades gestoras) com base no critério de 50%-50%, apesar de serem obrigadas a verificar previamente a vontade real dos participantes que constavam como subscritores de dois atos de adesão e, sendo caso disso, a comunicar qualquer ato de adesão à CNPAS, devendo estes participantes ser invalidados e incluídos no sistema de repartição aleatória.

16 — Segundo as informações obtidas durante a investigação efetuada pelo Consiliul Concurenței, em 15 de agosto de 2007, uma das sociedades gestoras propôs às sociedades concorrentes a celebração de acordos bilaterais e multilaterais que estabelecessem critérios mútuos de validação para o caso de adesão múltipla a vários fundos, aplicando sanções financeiras às sociedades que não se submetessem a tais critérios. Numa reunião da Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (associação para as pensões de reforma privadas na Roménia) terão também sido propostos acordos de repartição dos duplicados em derrogação do regime previsto pela lei.

56. Embora seja certo que, como a ING Pensii avançou nas suas observações, se podia, de algum modo, presumir que essas pessoas tinham indicado uma certa preferência para aderir a um dos dois fundos em causa, é igualmente certo que, tal como resulta da legislação nacional pertinente, uma pessoa só adquire a qualidade de participante num fundo de pensões ao assinar um ato de adesão individual que deve, em seguida, ser devidamente registado junto da instituição competente (artigo 32.º, n.ºs 1 a 4, da Lei n.º 411/2004).

b) Quanto às finalidades objetivas dos acordos controvertidos

57. Afigura-se bastante claro que o objetivo prosseguido pela celebração dos acordos em causa era a derrogação do sistema de repartição aleatória dos duplicados, previsto pela legislação aplicável.

58. Com efeito, por força desta legislação, os duplicados deviam ser invalidados e repartidos aleatoriamente pelo *conjunto* das sociedades gestoras que, durante o período de adesão inicial, eram 18. Através da celebração dos acordos em litígio, as sociedades gestoras em causa asseguravam uma repartição entre si em partes iguais.

59. Atendendo ao teor e as finalidades objetivas dos acordos controvertidos, afigura-se que os mesmos se assemelham a acordos de repartição de clientela que são suscetíveis de apresentar, pela sua própria natureza, um grau suficiente de nocividade. Com efeito, verifica-se que estes acordos são suscetíveis de falsear a concorrência no mercado das pensões privadas obrigatórias numa fase determinante da formação do mercado.

60. Neste contexto, parece-me importante recordar que, no momento da celebração dos acordos de repartição entre as sociedades gestoras, que se verificou frequentemente ainda antes do início do período de adesão, havia uma incerteza quanto ao número de pessoas que seriam mencionadas no registo dos duplicados. Ora, a aptidão destes acordos para produzirem efeitos sensíveis no mercado deve ser examinada à luz dos elementos conhecidos à data da celebração de tais acordos, não devendo ser tomadas em conta constatações de facto posteriores à celebração dos mesmos.

61. No caso em apreço, não pode ser negada a capacidade dos acordos em causa para alterarem a estrutura do mercado, subtraindo um certo número de clientes à concorrência entre os fundos de pensões. Esta capacidade existe independentemente dos efeitos concretos que foram ou podiam ter sido observados.

62. Nesta fase da minha análise, considero, portanto, que os referidos acordos são, à primeira vista, restritivos da concorrência em razão do seu próprio objetivo.

63. A tomada em consideração do contexto económico e jurídico pertinente não me parece suscetível de invalidar esta primeira conclusão, como passo a expor.

c) Quanto à tomada em consideração do contexto económico e jurídico da elaboração dos acordos controvertidos

64. Como referi anteriormente, a necessidade de distinguir claramente a identificação de uma restrição em razão do «objetivo» da de uma restrição em razão do «efeito» implica que o exame do contexto da elaboração dos acordos em causa não pode assemelhar-se a um exame dos efeitos do acordo, enquanto tais. Embora o órgão jurisdicional nacional deva sempre proceder a uma avaliação individual dos acordos no contexto jurídico e económico da sua celebração, esta avaliação não equivale a um exame preciso dos efeitos reais e potenciais e, sendo caso disso, do caráter significativo destes acordos.

65. A tomada em consideração do contexto na identificação do objetivo anticoncorrencial só pode, portanto, vir *reforçar ou neutralizar* o exame dos próprios termos e das finalidades objetivas do alegado acordo. Não pode, de forma alguma, colmatar a falta de identificação efetiva de um objetivo anticoncorrencial através da demonstração dos efeitos potenciais das medidas previstas. Parece-me que esta conclusão pode ser naturalmente deduzida da formulação adotada pelo Tribunal de Justiça, a qual indica com bastante clareza que, no caso de a análise do *conteúdo* do acordo não revelar um nível suficiente de nocividade para a concorrência, haverá então que examinar os seus efeitos e, para lhe aplicar a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efetivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível [17].

