ICCJ – Piaţa fondurilor de pensii private obligatorii

Legislaţie relevantă:

Legea nr. 21/1996, art. 5 alin. (1) lit. c)

TFUE, art. 101

Legea nr. 411/2004

Potrivit dispoziţiilor art. 5 alin.(1) lit.c) din Legea concurenţei nr. 21/1996, republicată – dispoziţii similare celor cuprinse în art. 101 din TFUE – sunt interzise orice înţelegeri exprese sau tacite între agenţii economici ori asociaţiile de agenţi economici, orice decizii luate de asociaţiile de agenţi economici și orice practici concertate, care au ca obiect sau ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenţei pe piaţa românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc împărţirea pieţelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare pe criteriu teritorial, al volumului de vânzări și achiziţii ori pe alte criterii.

Din conţinutul acestor dispoziţii, rezultă cu claritate faptul că obiectul anticoncurenţial și efectul anticoncurenţial nu reprezintă condiţii cumulative, ci condiţii alternative ale interdicţiei legale astfel instituite.

Totuși, în acord cu jurisprudenţa CJUE, existenţa unei înţelegeri între mai mulţi agenţi economici nu trebuie considerată anticoncurenţială per se, în condiţiile în care în urma analizării conţinutului acesteia, a scopurilor ei obiective, a contextului juridic și economic în care aceasta își produce sau urmează să își producă efectele, a comportamentului efectiv al părţilor pe piaţă, precum și a

aptitudinii acesteia de a afecta semnificativ condiţiile de piaţă, nu rezultă elemente concrete care să susţină concluzia existenţei vreunei încălcări a Legii concurenţei.

Decizia nr. 1203 din 21 februarie 2013

Prin cererea înregistrată pe rolul Curţii de Apel București – Secţia a VIII–a contencios administrativ și fiscal sub nr.9271/2/2010, reclamanta S.C. E – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private S.A. (denumită în continuare în cuprinsul prezentei decizii și „E") a chemat în judecată pe pârâtul Consiliul Concurenţei, solicitând instanţei ca, prin hotărârea ce o va pronunţa, să dispună:

– anularea Deciziei nr.39/07.09.2010 emisă de pârât;

– în subsidiar, în temeiul art.7 din O.G. nr.2/2001 privind regimul juridic al contravenţiilor, înlocuirea sancţiunii amenzii aplicată de Consiliul Concurenţei cu avertismentul sau reducerea cuantumului amenzii spre minimul prevăzut de Legea concurenţei nr.21/1996;

– în măsura în care vor fi considerate neîntemeiate cererile menţionate, individualizarea sancţiunii amenzii aplicată prin decizia contestată, în sensul de a se constata că „E" nu poate fi calificată drept instituţie financiară în conformitate cu prevederile Legii concurenţei nr.21/1996, cu consecinţa modificării cuantumul amenzii aplicate de pârât.

În motivarea acţiunii, reclamanta a arătat, în esenţă, următoarele:

Prin decizia contestată, Consiliul Concurenţei a constatat încălcarea prevederilor art.5 alin.(1) lit.c) din Legea nr.21/1996 și a art.101 din Tratatul privind funcţionarea Uniunii Europene (*denumit în continuare, în cuprinsul prezentei decizii, „TFUE"*) și a hotărât sancţionarea societăţii cu amendă în cuantum de 382.215 lei.

Reclamanta susţine că nu a încălcat niciuna dintre dispoziţiile menţionate, având în vedere că înţelegerea dintre administratori nu a avut un obiect anticoncurenţial, ci a fost realizată pentru a soluţiona o problemă practică (de ordin tehnic) cu privire la aderările duble, iar înţelegerea dintre administratori nu a avut un efect anticoncurenţial pe piaţa fondurilor de pensii private obligatorii și nu a modificat structura pieţei.

Reclamanta susţine că înţelegerile dintre administratori au vizat faza ulterioară celei în care administratorii au concurat pentru atragerea participanţilor, respectiv în cadrul campaniei iniţiale de aderare care se desfășurase anterior pentru toţi clienţii, inclusiv pentru cei care figurau cu înregistrări duble, iar în cursul acestui proces nu a fost încheiată nicio înţelegere între administratorii fondurilor.

Ulterior finalizării campaniei de aderare iniţială, administratorii au rămas cu foarte puţini clienţi care, dintr-un motiv sau altul, nu s-au înregistrat doar la un singur administrator, ceea ce contravenea prevederilor legii, astfel că administratorii au propus Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (*denumită în continuare, în cuprinsul prezentei decizii, „CSSPP”*) și Casei Naţionale de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale (*denumită în continuare, în cuprinsul prezentei decizii, „CNPAS”*) alocarea acestor clienţi pe baza principiului primei semnături, soluţie care ar fi respectat alegerea participantului și rezultatul unui proces concurenţial, însă această sugestie a fost respinsă de către autorităţi care au stabilit o procedură în două etape: (1) prima etapă, în care administratorii să negocieze împărţirea dublurilor între ei (Sistemul Medierii) și (2) a doua etapă, în care acei participanţi pe care administratorii nu au reușit să îi împartă să fie distribuiţi aleatoriu către toţi administratorii proporţional cu cota de piaţă deţinută (Sistemul Loteriei).

