Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
NILS WAHL
prezentate la 23 aprilie 2015 [1]

Cauza C-172/14

ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA
împotriva
Consiliului Concurenței

[cerere de decizie preliminară formulată de Înalta Curte de Casație și Justiție (România)]

„Trimitere preliminară — Concurență — Înțelegeri — Modalități de repartizare a clientelei pe piața românească a administrării private a fondurilor de pensii obligatorii — Existența unei restrângeri a concurenței «prin obiect» în sensul articolului 101 alineatul (1) TFUE — Afectarea comerțului dintre statele membre”

1. Prezenta cauză își află originea într-un litigiu care opune ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (denumită în continuare „ING Pensii”), o societate care administrează un fond de pensii privat, Consiliului Concurenței român, cu privire la o cerere de anulare a unei decizii prin care această societate este obligată la plata unei amenzi pentru faptul că a participat la un acord prin care se urmărește restrângerea concurenței pe piața fondurilor de pensii private. Aceasta privește mai precis acordurile, încheiate de administratorii fondurilor de pensii private obligatorii, de repartizare a dublurilor, și anume persoane care au aderat, prin ignorarea normelor aplicabile în materie sau din neglijența anumitor agenți comerciali, la două sau mai multe fonduri în perioada inițială de aderare pusă în aplicare în mod legal în anul 2007, denumite în continuare „dubluri”.

2. Prezenta trimitere preliminară, motivată în mare parte de existența unor interpretări divergente în cadrul instanțelor române, determină Curtea să formuleze anumite clarificări cu privire la noțiunile de restrângere „prin obiect” și de afectare semnificativă a concurenței. Ea oferă în mod special ocazia de a se aminti elementele de care trebuie să se țină seama și metoda de analiză care trebuie aplicată pentru a se stabili dacă un acord are un obiect anticoncurențial în sensul articolului 101 alineatul (1) TFUE.

I – Cadrul juridic național

3. Sistemul de repartizare a dublurilor vizat în speță se înscrie în cadrul legislației naționale românești referitoare la constituirea, organizarea și funcționarea pieței administrării private a fondurilor de pensii obligatorii.

4. Dreptul național aplicabil este caracterizat în mod incontestabil printr-o anumită complexitate. Fără a pretinde exhaustivitate și pentru nevoile analizei care va urma, trebuie subliniate următoarele elemente.

1 — Limba originală: franceza.

A – *Norme generale referitoare la aderarea la fondurile de pensii private*

5. Sistemul de pensii în România se compune după cum urmează:

— primul pilon: componentă obligatorie, întemeiată pe redistribuire, administrată public;

— al doilea pilon: componentă obligatorie, întemeiată pe capitalizare, administrată privat de societăți pe acțiuni având ca obiect administrarea fondurilor de pensii și reglementată prin Legea nr. 411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat [2];

— al treilea pilon: componentă facultativă, întemeiată pe capitalizare, administrată de asemenea privat.

6. În temeiul Legii nr. 411/2004, 18 societăți comerciale având ca obiect exclusiv administrarea fondurilor de pensii au fost autorizate de Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (denumită în continuare „CSSPP”) în perioada cuprinsă între 25 iulie 2007 și 9 octombrie 2007, fiecare dintre aceste societăți putând administra doar un fond de pensii în România.

7. Conform articolului 30 alineatul (1) din Legea nr. 411/2004, persoanele în vârstă de până la 35 de ani care sunt asigurate și care contribuie la sistemul public de pensii (primul pilon) trebuie să adere și la un fond de pensii administrat privat (al doilea pilon).

8. Nu pot adera la cel de al doilea pilon persoanele în vârstă de peste 45 de ani sau cele care nu contribuie la sistemul public de pensii (primul pilon). Persoanele cu vârsta cuprinsă între 35 și 45 ani care contribuie la primul pilon pot alege să participe sau să nu participe la al doilea pilon [articolul 30 alineatul (2) din Legea nr. 411/2004). Independent de contribuția la primul și la al doilea pilon, orice persoană fizică poate contribui la al treilea pilon, chiar dacă aceasta nu poate conduce la înlocuirea contribuției la primul sau la al doilea pilon pentru persoanele care sunt obligate să contribuie la aceste sisteme de pensii.

9. În ceea ce privește participanții la al doilea pilon, singurii avuți în vedere în cauza principală, articolul 31 din Legea nr. 411/2004 prevede că o persoană nu poate subscrie la mai multe fonduri de pensii în același timp și poate deține un singur cont la fondul de pensii al cărui participant este.

10. Potrivit articolului 32 alineatul (1) din Legea nr. 411/2004, o persoană devine participant la un fond de pensii prin semnarea unui act de aderare individual, din proprie inițiativă sau în urma repartizării sale de către instituția de evidență.

11. Potrivit articolului 33 din Legea nr. 411/2004, persoana care nu a aderat deja la un fond de pensii private într-un anumit termen este repartizată aleatoriu la un fond de pensii de către instituția de evidență. Această repartizare era efectuată proporțional cu cotele de piață obținute de fiecare dintre administratori [articolul 33 alineatul (2)].

2 — Legea nr. 411/2004, astfel cum a fost republicată în *Monitorul Oficial al României* nr. 482 din 18 iulie 2007, precum și modificată și completată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 112/2007, publicată în *Monitorul Oficial al României* nr. 710 din 22 octombrie 2007 (denumită în continuare „Legea nr. 411/2004”).

B – *Norme specifice referitoare la aderarea inițială la un fond de pensii privat, la procedura de validare a aderărilor și la repartizarea aleatorie a participanților neafiliați*

12. Procedura de aderare inițială la un fond de pensii privat, precum și procedura de validare și de repartizare aleatorie a participanților au fost reglementate de Norma nr. 18/2007 privind aderarea inițială și evidența participanților la fondurile de pensii administrate privat[3], astfel cum a fost modificată și completată prin Norma nr. 31/2007[4], denumită în continuare „Norma nr. 18/2007”.