66. Este esclarecimento parece-me importante no caso em apreço dado que, após o exame do conteúdo e das finalidades objetivas dos acordos em causa, se verifica que estes comportam, pela sua própria natureza, um tal grau de nocividade para a concorrência que se deve considerar que comportam, *a priori*, uma restrição em razão do «objetivo» na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

67. Do mesmo modo, o exame do contexto em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal deve servir para determinar se, apesar do seu caráter, à primeira vista, anticoncorrencial, é possível desculpar as sociedades gestoras dos fundos de pensões privados atendendo ao contexto económico e jurídico dos acordos de repartição controvertidos ou se, pelo contrário, o exame deste contexto leva a reforçar a conclusão, obtida após a análise dos termos e dos objetivos prosseguidos pela celebração destes acordos, de que têm um objetivo anticoncorrencial.

68. Ora, no que respeita aos contextos económico e jurídico, que estão, neste caso, estreitamente interligados, decorre das informações prestadas tanto pelo órgão jurisdicional de reenvio como pelas partes interessadas que o contexto da elaboração dos acordos de repartição controvertidos se caracteriza pelos elementos seguintes.

69. Em primeiro lugar, os acordos foram celebrados no contexto do surgimento de um novo mercado («infant market») na Roménia, a saber, o da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios, cuja instituição teve início em 2007 através da autorização, concedida pela CSSPP, de um certo número de sociedades que tinham como objeto exclusivo essa gestão. No âmbito da formação deste mercado, que, segundo as informações fornecidas pelo Consiliul Concurenței, visava cerca de quatro milhões de pessoas, o período de adesão inicial constituía indiscutivelmente uma etapa decisiva para efeitos da determinação da estrutura do referido mercado e das quotas detidas por cada sociedade gestora autorizada.

70. Nesta perspetiva, a regra aritmética, prevista na lei, de repartição aleatória e proporcional das pessoas que não tivessem aderido a um fundo de pensões ou não constassem como subscritoras de uma opção válida (como os duplicados), cujo número não podia ser conhecido, visava, num contexto de estímulo da concorrência entre as sociedades gestoras, designadamente preservar e assegurar uma estrutura deste novo mercado da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios que correspondesse aos esforços envidados por cada sociedade gestora para atrair o maior número de participantes na fase de adesão inicial e às opções efetiva e legalmente expressas pelas pessoas.

71. Em segundo lugar, importa salientar que a constituição do mercado da gestão privada dos fundos de pensões obrigatórios se concretizou durante um período relativamente curto, a saber, de quatro meses, após o qual a posição de todas as sociedades gestoras de fundos tem potencialmente uma influência determinante sobre as quotas de mercado que deterão seguidamente. A própria natureza

17 — V., nomeadamente, acórdãos LTM (56/65, EU:C:1966:38, p. 359) e Football Association Premier League e o. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, n.º 135 e jurisprudência referida).

deste mercado e o facto de os participantes incorrerem numa sanção pecuniária substancial (penalidade de transferência previstas pela Lei n.º 411/2004) em caso de alteração da sua escolha de fundos, implica uma mobilidade reduzida dos consumidores abrangidos e fixa, de algum modo, as quotas de mercado detidas pelas sociedades em questão após o período de adesão.

72. Em terceiro lugar, embora, como a ING Pensii referiu, algumas sociedades gestoras tenham alegado que os acordos de repartição visavam responder às dificuldades de ordem prática e à necessidade de colmatar um dispositivo legal de repartição considerado, na prática, ineficaz, há que observar que os acordos controvertidos foram, ao que tudo indica, celebrados ainda antes de ter surgido qualquer dificuldade associada à execução do processo inicial de adesão.

73. Mesmo admitindo que se deva aceitar a argumentação avançada pela recorrente, segundo a qual o quadro legislativo que acompanhou a criação do mercado da gestão privada dos fundos de pensões se caracterizava por numerosas lacunas, esta argumentação não invalida a constatação de que as referidas sociedades gestoras se subtraíram deliberadamente às regras de repartição dos participantes legalmente previstas, num sentido que era suscetível de alterar a estrutura do mercado resultante dos esforços que realmente envidaram e que se concretizaram através de adesões legalmente válidas.

74. Recorde-se, com efeito, que, segundo a legislação pertinente, os duplicados deviam ser anulados e atribuídos de modo aleatório e proporcional às quotas de mercado detidas após o processo de validação das adesões. Ao celebrarem, de forma bilateral, acordos relativos à repartição dos duplicados entre si, sem que tenham sido objeto de uma escolha clara e legalmente válida, as sociedades gestoras de fundos subtraíram-se à aplicação de regras transparentes em prejuízo da livre concorrência.

75. Resulta destas considerações que os elementos contextuais do processo principal não se mostram suscetíveis de invalidar a conclusão segundo a qual os acordos de repartição têm um objetivo anticoncorrencial, reforçando, pelo contrário, esta conclusão.