În cadrul primei etape, reclamanta, ca și ceilalţi

administratori, a depus eforturi rezonabile să contacteze participanţii înregistraţi ca dubluri și să le solicite confirmarea opţiunii lor de a fi înregistraţi fie la „E”, fie la alt administrator. În cadrul acestei etape, administratorii au avut la dispoziţie o perioadă restrânsă de timp. În urma contactării, mulţi dintre participanţii înregistraţi ca dubluri au confirmat alegerea lor pentru „E”, dar a rămas un anumit număr de participanţi care nu au putut fi contactaţi sau care nu au confirmat alegerea lor pentru „E”în termenul stabilit de către autorităţi.

Confruntându-se cu termenul limită stabilit de autorităţi și cu alternativa ca acești participanţi să fie alocaţi aleatoriu altor administratori la care acești participanţi nu au formulat în mod clar opţiunea de înregistrare, administratorii au ales să rezolve problema într-un mod care respecta cât mai bine opţiunea dublurilor prin alocarea acestora în mod egal între administratorii aleși de către participanţi.

Pentru a evita ca un dublu – participant să fie alocat către reclamantă în timp ce acesta ar fi preferat să fie înregistrat cu un alt administrator, „E” a oferit participanţilor alocaţi posibilitatea de a se transfera gratuit, la administratorul ales de ei, ceea ce s-a și întâmplat cu unii dintre participanţii cărora „E” le-a facilitat trecerea la administratorul ales.

Prin urmare, reclamanta susţine că soluţia adoptată de către administratori nu este similară unei distribuiri a clienţilor cu consecinţa restrângerii concurenţei în sensul articolului 101 din TFUE, astfel că înţelegerea dintre administratori referitoare la alocarea participanţilor dublaţi nu are un obiect anticoncurenţial.

Se susţine că înţelegerea nu a avut ca obiect restrângerea semnificativă a concurenţei, deoarece numărul de înregistrări duble, rămase după finalizarea campaniei de aderare iniţială, a fost nesemnificativ, astfel că distribuirea acestora, fie

prin loterie, alocare bilaterală sau în alt mod, nu are un efect semnificativ asupra structurii de piaţă, poziţiilor pe piaţă ale administratorilor sau concurenţei efective pe această piaţă. Chiar dacă înţelegerea a fost restrictivă prin obiectul său, nu a fost aptă să restrângă semnificativ concurenţa și, prin urmare, nu încalcă dispoziţiile art.101 din TFUE sau art.5 alin.(1) din Legea nr.21/1996.

Reclamanta subliniază că procesul de mediere nu a creat avantaje semnificative pentru toţi administratorii implicaţi în respectiva procedură, întrucât cei mai mari administratori pe piaţa pensiilor private, care au fost implicaţi în mod activ în procedura medierii, au obţinut în urma medierii o cotă de piaţă mai mică decât cea pe care ar fi obţinut-o dacă repartizarea aleatorie (sistemul loteriei) ar fi fost aplicată, contrar celor reţinute în decizia atacată.

Diferenţele de cotă de piaţă rezultate în urma procesului de mediere sunt neglijabile și nu au influenţat concurenţa pe piaţa respectivă, iar prin decizia contestată nu s-a stabilit în ce mod variaţiile între metoda aleatorie și mediere au afectat concurenţa.

În ceea ce privește încălcarea art.101 din TFUE, reclamanta susţine că aplicabilitatea acestor prevederi este limitată la contractele care pot afecta comerţul între statele membre și invocă jurisprudenţa Curţii de Justiţie a Uniunii Europene în cauza Carlo Bagnasco contra BPN.

Cu referire la speţă, se invocă faptul că nu s-a dovedit de către Consiliul Concurenţei că pretinsul acord între administratori ar avea un efect semnificativ asupra comerţului inter-statal și asupra concurenţei.

Totodată, reclamanta arată că înţelegerea a fost pusă în practică pentru a realoca, la cererea CSSPP, participanţii într-o modalitate structurată, eficientă și corectă, cu respectarea opţiunilor iniţiale ale participanţilor pentru un

fond de pensii, deoarece, în caz contrar, acești participanţi ar fi fost repartizaţi de către CSSPP în funcţie de cota de piaţă a administratorilor.