13. În temeiul articolului 17 alineatul (1) din Norma nr. 18/2007, procedura de aderare inițială la un fond de pensii administrat privat trebuia să se deruleze pe parcursul a patru luni, perioadă care a început la 17 septembrie 2007 și s-a încheiat la 17 ianuarie 2008 [articolul 5 alineatul (6) din Norma nr. 18/2007). În această perioadă, toate persoanele care nu au împlinit vârsta de 35 de ani anterior datei de 31 decembrie 2007 sau care au împlinit această vârstă la această dată sunt obligate, atunci când îndeplinesc în plus anumite condiții, să adere la un fond de pensii privat [articolul 4 alineatul (1) și articolul 5 alineatul (3) din Norma nr. 18/2007].

14. În ceea ce privește procedura de validare și de repartizare aleatorie a participanților (articolele 19-31 din Norma nr. 18/2007), Norma nr. 18/2007 prevedea că administratorii erau obligați să transmită Casei Naționale de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale, denumită în continuare „CNPAS”), bilunar (la data de 1 și 15 ale fiecărei luni), un raport care conține informații referitoare la persoane care au semnat un act individual de aderare în termenul de două săptămâni care precedă întocmirea acestui raport. În cazul în care o persoană a fost raportată, în cadrul raportărilor bilunare, de unul sau mai mulți administratori cu mai multe acte individuale de aderare semnate sau se constata că aderarea sa fusese validată temporar în cadrul unei raportări bilunare anterioare, CNPAS înscria persoana respectivă în tabelul electronic al „dublurilor” [articolul 21 alineatul (1) din Norma nr. 18/2007]. În acest caz, administratorii fondurilor aveau obligația legală de a verifica autenticitatea actului individual de aderare și a copiei actului de identitate purtând semnătura olografă a persoanei care a figurat cu mai multe acte individuale de aderare și, în cazul în care era constatată autenticitatea actului, administratorii puteau retransmite către CNPAS, în următorul raport bilunar, informațiile privind aderarea persoanei respective.

15. La încheierea procedurii de aderare inițiale, persoanele a căror aderare figura ca validată temporar erau înregistrate ca validate, iar cele care figurau cu mai multe acte individuale de aderare semnate erau înscrise în registrul participanților ca nevalidate și repartizate în mod aleatoriu[5]. În consecință, repartizarea aleatorie trebuia să se aplice persoanelor care, deși aveau obligația de a adera la un fond de pensii privat în perioada de aderare inițială, nu procedaseră astfel, precum și persoanelor înscrise în registru ca persoane a căror aderare nu fusese validată. Repartizarea la unul dintre fondurile private se efectua de către CNPAS, în mod direct proporțional cu numărul de persoane a căror aderare fusese validată pentru fiecare fond de pensii privat în raport cu numărul total de persoane a căror aderare fusese validată pentru toate fondurile de pensii private.

16. Norma nr. 31/2007, care a modificat și a completat Norma nr. 18/2007, a prevăzut în plus că administratorii erau obligați să indice participanților, în termen de 15 zile de la data validării, fondul de pensii pentru care fusese validată aderarea lor. În cazul în care participanții informați nu semnaseră un act individual de aderare la fondul respectiv, aceștia aveau posibilitatea de a depune o cerere scrisă la CSSPP și, în urma soluționării acesteia, CSSPP informa administratorul cu privire la afilierea sau neafilierea participantului la fondul de pensii privat.

3 — Publicată în *Monitorul Oficial al României* nr. 503 din 27 iulie 2007.

4 — Publicată în *Monitorul Oficial al României* nr. 746 din 2 noiembrie 2007.

5 — În urma modificărilor aduse prin Norma nr. 31/2007, validarea sau invalidarea persoanelor cu mai multe acte de aderare semnate se efectua lunar, la 15 noiembrie (pentru rapoartele bilunare din 1, din 15 octombrie și din 15 noiembrie), la 15 decembrie (pentru rapoartele din 1 și din 15 decembrie) și la 17 ianuarie 2008 (pentru rapoartele bilunare din 1 și din [1]5 ianuarie 2008).

II – Situația de fapt și întrebarea preliminară

17. ING Pensii este o societate privată de administrare a fondurilor de pensii. Aceasta își desfășoară activitatea în special pe piața pensiilor private obligatorii în România.

18. Prezenta cauză are la origine o anchetă efectuată de Consiliul Concurenței și având ca obiect o posibilă încălcare a articolului 5 alineatul (1) din Legea concurenței nr. 21/1996[6] și a articolului 81 CE (devenit articolul 101 TFUE) pe piața românească a administrării private a fondurilor de pensii obligatorii (al doilea pilon).

19. La încheierea acestei anchete, Consiliul Concurenței a ajuns, printre altele, la concluzia că existau pe piața respectivă înțelegeri anticoncurențiale având ca obiect repartizarea clienților între societățile comerciale care administrează aceste fonduri.

20. Prin Decizia nr. 39 din 7 septembrie 2010, Consiliul Concurenței a sancționat 14 dintre acestea, printre care figurează și reclamanta. Acordurile în discuție, care erau încheiate în cele mai multe cazuri în mod bilateral și care luau forme diferite, aveau în vedere dubluri. Prin încheierea unor asemenea acorduri, administratorii fondurilor de pensii private ar fi repartizat dublurile în cote egale (conform regulii 50/50) între ei și ar fi urmărit astfel să evite împărțirea dublurilor de către CNPAS.