76. Parece-me que este tipo de acordo contraria de forma manifesta a conceção inerente às disposições do TFUE relativas à concorrência, segundo a qual todos os operadores económicos devem determinar de forma autónoma a política que pretendem seguir no mercado e concorrer livremente quanto a todos os clientes no mercado. Através da celebração destes acordos, as sociedades gestoras de fundos coordenaram a sua atuação de modo a minimizar os riscos da concorrência [18].

77. Consequentemente, considero que os acordos de repartição dos participantes que tenham subscrito vários atos de adesão, celebrados entre as sociedades gestoras de fundos de pensões sob gestão privada, em derrogação das regras prevista por lei, preenchem todas os requisitos para serem qualificados como restritivos em razão do «objetivo».

78. Resta examinar se o número de pessoas concretamente afetadas pelos acordos de repartição pode, eventualmente ser pertinente para constatar a existência de uma afetação sensível da concorrência.

B – *Quanto à pertinência do número de pessoas concretamente afetadas para o exame da existência de uma afetação significativa ou sensível da concorrência*

79. Tendo em conta todos os aspetos e atendendo às circunstâncias do caso em apreço, a questão submetida no presente processo equivale a determinar se o efeito concreto dos acordos de repartição controvertidos, que parecem efetivamente comportar um objetivo anticoncorrencial, pode revelar-se pertinente para constatar a existência de uma restrição da concorrência.

18 — V., neste sentido, acórdão Beef Industry Development Society e Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, n.º 34).

80. Parece-me que se deve responder negativamente a esta questão. Dado que se concluiu que um acordo tem um objetivo anticoncorrencial, não há qualquer necessidade de examinar os seus efeitos concretos.

81. Com efeito, a partir do momento em que se constate o objetivo anticoncorrencial dos referidos acordos, deixa de ser necessário examinar a questão de saber se os mesmos afetam sensivelmente a concorrência no mercado. Na medida em que os comportamentos anticoncorrenciais são proibidos em razão da sua própria natureza, atendendo ao grau de nocividade para a concorrência que apresentam, não há qualquer necessidade de os caracterizar em função de um impacto económico ou de um alcance geográfico determinado.

82. Importa ainda, quanto a este aspeto, recordar que, independentemente das consequências que o mesmo produza *in fine*, um acordo restritivo em razão do «objetivo» é proibido pelo simples facto de representar um perigo potencial para a concorrência. Como o Tribunal de Justiça salientou, nomeadamente, no processo que deu origem ao acórdão Expedia[19], há que considerar que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência (n.º 37 deste acórdão).

83. Resulta de todas estas considerações que, em circunstâncias como as do caso em apreço, o número de clientes (duplicados) que foram efetivamente repartidos entre as sociedades gestoras dos fundos de pensões privados não tem qualquer pertinência, sendo este aspeto do âmbito dos efeitos concretos de um acordo, os quais, no caso dos acordos restritivos em razão do «objetivo», não carecem de ser examinados. O objetivo anticoncorrencial de um acordo de repartição, mais concretamente a capacidade de tal acordo de produzir efeitos negativos no mercado, não pode depender do número concreto de clientes efetivamente repartidos, mas apenas dos termos e das finalidades objetivas deste acordo à luz do contexto económico e jurídico da sua celebração.

84. Embora não seja necessário proceder a uma análise completa dos efeitos de um acordo para constatar a existência de uma restrição em razão do «objetivo», o acordo em questão deve, porém, ser objetivamente suscetível de gerar tal restrição. Por outras palavras, o juiz não pode de modo nenhum, no âmbito do contexto económico e jurídico dos acordos, ignorar completamente os efeitos potenciais dos mesmos atendendo aos dados conhecidos à data da sua celebração.

85. Considero, com efeito, que o requisito segundo o qual a restrição em questão deve ser sensível não pode ser afastado no caso de uma restrição em razão do «objetivo», mas é, de algum modo, absorvido pelo exame do contexto económico e jurídico efetuado para confirmar a capacidade real do acordo em questão para produzir tal efeito restritivo. Caso o juiz venha a concluir, após o seu exame do contexto económico e jurídico, que o acordo em questão é apenas potencialmente suscetível de produzir efeitos insignificantes sobre a concorrência, atendendo, nomeadamente, à fraca posição ocupada pelos interessados no mercado dos produtos em causa, pode ser levado a concluir que este acordo não recai no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

86. No caso em apreço, não se afigura que as circunstâncias jurídicas e económicas anteriormente evocadas, em que os acordos se inscrevem, sejam suscetíveis de gerar dúvidas quanto à existência de uma restrição suscetível de afetar sensivelmente a concorrência.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.

IV – **Conclusão**

87. Atendendo a todas as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial submetida pela Înalta Curte de Casație și Justiție (Roménia), nos termos seguintes:

O artigo 101.º, n.º 1, alínea c), TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um acordo de repartição de clientes, como os que foram celebrados entre os fundos de pensões no processo principal, que constitui, por natureza, uma infração com um objetivo anticoncorrencial, o número concreto e definitivo de clientes repartidos não é relevante para efeitos do preenchimento do requisito relativo à restrição da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, alínea c), TFUE.