Reclamanta învederează faptul că, în cauză, nu există vinovăţie, întrucât autoritatea de reglementare a indicat administratorilor utilizarea Sistemului medierii, iar reprezentanţii CSSPP au încurajat administratorii să ia măsuri pentru a evita dublele aderări și Comisia a organizat mai multe întâlniri cu reprezentanţii administratorilor pentru a analiza procesul de aderare iniţială, aflat la acel moment în desfășurare, în vederea identificării potenţialelor remedii ale deficienţelor apărute în cursul procesului de aderare iniţială. Astfel de întâlniri între CSSPP, CNPAS și reprezentanţii administratorilor în cadrul cărora a fost discutată problema aderărilor duble au avut loc la datele de 22.10.2007, 12.11.2007, 15.11.2007, 26.11.2007, în cadrul cărora CSSPP a recomandat administratorilor să rezolve problema dublelor aderări prin sistemul medierii. În acest sens, reclamanta invocă și existenţa a două corespondenţe electronice (e-mail-urile din 15.01.2008 și 04.02.2008 transmise de directorul Departamentului de Tehnologia Informaţiei al CSSPP), din care rezultă că CSSPP a implementat procesul de mediere.

Astfel fiind, întrucât administratorii au hotărât să repartizeze participanţii care au aderat la doi administratori prin împărţirea acestor participanţi între cei doi administratori, reclamanta nu a făcut altceva decât să respecte sistemul de mediere recomandat și implementat de CSSPP.

Reclamanta mai învederează că probele prezentate de către Consiliul Concurenţei în susţinerea acuzaţiilor nu sunt suficiente în conformitate cu standardele impuse de art.6 din Convenţia pentru apărarea drepturilor omului și a libertăţilor fundamentale.

Susţine reclamanta că amenzile aplicate de Consiliul Concurenţei sunt dintre cele mai mari comparativ cu alte domenii, fiind stabilite în raport cu cifra de afaceri, iar în domeniul pensiilor private aplicarea amenzii are un impact negativ asupra imaginii și percepţiei publice a societăţii, deoarece reputaţia administratorului este un element cheie care influenţează decizia participanţilor de a adera la fondul respectiv. Se arată, totodată, că maximul amenzii aplicabile nu poate fi identificat deoarece se raportează la o cifră de afaceri care este fluctuantă.

Luând în considerare nivelul amenzii, gravitatea acuzaţiilor și repercusiunile negative asupra societăţii, reclamanta consideră că acuzaţia este o acuzaţie penală, în sensul prevederilor Convenţiei pentru apărarea drepturilor omului și a libertăţilor fundamentale, fiind incidente drepturile și garanţiile prevăzute de art.6 din Convenţie. Sub acest aspect, se arată că nu a fost stabilită nicio intenţie a societăţii de a evita concurenţa cu alţi administratori și nici nu a fost stabilit vreun impact anticoncurenţial de utilizare a sistemului de mediere pentru alocarea participanţilor dublaţi. În fapt, Consiliul Concurenţei a presupus atât obiectul anticoncurenţial, cât și efectul anti-concurenţial al sistemului de mediere.

Susţine reclamanta că amenda aplicată a fost calculată în mod eronat, cu încălcarea art.51 alin.(1) din Legea nr.21/1996, prin raportare atât la valoarea bilanţului societăţii, cât și la valoarea bilanţului Fondului de pensii administrat privat de„E”, deși fondul de pensii administrat privat este o entitate separată faţă de S.C. „E” – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private” S.A. și nu există nicio prevedere legală care explicit sau implicit să prevadă că cifra de afaceri a fondului de pensii se include în cifra de afaceri a societăţii de administrare a fondului de pensii, iar Ordinul Consiliului Concurenţei 101/2004 nu cuprinde nicio referire la bilanţul fondurilor de pensii. În acest sens,

reclamanta arată că activele Fondului de pensii administrat privat de „E” și ale Fondului de pensii facultative „E” Confort aparţin numai participanţilor în conformitate cu prevederile Legii nr.411/2004 și ale Legii nr.204/2006, și prin urmare, nu sunt parte din activele administratorilor. Mai susţine reclamanta că cifra de afaceri în cazul instituţiilor financiare este înlocuită de a zecea parte din valoarea bilanţului, dar această prevedere nu se aplică S.C. „E – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private” S.A., a cărei cifră de afaceri trebuie să fie calculată strict pe baza veniturilor rezultate din activitatea curentă, conform art.2.1. din Ordinul Consiliului Concurenţei nr.101/2004.

În concluzie, calculul cifrei de afaceri al societăţii de administrare nu ar trebui să fie determinat ca procent din active de care nu poate dispune în nume propriu, deoarece acestea aparţin participanţilor. Conform principiilor generale privind calculul cifrei de afaceri indicate în Ordinul Consiliului Concurenţei nr.101/2004, trebuie luat în considerare venitul din activităţile curente desfășurate de societatea de administrare, conform obiectului său de activitate. Acest venit reprezintă exact venitul pe care este îndreptăţită societatea de administrare să îl obţină din comisionul de administrare, din contribuţii brute, comisionul de administrare din activul fondului, penalitatea de transfer și din tarifele pentru solicitări de informaţii din partea participanţilor, conform legislaţiei în vigoare.