21. La 4 octombrie 2010, ING Pensii a solicitat Curții de Apel București, cu titlu principal, anularea Deciziei nr. 39/2010 menționate și, în subsidiar, anularea în parte a acestei decizii, având ca obiect o reducere a cuantumului amenzii aplicate.

22. Societatea reclamantă a arătat că acordul în discuție nu era contrar articolului 5 alineatul (1) din Legea concurenței și că nici condițiile de aplicare a articolului 101 alineatul (1) TFUE nu erau îndeplinite. Aceasta a susținut, printre altele, că repartizarea participanților înregistrați ca dubluri nu a produs niciun efect care să constea în restrângerea, în împiedicarea sau în denaturarea concurenței pe piața românească a administrării private a fondurilor de pensii obligatorii sau pe o parte semnificativă a acesteia. ING Pensii a susținut de asemenea că concurența dintre administratorii fondurilor de pensii private nu fusese eliminată, aceștia aflându-se în concurență în perioada inițială de aderare.

23. La rândul său, Consiliul Concurenței a susținut că, pentru a stabili caracterul anticoncurențial al aranjamentului care fusese încheiat între administratorii fondurilor de pensii private, printre care ING Pensii, trebuia să se țină seama de cadrul juridic care a reprezentat temeiul constituirii și funcționării pieței administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, precum și de particularitățile pieței pe care fusese încheiat acest aranjament.

24. Prin hotărârea nr. 749 din 6 februarie 2012, acțiunea formulată de ING Pensii a fost respinsă de Curtea de Apel București.

25. Societatea reclamantă a formulat recurs la instanța de trimitere. Ea a susținut, printre altele, că alegerea unui alt algoritm de calcul al dublurilor decât cel prevăzut de lege nu constituia o încălcare a Legii privind concurența, ci, cel mult, o încălcare a legislației specifice în materie de pensii private obligatorii. În plus, întrucât înțelegerea s-a limitat la repartizarea dublurilor, aceasta nu ar fi putut afecta concurența pe piața în discuție, dat fiind că dublurile, care reprezentau mai puțin de 1,5 % din piață, nu ar fi făcut obiectul concurenței între administratorii fondurilor de pensii private.

6 — Cu modificările ulterioare, completată și republicată (*Monitorul Oficial al României* nr. 240 din 3 aprilie 2014). Potrivit acestei dispoziții, „[s]unt interzise orice înțelegeri exprese sau tacite între agenții economici ori asociațiile de agenți economici, orice decizii luate de asociațiile de agenți economici și orice practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc: […]
c) împărțirea piețelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare […]”.

26. ING Pensii a susținut de asemenea că nu avea niciun interes de ordin practic sau economic în repartizarea dublurilor în cote egale, dat fiind că deținea deja cea mai mare parte a pieței la data de 15 octombrie 2007. În plus, acordul ar fi generat efecte pozitive, conducând la o mai mare eficacitate a procesului de aderare la fondurile de pensii private obligatorii, dat fiind că participanții aveau mai multe șanse de a li se respecta opțiunea decât în cazul unei repartizări aleatorii.

27. În sfârșit, reclamanta a indicat că în speță nu a fost demonstrat niciun efect al compartimentării pieței naționale a fondurilor de pensii private obligatorii, care s-ar datora alegerii unui alt algoritm de calcul al dublurilor. În ceea ce privește un acord care acoperă un procent marginal al pieței românești, ar fi evident că efectele sale reale sau potențiale sunt nesemnificative și în niciun caz de natură să producă efecte pe piața Uniunii Europene.

28. Consiliul Concurenței a solicitat respingerea recursului, susținând în esență că acordul de repartizare a dublurilor era de natură să denatureze concurența pe piața fondurilor de pensii private obligatorii și avea, ca atare, un obiect anticoncurențial. În opinia acestuia, capacitatea unui acord de a produce efecte negative și constatarea unei încălcări care constă în împărțirea pieței și a surselor de aprovizionare nu ar fi condiționate de numărul de clienți împărțiți efectiv, acest aspect ținând de efectele concrete ale unei înțelegeri.

29. În aceste circumstanțe, instanța de trimitere a hotărât să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarea întrebare preliminară:

„În cazul unei practici de împărțire a clienților, numărul concret, final, al acestora este relevant din perspectiva îndeplinirii condiției privind afectarea semnificativă a concurenței în sensul prevederilor articolului 101 alineatul (l) litera (c) din TFUE?”

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, guvernul român și Comisia Europeană au depus observații scrise la Curte și au fost ascultate în cadrul ședinței din 11 februarie 2015.

III – **Analiza întrebării preliminare**

31. Prezenta cerere de decizie preliminară invită Curtea să indice dacă și în ce măsură numărul de persoane afectate de acorduri de repartizare precum cele avute în vedere în cauza principală este un element pertinent pentru a se stabili dacă acordurile respective intră sub incidența interdicției înțelegerilor, prevăzută la articolul 101 alineatul (1) TFUE.

32. Având în vedere informațiile furnizate de instanța de trimitere, două precizări prealabile se impun.

33. În primul rând, considerăm că, deși în litigiul principal pare să fie pusă în discuție în mod direct doar aplicarea unor dispoziții naționale de drept românesc în domeniul concurenței, și anume în special articolul 5 alineatul (1) din Legea concurenței, admisibilitatea întrebării trebuie acceptată în mod clar. În speță, ING Pensii a pus în discuție aplicabilitatea articolului 101 TFUE, însă această obiecție a fost respinsă de instanța de trimitere. Întrucât tocmai condițiile de aplicabilitate a acestei dispoziții constituie miza cauzei, nu putem decât să fim de acord cu abordarea acesteia din urmă.

34. Pe de altă parte, trebuie să se observe că această dispoziție națională, în versiunea în vigoare în prezent, reproduce aproape cuvânt cu cuvânt interdicția acordurilor restrictive privind concurența, prevăzută la articolul 101 alineatul (1) TFUE. În astfel de circumstanțe, considerăm că este necesar, în prelungirea soluțiilor reținute în numeroase precedente jurisprudențiale privind practici restrictive în

temeiul dreptului național al concurenței[7], să se admită prezenta trimitere preliminară. Există astfel un interes cert al Uniunii ca, pentru evitarea unor viitoare divergențe de interpretare, dispozițiile sau noțiunile preluate din dreptul Uniunii să primească o interpretare uniformă, indiferent care ar fi condițiile în care acestea urmează să fie aplicate[8].

35. În al doilea rând, trebuie arătat că, deși problema existenței în cauza principală a unei restrângeri a concurenței „prin obiect" pare să se afle în centrul discuțiilor și va face obiectul considerațiilor celor mai importante în prezentele concluzii, generalitatea termenilor utilizați de instanța de trimitere în formularea întrebării sale preliminare ne determină de asemenea să abordăm mai global condiția referitoare la afectarea semnificativă a concurenței. De altfel, instanța de trimitere a subliniat că în speță este vorba despre pronunțarea atât asupra naturii anticoncurențiale a înțelegerii în discuție, cât și asupra problemei dacă acordurile de repartizare a dublurilor puteau modifica structura pieței administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, afectând-o în mod semnificativ.

A – *Cu privire la pertinența numărului de persoane vizate în mod concret de acordurile în litigiu pentru stabilirea unui obiect restrictiv al concurenței*

36. În speță, pentru a răspunde la întrebarea adresată de instanța de trimitere, pare necesar, după ce am amintit jurisprudența relevantă, să efectuăm o examinare a acordurilor de repartizare în litigiu. Deși revine, în definitiv, doar instanței de trimitere sarcina de a hotărî dacă acordurile respective sunt de natură să intre sub incidența interdicției înțelegerilor, prevăzută la articolul 101 alineatul (1) TFUE, Curtea este deopotrivă invitată să lămurească instanța națională în vederea stabilirii aspectului dacă aceste acorduri prezintă un obiect anticoncurențial sau, în cazul unui răspuns negativ, efecte anticoncurențiale.

1. Amintirea învățămintelor jurisprudenței

37. Trebuie amintit că, pentru a intra în domeniul de aplicare al interdicției prevăzute la articolul 101 alineatul (1) TFUE, un acord, o decizie a unei asocieri de întreprinderi sau o practică concertată trebuie să aibă „ca obiect *sau* efect"[9] împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței în cadrul pieței interne.

38. Potrivit unei jurisprudențe constante începând cu Hotărârea LTM[10], caracterul alternativ al acestei condiții, indicat prin conjuncția „sau", conduce mai întâi la necesitatea de a analiza însuși obiectul acordului, ținând seama de contextul economic în care acesta trebuie să fie aplicat. Astfel, în cazul în care obiectul anticoncurențial al acordului este dovedit, nu este necesar să se examineze efectul acestuia asupra concurenței.

39. În ceea ce privește distincția dintre încălcările „prin obiect" și încălcările „prin efect", reiese de asemenea dintr-o jurisprudență constantă și evocată recent cu tărie în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea CB/Comisia[11] că aceasta rezultă din faptul că anumite tipuri de coordonare între întreprinderi indică un *grad suficient de nocivitate* pentru concurență pentru a se putea considera că *examinarea efectelor acestora nu este necesară*.

7 — A se vedea în special Hotărârile Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punctele 12-22), Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, punctele 13-23), ETI și alții (C-280/06, EU:C:2007:775, punctele 19-29) și Allianz Hungária Biztosító și alții (C-32/11, EU:C:2013:160, punctele 17-23).

8 — A se vedea Hotărârea Allianz Hungária Biztosító și alții (C-32/11, EU:C:2013:160, punctul 20 și jurisprudența citată).

9 — Sublinierea noastră.

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

40. În această privință, este consacrat în prezent că anumite forme de coordonare între întreprinderi pot fi considerate, prin chiar natura lor, ca vătămătoare pentru buna funcționare a concurenței. Astfel, trebuie să se admită că anumite comportamente coluzive, precum cele care conduc la stabilirea orizontală a prețurilor prin înțelegeri, pot fi considerate ca fiind într-o asemenea măsură susceptibile de avea efecte negative în special asupra prețului, a cantității sau a calității produselor și serviciilor încât se poate considera inutil, în vederea aplicării articolului 101 alineatul (1) TFUE, să se demonstreze că acestea au efecte reale asupra pieței. Într-adevăr, experiența arată că asemenea comportamente atrag scăderi ale producției și creșteri de prețuri, conducând la o alocare necorespunzătoare a resurselor, în special în detrimentul consumatorilor [12].

41. Pentru a aprecia dacă un acord între întreprinderi sau o decizie a unei asocieri de întreprinderi prezintă un grad suficient de nocivitate pentru a putea fi considerate drept o restrângere a concurenței „prin obiect” în sensul articolului 101 alineatul (1) TFUE, trebuie analizate cuprinsul dispozițiilor acestora, obiectivele pe care urmăresc să le atingă, precum și contextul economic și juridic în care se înscriu. În cadrul acestui context, trebuie de asemenea să se țină seama de natura bunurilor sau a serviciilor afectate, precum și de condițiile reale de funcționare și de structura pieței sau a piețelor în cauză. În plus, deși intenția părților nu constituie un element necesar pentru a determina caracterul restrictiv al unui acord între întreprinderi, nimic nu interzice autorităților din domeniul concurenței ori instanțelor naționale și ale Uniunii să țină cont de aceasta [13].