Întâmpinarea formulată de Consiliul Concurenţei

Prin întâmpinare, pârâtul Consiliul Concurenţei a solicitat respingerea acţiunii ca neîntemeiată, arătând că, pe de o parte, fapta la care a participat și reclamanta întrunește condiţiile prevăzute de art.5 alin.(1) din Legea nr.21/1996 și, pe de altă parte, fapta are la bază voinţa proprie a participanţilor, inclusiv a societăţii reclamante, de a împărţi acei participanţi care semnaseră acte de aderare cu două fonduri de pensii private. Reclamanta invocă în apărare o

recomandare/indicaţie din partea autorităţii de reglementare, în sensul utilizării sistemului medierii, inexistentă în fapt și care nu poate să legitimeze fapta anticoncurenţială la care societatea a fost parte. Astfel, în cauza de faţă, există obiect anticoncurenţial, există efect anticoncurenţial, precum și vinovăţia reclamantei. Autoritatea de reglementare nu a indicat utilizarea sistemului medierii, in forma practicată de administratori.

În dezvoltarea motivării caracterului anticoncurenţial al obiectului acordului dintre administratori, pârâtul prezintă cadrul legal care a stat la baza constituirii și funcţionării pieţei administrării private a fondurilor de pensii obligatorii (Pilonul II), precum și specificul aparte al pieţei pe care s-a realizat înţelegerea, prin prisma momentului și modului în care s-a constituit aceasta.

Împărţirea dublurilor, respectiv a acelor persoane care figurau cu două acte de aderare individuale semnate cu două fonduri de pensii diferite, ca acord de voinţă al administratorilor, nu a fost, în principiu, contestată de administratori.

Documentele existente la dosarul cauzei demonstrează faptul că administratorii fondurilor de pensii private obligatorii s-au implicat din proprie iniţiativă in comportamentul anticoncurenţial și au decis ca „medierea” să se realizeze prin împărţirea 50%-50% a dublurilor. Recomandarea de mediere apare ca fiind în sensul negocierii/tratării cu persoanele care aderau la fondul de pensii și nicidecum cu alţi administratori. De altfel, în cuprinsul minutelor întâlnirilor invocate de reclamantă, nu există vreo precizare din partea CSSPP și nici din partea administratorilor, care să conducă la concluzia că se impunea, ca soluţie, medierea intre administratori, având ca rezultat împărţirea clienţilor.

Procedura legală de soluţionare a dublurilor presupunea repartizarea aleatorie, în baza unui etalon rezultat în urma

unei concurenţe efective între operatori, respectiv, cota de piaţă a acestora, etalon ce reprezintă ponderea reală a respectivului administrator în alegerile participanţilor.

Un act de aderare semnat de un participant reprezintă o alegere a unui fond de pensii de către respectivul participant doar în măsura în care actul îndeplinea condiţiile necesare pentru a fi validat de către CSSPP.

În absenţa înţelegerii de împărţire 50%-50% între administratori, participanţii care figurau cu acte de aderare duble, fie pentru că își exprimaseră voinţa de a adera la două fonduri, fie din cauza activităţii agenţilor de vânzări, nu puteau fi validaţi și urmau să fie repartizaţi aleatoriu între toate fondurile de pensii. Lipsa validării unui număr cât mai mare din participanţii înregistraţi ca dubluri, număr care nu se cunoștea de către administratori, putea conduce la o altă situaţie în ceea ce privește ponderea reală a administratorilor în alegerea participanţilor.

Astfel, acordul de mediere a dublurilor reprezintă o înţelegere cu obiect anticoncurenţial, având aptitudinea de a produce efecte anticoncurenţiale prin denaturarea concurenţei pe piaţa administrării private a fondurilor de pensii, concurenţă care, manifestată liber și în condiţii corecte, cu respectarea regulilor aplicabile în materie, trebuia să conducă la o structură a pieţei care să reflecte numărul de participanţi validaţi pentru fiecare fond în parte.

În privinţa contestării efectelor anticoncurenţiale ale înţelegerii sancţionate, pentru a intra sub incidenţa art.5 din Legea nr.21/1996 sau a art.101 din TFUE, o înţelegere trebuie să aibă fie obiect, fie efect anticoncurenţial. Prin urmare, fiind vorba de o condiţie alternativă, este suficient că în cauză s-a demonstrat natura anticoncurenţială a obiectului acordului dintre administratori. Încercările reclamantei de a nega faptul că înţelegerea sancţionată a avut efecte anticoncurenţiale oferă, în realitate, argumente și

confirmări suplimentare pentru natura anticoncurenţială a obiectului înţelegerii dintre administratori, înţelegere care avea capacitatea de a afecta concurenţa, fiind aptă a determina o structură a pieţei diferită de cea care s-ar fi conturat în condiţiile în care dublurile ar fi fost repartizate aleatoriu, în baza cotelor de piaţă stabilite ca urmare a liberei concurenţe între administratori.