42. Așa cum am menționat în Concluziile prezentate în cauza CB/Comisia [14], deși aprecierea mai standardizată la care conduce utilizarea noțiunii de restrângere „prin obiect” presupune examinarea detaliată și individuală a acordului în litigiu, această examinare trebuie să fie însă în mod clar diferențiată de examinarea efectelor reale sau potențiale ale comportamentelor întreprinderilor incriminate.

43. În opinia noastră, luarea în considerare a contextului economic și juridic la examinarea obiectului anticoncurențial trebuie, cu riscul de a realiza un derapaj prejudiciabil de la interpretarea corectă a articolului 101 alineatul (1) TFUE, să fie în mod clar diferențiată de demonstrarea efectelor anticoncurențiale în temeiul celei de a doua părți a alternativei vizate de această dispoziție. Luarea în considerare a contextului la identificarea obiectului anticoncurențial nu poate decât să confirme sau să neutralizeze examinarea termenilor înșiși ai presupusei înțelegeri. Aceasta nu poate în niciun caz să compenseze lipsa identificării efective a unui obiect anticoncurențial prin demonstrarea efectelor potențiale ale măsurilor vizate. Altfel spus și independent de similitudinile conceptuale care există între cele două părți ale acestei alternative, recurgerea la contextul economic și juridic atunci când este vorba despre identificarea unei restrângeri „prin obiect” nu poate conduce la calificarea ca responsabile a întreprinderilor incriminate în prezența unui acord ai cărui termeni nu indică nocivitate din punctul de vedere al concurenței [15].

44. În lumina acestor precizări ne propunem să examinăm acordurile în litigiu, după ce vom aminti în mod succint mai întâi contextul general și modalitățile de elaborare a acestora.

2. Descrierea contextului general și a modalităților de elaborare a acordurilor în litigiu

45. Acordurile bilaterale de repartizare a dublurilor încheiate între administratorii fondurilor de pensii private, care sunt puse în discuție în cauza principală, se înscriu în cadrul aderării, stabilită ca obligatorie începând cu anul 2007 pentru persoanele în vârstă de până la 35 de ani (persoane care fac parte din cel de al doilea pilon), la unul dintre cele 18 fonduri de pensii private autorizate în acest scop.

12 — Hotărârea CB/Comisia (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punctele 49-51 și jurisprudența citată).

13 — Hotărârea CB/Comisia (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punctele 53 și 54 și jurisprudența citată).

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

15 — *Ibidem*, punctele 44 și 45.

46. Ținând seama de natura obligatorie a aderării la unul (și numai unul) dintre fondurile de pensii pentru persoanele care fac parte din cel de al doilea pilon, nu se putea anticipa ca, la încheierea perioadei inițiale de aderare, cu o durată de aproximativ patru luni, persoanele vizate să nu fie considerate afiliate la un anumit fond.

47. În acest context, este important să se observe că, în conformitate cu legislația în vigoare, afilierea la un fond de pensii nu devine validă din punct de vedere legal decât atunci când este înregistrată la CNPAS. Anterior acestei înregistrări nu există nicio validitate sau prezumție de afiliere la un anumit fond. Trebuie să se sublinieze de asemenea că nu este posibil ca o persoană care a aderat la un fond de pensii administrat privat și care a fost înregistrată ca atare la CNPAS să își modifice adeziunea anterior unei perioade de doi ani, sub sancțiunea suportării unor cheltuieli semnificative, ceea ce, într-o anumită măsură, stabilizează adeziunile pentru viitor.

48. Astfel, în cazul în care unii participanți figurau în rapoartele mai multor administratori (dublurile) și nu fusese posibil, dintr-un motiv sau altul, să se procedeze la verificarea actului de aderare, legiuitorul a prevăzut că participanții trebuiau repartizați în mod „aleatoriu” și direct proporțional cu numărul de persoane a căror aderare fusese validată pentru fiecare fond de pensii privat, în raport cu numărul total de persoane a căror aderare fusese validată pentru toate fondurile de pensii private.

49. Considerăm că această repartizare reflecta în esență concurența dintre fondurile de pensii participante în perioada de aderare, dat fiind că era proporțională cu numărul de persoane validate pentru fiecare fond în momentul repartizării. Din informațiile furnizate Curții de Consiliul Concurenței reiese că repartizarea în funcție de numărul de acte de aderare validate era o măsură de natură să încurajeze o participare mai activă a actorilor pieței pentru a atrage participanții și să garanteze o structură a pieței pe o bază concurențială.

50. În sfârșit, tot potrivit informațiilor furnizate de Consiliul Concurenței, încheierea acordurilor de repartizare în litigiu, care a fost efectuată în mod informal, a început anterior perioadei de aderare inițiale care începuse la 14 septembrie 2007 [16]. Or, la acea dată nu era posibil să se cuantifice și nici măcar să se estimeze numărul final de participanți înregistrați ca dubluri. Cu alte cuvinte, administratorii fondurilor de pensii au decis, prin încheierea acordurilor în discuție, să deroge de la sistemul de repartizare legală a dublurilor repartizându-și ei înșiși clienții fără a cunoaște numărul exact de persoane care ar fi, în definitiv, vizate.

51. În sfârșit, repartizarea participanților înregistrați ca dubluri era cel mai adesea efectuată pe o bază bilaterală între majoritatea societăților care administrează fondurile de pensii. Repartizarea în discuție, care se efectua în cote egale între administratori, conducea la retragerea persoanelor vizate din registrul dublurilor și la validarea aderării acestora la unul dintre cele două fonduri pe lângă CNPAS. Prin faptul că nu au efectuat controlul autenticității adeziunilor prevăzut în mod legal și au efectuat o repartizare 50/50, administratorii s-au sustras cu bună știință de la norme care reflectă rezultatul concurenței pe care administratorii trebuiau să o asigure.

52. Acestea sunt considerațiile în lumina cărora trebuie să se analizeze dacă acordurile în discuție pot fi sau nu pot fi apreciate ca prezentând, în sine, un grad suficient de nocivitate pentru concurență și, prin urmare, ca fiind restrictive „prin obiect”.

16 — Conform informațiilor colectate cu ocazia anchetei efectuate de Consiliul Concurenței, unul dintre administratori a propus, la 15 august 2007, societăților concurente să încheie înțelegeri bilaterale și multilaterale prin care se stabilesc criterii comune de validare în cazul actelor de aderare multiple la mai multe fonduri și se sancționează financiar societățile care nu s-ar supune acestor criterii. Acorduri de repartizare a dublurilor care derogă de la dispozitivul prevăzut în mod legal ar fi fost propuse de asemenea în cadrul unei reuniuni a Asociației pentru Pensiile Administrate Privat din România.

3. Examinarea chestiunii dacă acordurile de repartizare a dublurilor în litigiu conțin o restrângere „prin obiect” în sensul articolului 101 alineatul (1) TFUE

53. În acest scop, vom relua grila de analiză pe care am prezentat-o anterior, examinând succesiv cuprinsul acordurilor de repartizare, obiectivele pe care urmăresc să le atingă, precum și contextul economic și juridic în care se înscriu.

a) Cu privire la cuprinsul acordurilor de repartizare în litigiu

54. Prin acordurile în litigiu, anumiți administratori de fonduri au convenit, la prima vedere, să împartă, pe o bază bilaterală, persoanele neafiliate definitiv și înregistrate cu mai multe acte de aderare semnate la fonduri de pensii diferite.

55. Astfel, administratorii fondurilor de pensii private ai căror participanți figurau cu mai multe acte de aderare individuale semnate au convenit să repartizeze în mod bilateral dublurile (care reprezentau clienți potențiali ai tuturor societăților de administrare) conform regulii 50/50, deși erau obligați să verifice în prealabil intenția reală a participanților care figurau cu două acte de aderare semnate și, dacă era cazul, să indice CNPAS orice act de aderare, fiind necesar ca participanții respectivi să fie invalidați și incluși în sistemul de repartizare aleatorie.

56. Cu toate că, astfel cum a susținut ING Pensii în observațiile sale, se putea oarecum prezuma că persoanele respective arătaseră o anumită preferință pentru a adera la unul dintre cele două fonduri în cauză, nu este mai puțin adevărat, după cum reiese din legislația națională pertinentă, că o persoană nu dobândește calitatea de participant la un fond de pensii decât prin semnarea unui act de aderare individual care ulterior trebuie înregistrat în mod corespunzător la instituția competentă [articolul 32 alineatele (1)-(4) din Legea nr. 411/2004].

b) Cu privire la finalitățile obiective ale acordurilor în litigiu

57. Pare destul de evident că obiectivul urmărit de încheierea acordurilor în discuție era de a deroga de la sistemul de repartizare aleatorie a dublurilor prevăzut în temeiul legislației aplicabile.

58. Astfel, în temeiul acestei legislații, dublurile trebuiau invalidate și repartizate în mod aleatoriu între *toți* gestionarii, care, în perioada de aderare inițială, erau în număr de 18. Prin încheierea acordurilor în litigiu, administratorii în cauză asigurau o repartizare în cote egale între ei.

59. Având în vedere conținutul și finalitățile obiective ale acordurilor în litigiu, considerăm că aceste acorduri sunt asemănătoare unor acorduri de repartizare a clienților, care pot prezenta, prin chiar natura lor, un grad suficient de nocivitate. Rezultă, așadar, că aceste acorduri pot denatura concurența pe piața pensiilor private obligatorii într-o etapă esențială a constituirii pieței.

60. În acest context, ne pare important să amintim faptul că, la momentul încheierii între administratori a acordurilor de repartizare, tendință care s-a manifestat adeseori chiar înainte de începutul perioadei de aderare, exista o incertitudine în ceea ce privește numărul de persoane care vor fi menționate în registrul dublurilor. Or, capacitatea acestor acorduri de a produce efecte semnificative asupra pieței trebuie examinată în raport cu elementele cunoscute la încheierea acordurilor respective și nu se poate ține seama de constatări de fapt ulterioare încheierii acordurilor amintite.

61. În speță, capacitatea acordurilor în discuție de a modifica structura pieței, prin sustragerea unui anumit număr de clienți de la mecanismul concurențial între fondurile de pensii, nu poate fi contestată. Această capacitate există independent de efectele concrete care au fost sau care ar fi putut să fie observate.

62. În această etapă a examinării noastre, considerăm, așadar, că acordurile respective sunt, *prima facie*, restrictive ale concurenței prin însuși obiectul lor.

63. Luarea în considerare a contextului economic și juridic pertinent nu pare de natură, așa cum vom arăta ulterior, să invalideze această primă concluzie.

c) Cu privire la luarea în considerare a contextului economic și juridic de elaborare a acordurilor în litigiu

64. Astfel cum am menționat anterior, necesitatea de a distinge în mod corect identificarea unei restrângeri „prin obiect” de cea a unei restrângeri „prin efect” presupune că examinarea contextului de elaborare a acordurilor în discuție nu se poate asemăna cu o examinare a efectelor ca atare ale acordului. Deși instanța națională trebuie să efectueze în toate cazurile o evaluare individuală a acordurilor în contextul juridic și economic al încheierii lor, această evaluare nu reprezintă o examinare precisă a efectelor reale și potențiale – și, dacă este cazul, a caracterului lor semnificativ – produse de aceste acorduri.