De asemenea, probele pe care se întemeiază decizia atacată sunt probe conforme cu standardele impuse de art.6 din CEDO. După cum rezultă din cuprinsul deciziei atacate, dovezile pe care s-a fundamentat constatarea existenţei încălcării dispoziţiilor art.5 alin.(1) din Legea nr.21/1996 sunt reprezentate, în primul rând, de documente emanând de la părţile implicate, care conţin menţiuni exprese privind acordurile dintre acestea. Alte dovezi indirecte, circumstanţiale, existente în cauză, sunt coroborate cu aceste dovezi directe ale existenţei laturii obiective și subiective a contravenţiei, concluzia autorităţii de concurenţă rezultând ca urmare a analizei și interpretării tuturor elementelor probatorii existente la dosar.

Modalitatea de stabilire a amenzii este conformă cadrului legal în vigoare la data adoptării deciziei contestate, în condiţiile în care administratorii sunt societăţi financiare, iar calificarea ca instituţii financiare este indisolubil legată de activitatea de administrare a fondurilor de pensii și, prin urmare, este justificată considerarea fondului de pensii drept un element de activ al administratorului.

Cererea reclamantei de solicitare a punctului de vedere al Comisiei Europene – Direcţia Generală Concurenţă

La termenul de judecată din 1 iunie 2011, reclamanta a formulat o cerere prin care a solicitat punctul de vedere al Comisiei Europene – Direcţia Generală Concurenţă referitor la respectarea regulilor de concurenţă comunitară în ceea ce privește aplicarea art.101 din TFUE, în sensul emiterii unei

opinii în care să se precizeze dacă aranjamentele dintre fondurile de pensii private cu privire la distribuirea participanţilor dublaţi constituie o înţelegere care are ca obiect prevenirea, restricţionarea sau denaturarea concurenţei în sensul articolului 101, fiind astfel interzisă de prevederile acestui articol.

Hotărârea primei instanţe

Prin sentinţa civilă nr.4696 din 6 iulie 2011, Curtea de Apel București – Secţia a VIII-a contencios administrativ și fiscal a hotărât următoarele:

– a respins solicitarea reclamantei privind adresarea unei cereri Comisiei Europene pentru a comunica punctul de vedere referitor la respectarea regulilor de concurenţă comunitară relativ la aplicarea art.81 TCE, în prezent art.101 din TFUE, în privinţa înţelegerii dintre administratorii fondurilor de pensii private;

– a respins acţiunea formulată de reclamantă.

Considerentele instanţei cu privire la cererea de solicitare a punctului de vedere al Comisiei Europene – Direcţia Generală Concurenţă

Curtea de apel a reţinut că aspectele ce se solicită a fi clarificate au fost definite în jurisprudenţa Comisiei Europene și a instanţelor comunitare.

Astfel, noţiunea de întreprindere a fost determinată în cauza Hofner și Elser, definirea fiind menţinută de instanţele comunitare care au arătat că include orice entitate implicată într-o activitate economică, indiferent de statutul său juridic sau modul în care este finanţată (cauzele C-159-160/91, C-364/92, C-180-184/98, C-218/00). Noţiunea de înţelegere în sensul prevederilor în materia concurenţei a fost definită în cauza BayerSG v. Comisie T-41/96, reţinându-se că noţiunea respectivă acoperă acele situaţii în care

există un acord de voinţă între operatorii economici cu privire la implementarea unei politici, urmărirea unui anume scop sau adoptarea unei linii specifice de comportament pe piaţă. De asemenea, instanţele comunitare s-au pronunţat cu privire la conţinutul noţiunii de efect asupra comerţului (cauzele C-319/82, Kerpen&Kerpen, C-240/82 și alţii, Stichting Sigarettenindustrie, T-25/95 și alţii).

Totodată, în temeiul art.11 din Regulamentul nr.1/2003 al Consiliului CE, Consiliul Concurenţei a transmis Comisiei Europene rezumatul raportului de investigaţie prin care a fost analizat comportamentul administratorilor pe piaţa pensiilor private obligatorii, printre care și reclamanta, primind confirmarea în legătură cu aplicarea coerentă cu practica instituţiilor europene a conceptelor comunitare la situaţia de fapt.

4.2. Considerentele instanţei cu privire la fondul cauzei

Prin Decizia nr.39/07.09.2010 a Consiliului Concurenţei, reclamanta a fost sancţionată cu amendă în cuantum de 382.215 lei, pentru încălcarea dispoziţiilor art.5 alin.(1) lit.c) din Legea nr.21/1996 și a art.101 din TFUE, prin încheierea unor înţelegeri anticoncurenţiale având ca obiect împărţirea clienţilor.

În cuprinsul deciziei menţionate s-a reţinut că, la data de 03.12.2007, prin Ordinul președintelui Consiliului Concurentei nr.402/2007, a fost declanșată o investigaţie din oficiu având ca obiect posibila încălcare a art.5 alin.(1) din Legea concurentei nr.21/1996, republicată și a art.101 din TFUE de către agenţii economici și asociaţiile de agenţi economici de pe piaţa administrării fondurilor de pensii private obligatorii (Pilonul II) din România.

Investigaţia a vizat două potenţiale încălcări ale regulilor de concurenţă pe piaţa administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, respectiv, o potenţială înţelegere

anticoncurenţială de împărţire a clienţilor între administratorii fondurilor de pensii și o potenţială practică concertată de fixare a comisioanelor de administrare.

În legătură cu ultimul aspect, în urma deliberărilor din data de 04.08.2010, Plenul Consiliului Concurentei a decis continuarea investigaţiei declanșate în baza Ordinului Președintelui Consiliului Concurentei nr. 402/2007, nefiind încă adoptată o decizie.

În ceea ce privește analiza unei posibile înţelegeri anticoncurenţiale de împărţire a clienţilor, s-a constatat existenţa unor înţelegeri anticoncurenţiale având ca obiect împărţirea clienţilor între administratorii de fonduri de pensii private, între care și reclamanta. Înţelegerile au vizat participanţii înregistraţi ca „dubluri”, în procedura de aderare iniţială la fondurile de pensii administrate privat.

Cu prilejul perioadei iniţiale de aderare la Pilonul II al sistemului de pensii, când ca urmare a creării acestei pieţe s-a înregistrat cel mai mare număr de participanţi (aproximativ 4 milioane), administratorii fondurilor de pensii au realizat împărţirea bilaterală a participanţilor înregistraţi în același timp la două fonduri de pensii după propriile reguli. Perioada în care s-a desfășurat procedura de aderare iniţială a fost perioada cheie, esenţială pentru stabilirea ierarhiei pe piaţă.

Pe baza actelor și documentelor aflate la dosarul de investigaţie, parte din acestea obţinute în urma desfășurării mai multor inspecţii inopinate la sediile mai multor agenţii economici și asociaţii de agenţi economici, prin Decizia nr.39/07.09.2010, Plenul Consiliului Concurenţei a constatat și sancţionat încălcarea dispoziţiilor art.5 alin.(1) lit.c) din Legea nr. 21/1996 și ale art.101 din TFUE de către un număr de 14 administratori de fonduri de pensii administrate privat, între care și societatea reclamantă.

Susţinerile reclamantei privind inexistenţa obiectului sau efectului anticoncurenţial, nu au fost reţinute de către prima instanţă.

Din interpretarea dispoziţiilor art. 5 alin.(1) din Legea nr. 21/1996, republicată, și ale art.101 din TFUE, rezultă că pentru existenţa ipotezei reglementate este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiţii: existenţa a cel puţin doi agenţi economici sau asociaţii de agenţi economici; existenţa unei înţelegeri, a unei decizii a unei asociaţii de agenţi economici sau a unei practici concertate; înţelegerea să aibă ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenţei pe piaţa românească sau pe o parte a acesteia.

În cauza dedusă judecăţii, s-a constatat existenţa unei fapte anticoncurenţiale întrucât a existat o înţelegere, în sensul de concordanţă a voinţelor societăţilor implicate, la care a participat și reclamanta, iar această înţelegere are un obiect și, implicit, un efect anticoncurenţial.

A reţinut instanţa că, între administratorii de fonduri de pensii private, au existat acorduri bilaterale de împărţire a dublurilor, reţinându-se în mod corect faptul că în ceea ce privește aprecierea obiectului anticoncurenţial al înţelegerii de împărţire a clienţilor este suficient ca înţelegerea să poată produce efecte negative asupra concurenţei. Prin urmare, înţelegerea trebuie să fie aptă în mod concret să împiedice, să restrângă sau să denatureze concurenţa în cadrul pieţei comune.

Caracterul anticoncurenţial al acordurilor sancţionate rezultă din coroborarea următoarelor elemente: cadrul legal care a stat la baza constituirii și funcţionării pieţei administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, specificul aparte al pieţei pe care s-a realizat înţelegerea, existenţa interesului administratorilor în privinţa modalităţilor de soluţionare a problemei dublurilor și potenţialul acordurilor

de a afecta interesele participanţilor la fondurile de pensii obligatorii private, interesele concurenţilor de pe piaţa pensiilor obligatorii private, precum și structura unei pieţe în formare, prin denaturarea rezultatului jocului concurenţial.

Sub aspectului cadrului legal relevant, instanţa de fond a observat că în cuprinsul deciziei contestate sunt menţionate pe larg dispoziţiile legale aplicabile în cauză, din conţinutul acestora reţinându-se că repartizarea aleatorie urma să se aplice în cazul persoanelor care, deși aveau obligaţia să adere la un fond de pensii privat in faza iniţială de aderare, nu au aderat și, totodată, în cazul persoanelor înscrise în registru ca invalidate. Repartizarea aleatorie se realiza de către Casa Naţională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale, direct proporţional cu numărul persoanelor validate pe fiecare fond de pensii administrat privat in parte, raportat la totalul persoanelor validate pentru toate fondurile de pensii administrate privat.