65. Luarea în considerare a contextului în identificarea obiectului anticoncurențial nu poate, prin urmare, decât *să confirme sau să neutralizeze* examinarea termenilor înșiși și a finalităților obiective ale acordului prezumat. Aceasta nu poate în niciun caz să compenseze lipsa identificării efective a unui obiect anticoncurențial prin demonstrarea efectelor potențiale ale măsurilor vizate. Apreciem că această concluzie poate fi dedusă în mod firesc din formularea reținută de Curte, care indică destul de clar că, în cazul în care analiza *cuprinsului* acordului nu indică un grad suficient de nocivitate pentru concurență, ar trebui să se analizeze efectele acestuia și, pentru a fi interzis, trebuie să se constate că sunt reunite elementele care probează că, în fapt, concurența a fost împiedicată, restrânsă sau denaturată în mod semnificativ[17].

66. Considerăm că această precizare este importantă în speță, întrucât, la încheierea examinării conținutului și a finalităților obiective ale acordurilor în discuție, rezultă că acestea au, prin natura lor, un grad de nocivitate pentru concurență, astfel încât trebuie să se admită că implică, *a priori*, o restrângere „prin obiect” în sensul articolului 101 alineatul (1) TFUE.

67. De asemenea, examinarea contextului în circumstanțe precum cele în discuție în cauza principală trebuie să fie de natură să stabilească dacă, în pofida caracterului *prima facie* anticoncurențial al acordurilor de repartizare în litigiu, este posibilă disculparea societăților care administrează fondurile de pensii private având în vedere contextul economic și juridic al încheierii lor sau dacă, dimpotrivă, examinarea acestui context determină confirmarea concluziei, reținută la încheierea examinării termenilor și a obiectivelor urmărite de încheierea acestor acorduri, potrivit căreia au un obiect anticoncurențial.

68. Or, în ceea ce privește contextele economic și juridic, care se suprapun în mare măsură în speță, din informațiile furnizate atât de instanța de trimitere, cât și de părțile interesate reiese că contextul elaborării acordurilor de repartizare în litigiu se caracterizează prin elementele enumerate în continuare.

17 — A se vedea printre altele Hotărârile LTM (56/65, EU:C:1966:38, p. 359) și Football Association Premier League și alții (C-403/08 și C-429/08, EU:C:2011:631, punctul 135 și jurisprudența citată).

69. În primul rând, acordurile au fost încheiate în contextul apariției unei piețe noi („infant market”) în România, și anume cea a administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, a cărei instituire a început în anul 2007 prin autorizarea, acordată de CSSPP, a unui anumit număr de societăți având ca obiect exclusiv această administrare. În cadrul constituirii acestei piețe, care, potrivit informațiilor furnizate de Consiliul Concurenței, avea în vedere aproximativ 4 milioane de persoane, perioada de aderare inițială constituia în mod incontestabil o etapă decisivă în vederea determinării structurii pieței amintite și a cotelor deținute de fiecare societate administrator autorizată.

70. Din această perspectivă, regula aritmetică, prevăzută în mod legal, de repartizare aleatorie și proporțională a persoanelor care nu au aderat la un fond de pensii sau care nu figurează că au efectuat o alegere valabilă (precum dublurile), al căror număr nu putea fi cunoscut, privea, într-un context de stimulare a concurenței dintre administratori, în special menținerea și garantarea unei structuri a acestei piețe noi a administrării private a fondurilor de pensii obligatorii care corespunde eforturilor depuse de fiecare administrator pentru a atrage cel mai mare număr de participanți în faza de aderare inițială și alegerilor exprimate de persoane în mod real și legal.

71. În al doilea rând, trebuie arătat că constituirea pieței administrării private a fondurilor de pensii obligatorii s-a concretizat într-o perioadă relativ scurtă, respectiv patru luni, la încheierea căreia poziția fiecăruia dintre administratorii de fonduri are în mod potențial o influență decisivă asupra cotelor de piață pe care le vor deține în continuare. Însăși natura acestei piețe și faptul că participanții se expun unei sancțiuni pecuniare semnificative (penalități de transfer prevăzute de Legea nr. 411/2004) în cazul modificării alegerii fondurilor implică o mobilitate redusă a consumatorilor vizați și stabilește într-o anumită măsură cotele de piață deținute de societățile în cauză la încheierea perioadei de aderare.

72. În al treilea rând, în cazul în care, astfel cum a menționat ING Pensii, anumiți administratori au susținut că acordurile de repartizare urmăreau să compenseze dificultățile de ordin practic și necesitatea de a remedia un dispozitiv legal de repartizare considerat, în fapt, ineficace, trebuie să se arate că acordurile în litigiu au fost încheiate, după toate probabilitățile, înainte chiar de manifestarea vreunei dificultăți legate de punerea în practică a procesului inițial de aderare.

73. Chiar presupunând că trebuie să se rețină argumentele invocate de reclamantă potrivit cărora cadrul legislativ care a însoțit instituirea pieței administrării private a fondurilor de pensii se caracteriza prin numeroase lacune, acestea nu pot invalida constatarea că administratorii respectivi s-au sustras în mod deliberat de la aplicarea normelor de repartizare a participanților prevăzute în mod legal, și aceasta într-un sens care era de natură să modifice structura pieței rezultată din eforturile pe care le-au depus în mod efectiv și care s-au concretizat prin aderări valide din punct de vedere legal.

74. Astfel, amintim că, potrivit legislației relevante, dublurile trebuiau invalidate și atribuite în mod aleatoriu și proporțional cu cotele de piață deținute la încheierea procesului de validare a aderărilor. Prin încheierea în mod bilateral a unor acorduri privind repartizarea dublurilor între ei, fără ca o opțiune validă din punct de vedere legal să îi vizeze în mod clar, administratorii fondurilor s-au sustras de la aplicarea normelor transparente în defavoarea liberei concurențe.