Procedura de repartizare aleatorie după criteriul numărului de acte de aderare validate pe fiecare fond de pensii a fost prevăzută de Norma nr.18/2007 emisă în aplicarea Legii nr.411/2004, în vederea implicării active a jucătorilor din piaţă pentru atragerea participanţilor, precum și pentru păstrarea poziţiei pe piaţă a administratorilor.

În concret, procedura de aderare iniţială la fondurile de pensii administrate privat a început la data de 17.09.2007 și s-a finalizat la data de 17.01.2008, în această perioadă orice salariat în vârstă de până la 45 de ani având posibilitatea să adere la unul din fondurile de pensii administrate privat existente pe piaţă. La finalizarea procesului de aderare iniţială, toate persoanele cu vârsta de până la 35 de ani, care nu au aderat la unul din fondurile existente pe piaţă, sau care au aderat la mai mult de un fond, urmau să intre la procesul de repartizare aleatorie.

Astfel, la încheierea perioadei de aderare iniţială, un număr de 332.706 de persoane, care nu au aderat la un fond de pensii administrat privat, deși aveau această obligaţie, sau care au semnat acte de aderare la mai multe fonduri de pensii, au fost redistribuite între cele 18 fonduri de pensii existente la data respectivă, în funcţie de cota de piaţă deţinută de fiecare.

Perioada respectivă a fost decisivă pentru formarea pieţei, respectiv pentru determinarea structurii acesteia și a cotelor de piaţă deţinute de fiecare administrator, întrucât s-a înregistrat cel mai mare număr de participanţi.

La momentul realizării înţelegerii, piaţa administrării private a pensiilor obligatorii, definită ca fiind piaţa relevantă, era o piaţă în formare, ale cărei baze au fost constituite într-o perioada redusă de timp, respectiv 4 luni de zile. În aceste condiţii,a punctat curtea de apel, era important ca participanţii la fiecare fond să fie câștigaţi pe criterii corecte, având în vedere că structura pieţei și poziţia administratorilor fondurilor de pensii depindea direct de numărul de participanţi validaţi pentru fiecare fond în parte.

Obţinerea unei poziţii cât mai bune pe piaţa pensiilor private obligatorii, în faza de aderare iniţială, era esenţială pentru administratori, întrucât avea efecte și asupra evoluţiei viitoare a structurii pieţei, având în vedere că potrivit prevederilor Legii nr. 411/2007, după finalizarea perioadei de aderare iniţială, participanţii care nu aderaseră la un fond de pensii sau cei care au fost invalidaţi, urmau să fie distribuiţi aleatoriu între toţi administratorii de pe piaţă, proporţional cu cotele de piaţă obţinute de aceștia.

În legătură cu existenţa interesului administratorilor în privinţa modalităţilor de soluţionare a problemei dublurilor, s-a reţinut că acest interes rezultă din dezbaterile și corespondenţa purtată intre administratori, precum și între

aceștia și CSSPP.

Interesul mare al administratorilor pentru găsirea unei soluţii la problema dublurilor se justifică prin faptul că aceștia erau conștienţi anterior începerii perioadei de aderare iniţială că se vor confrunta cu un număr de dubluri. Pe de altă parte, înregistrarea unui număr mare de dubluri era de natură să afecteze interesele directe ale administratorilor de a câștiga cât mai mulţi participanţi, având în vedere că dublurile urmau a fi invalidate si repartizate aleatoriu între toţi administratorii de fonduri private și nu doar între cei doi administratori de fonduri private la care se înregistraseră dublurile.

Întrucât pe parcursul perioadei de aderare, administratorii au transmis raportări bilunare către Casa Naţională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale și au existat mai multe etape de validări intermediare, rezultă că administratorii nu au putut cunoaște, la data înţelegerii, numărul total de dubluri, dar se așteptau ca acest număr să fie mare.

Prin urmare, nu poate fi reţinut caracterul nesemnificativ al numărului de dubluri ce urmau să se înregistreze și nici al avantajelor obţinute, având în vedere că intenţia administratorilor era de a obţine profit, iar acordurile de mediere a dublurilor erau încheiate în vederea obţinerii unui rezultat pozitiv.

Se poate concluziona astfel potrivit primei instanţe, că medierea participanţilor înregistraţi ca dubluri intre administratorii fondurilor private obligatorii, mediere realizată, in fapt, printr-o înţelegere de împărţire 50%-50% a acestor dubluri, a avut un potenţial de afectare, respectiv de denaturare a concurenţei pe piaţa administrării private a pensiilor obligatorii. Potenţialul de afectare a vizat o situaţie de fapt în care s-au aplicat principiile liberei concurenţe, în sensul că s-a prevăzut ca repartizarea aleatorie a dublurilor să se realizeze în funcţie de cota de

piaţă obţinută de administratori în urma concurentei efective.