75. Din aceste considerații reiese că elementele contextuale corespunzătoare cauzei principale nu par de natură să invalideze concluzia potrivit căreia acordurile de repartizare au un obiect anticoncurențial, ci, dimpotrivă, confirmă această concluzie.

76. În opinia noastră, acest tip de acord se opune în mod vădit concepției inerente dispozițiilor TFUE privind concurența, potrivit căreia orice operator economic trebuie să determine în mod autonom politica pe care intenționează să o urmeze pe piață și să concureze liber pentru orice client pe piață. Prin încheierea acestor acorduri, administratorii fondurilor s-au coordonat în vederea minimizării

riscurilor concurenței [18].

77. În consecință, considerăm că acordurile de repartizare a participanților care au semnat mai multe acte de aderare, încheiate între administratorii fondurilor de pensii administrate privat cu derogarea de la normele prevăzute în mod legal, îndeplinesc toate condițiile pentru a fi calificate drept restrictive „prin obiect”.

78. Rămâne de examinat dacă numărul de persoane afectate în mod concret de acordurile de repartizare poate fi eventual pertinent pentru a se constata existența unei afectări semnificative a concurenței.

B – *Cu privire la pertinența numărului de persoane afectate concret pentru examinarea existenței unei afectări semnificative sau sensibile a concurenței*

79. În ansamblu și având în vedere circumstanțele speței, problema ridicată în cauză implică stabilirea aspectului dacă efectul concret al acordurilor de repartizare în litigiu, care par să presupună în mod efectiv un obiect anticoncurențial, se poate dovedi pertinent pentru a constata existența unei restrângeri a concurenței.

80. Apreciem că la această întrebare trebuie dat un răspuns negativ. Din moment ce s-a concluzionat că un acord are un obiect anticoncurențial, nu este nicidecum nevoie să se examineze efectele concrete ale acestuia.

81. Astfel, odată stabilit obiectul anticoncurențial al acordurilor respective, nu mai este necesar să se examineze aspectul dacă acestea afectează în mod semnificativ concurența pe piață. În măsura în care comportamentele anticoncurențiale sunt interzise prin însăși natura lor, având în vedere gradul de nocivitate pe care îl prezintă pentru concurență, nu este nicidecum necesară caracterizarea lor printr-un impact economic sau printr-o întindere geografică precisă.

82. Trebuie amintit din nou că o înțelegere restrictivă „prin obiect” este interzisă, indiferent de consecințele *in fine* produse de aceasta, prin simplul fapt al pericolului potențial pe care îl reprezintă pentru concurență. După cum, printre altele, a subliniat Curtea în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Expedia [19], este necesar să se considere că un acord care poate să afecteze comerțul dintre statele membre și care are un obiect anticoncurențial constituie, prin natura sa și independent de orice efect concret al acestuia, o restrângere semnificativă a concurenței (punctul 37 din hotărârea menționată).

83. Din toate aceste considerații reiese că, în circumstanțe precum cele din speță, numărul de clienți (dubluri) care au fost repartizați efectiv între administratorii fondurilor de pensii private este lipsit de relevanță, acest aspect ținând de efectele concrete ale unei înțelegeri, efecte care, în cazul acordurilor restrictive „prin obiect”, nu trebuie examinate. Obiectul anticoncurențial al unui acord de repartizare, în mod special capacitatea acordului menționat de a produce efecte negative asupra pieței, nu poate depinde de numărul concret de clienți repartizați efectiv, ci numai de termenii și de finalitățile obiective ale acestui acord în lumina contextului economic și juridic al încheierii sale.

84. Deși nu este necesar să se efectueze o analiză completă a efectelor unui acord pentru a stabili existența unei restrângeri a concurenței „prin obiect”, nu este mai puțin adevărat că acordul în discuție trebuie să fie în mod obiectiv de natură să producă o asemenea restricție. Cu alte cuvinte, instanța nu poate nicidecum, în cadrul contextului economic și juridic al acordurilor, să ignore complet efectele potențiale ale acestora având în vedere datele cunoscute la data încheierii lor.

18 — A se vedea în acest sens Hotărârea Beef Industry Development Society și Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punctul 34).

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.

85. Considerăm astfel că cerința potrivit căreia restricția în cauză trebuie să fie semnificativă nu poate fi înlăturată în prezența unei restrângeri „prin obiect”, dar că aceasta este oarecum absorbită de examinarea contextului economic și juridic efectuată în vederea confirmării capacității reale a acordului în discuție de a produce un asemenea efect de restrângere. În cazul în care instanța ar concluziona, la încheierea examinării contextului economic și juridic, că acordul în cauză este în mod potențial de natură să producă doar efecte nesemnificative asupra concurenței, ținând seama în special de poziția slabă pe care o ocupă persoanele interesate pe piața produselor în cauză, aceasta poate să ajungă la concluzia că acestui acord nu i se aplică articolul 101 alineatul (1) TFUE.

86. În ceea ce privește cazul de față, nu rezultă că circumstanțele juridice și economice sus-menționate în care se înscriu acordurile sunt de natură să pună la îndoială existența unei restrângeri de natură să afecteze în mod semnificativ concurența.

IV – **Concluzie**

87. Având în vedere toate considerațiile care precedă, propunem Curții să răspundă la întrebarea preliminară adresată de Înalta Curte de Casație și Justiție (România) după cum urmează:

„Articolul 101 alineatul (1) litera (c) TFUE trebuie interpretat în sensul că, în prezența unui acord de repartizare a clienților, precum cele încheiate între fondurile de pensii în cauza principală, care constituie, prin natura sa, o încălcare având un obiect anticoncurențial, numărul final concret de clienți împărțiți nu este pertinent în ceea ce privește îndeplinirea condiției privind restrângerea concurenței în sensul articolului 101 alineatul (1) litera (c) TFUE.”