Susţinerile reclamantei potrivit cărora autorităţile ar fi stabilit o procedură care ar fi cuprins obligaţia administratorilor de a negocia împărţirea dublurilor intre ei, sunt neîntemeiate.

Din înscrisurile depuse la dosar rezultă, reţine aceeași instanţă, că administratorii fondurilor de pensii private obligatorii s-au implicat din proprie iniţiativă in comportamentul anticoncurenţial si au hotărât ca „medierea" să se realizeze prin împărţirea dublurilor. Astfel, administratorii, printre care și reclamanta, au acţionat în deplină libertate decizională, împărţirea dublurilor fiind exclusiv rezultatul voinţei acestora.

Acţiunile autorităţii de reglementare nu au fost de natură a înlătura posibilitatea administratorilor de a adopta un comportament conform normelor în materia concurenţei și nu pot constitui o cauză de înlăturare a răspunderii contravenţionale a reclamantei.

Apărările reclamantei în sensul că modul în care au procedat administratorii fondurilor de pensii private obligatorii in privinţa dublurilor ar fi fost recomandat de CSSPP sunt contrazise și de aspectele reţinute în minutele întâlnirilor la care face referire societatea reclamantă.

În acest sens, din cuprinsul minutei întâlnirii din data de 22.10. 2007, rezultă că reprezentantul CSSPP nu a indicat în mod expres soluţia medierii, ci printre alte probleme, a semnalat participanţilor aspectul aderărilor multiple, arătând că dublurile din prima raportare se regăsesc si în cea de a doua, fapt ce denotă că administratorii nu au luat măsuri de eliminare a acestui aspect. Ca răspuns la problema semnalată de autoritatea de reglementare, administratorii au identificat diferite posibilităţi pentru a soluţiona problema dublurilor, altele însă decât medierea.

De asemenea, la întâlnirea din data de 26.11.2007, din cuprinsul minutei reiese că, urmare a analizei CSSPP, s-a constatat faptul că multe dintre dubluri sunt făcute de brokerii care lucrează cu mai mulţi administratori. Ca răspuns, unii administratori au semnalat autorităţii de reglementare faptul că participanţii refuză să dea declaraţii notariale in situaţiile in care există suspiciuni de fals. În acest context, reprezentantul CSSPP a menţionat că în cazul în care există dubluri pentru o persoană care nu a semnat decât un singur act de aderare, această persoană trebuie să dea o declaraţie notarială privind opţiunea sa, recomandându-se administratorilor să medieze situaţia celor invalidaţi.

Rezultă astfel, că recomandarea de mediere a reprezentantului CSSPP a fost făcută în sensul negocierii cu persoanele care aderau la fondul de pensii și nu în sensul medierii între administratorii fondurilor de pensii private obligatorii, care să aibă ca rezultat împărţirea clienţilor.

Totodată, din conţinutul corespondenţei purtate între CSSPP și administratori, inclusiv a e-mailurilor din 15.01.2008 și 04.02.2008, nu se poate reţine că autoritatea de reglementare a acceptat alocarea dublelor opţiuni de către administratorii fondurilor de pensii private obligatorii.

Prin urmare, implicarea CSSPP a fost în sensul că administratorii să depună eforturi pentru a determina, în cazul dublurilor, autenticitatea actelor de aderare și voinţa reală a participantului, și nu de a-și împărţi clienţii.

În ceea ce privește acordul administratorilor pentru împărţirea dublurilor, din probele prezentate în cuprinsul deciziei contestate, instanţa reţine că această împărţire s-a făcut în mod bilateral. Astfel, fiecare din cei doi administratori, la care participanţii figurau cu două acte de aderare individuale diferite, a fost de acord să împartă aceste dubluri în proporţie de 50%-50%, contrar procedurii obligatorii prevăzute de Norma 18 în cazul dublurilor.

Comportamentul anticoncurenţial al administratorilor fondurilor de pensii private obligatorii ce a fost sancţionat prin decizia contestată, nu poate fi justificat de cerinţe legislative, care să exonereze de răspundere contravenţională societăţile implicate, inclusiv reclamanta.

Pentru motivele arătate, instanţa a constatat că împărţirea dublurilor între administratori, printre care și reclamanta, a fost în mod corect calificată drept o înţelegere cu obiect anticoncurenţial, care atrage aplicarea dispoziţiilor art.5 alin.(1) lit.c) din Legea nr.21/1996.

De asemenea, curtea de apel a considerat că prin decizia contestată s-a reţinut în mod corect și încălcarea dispoziţiilor art. 101 din TFUE.

În conformitate cu prevederile Legii nr. 411/2004, republicată, în România poate fi administrator al unui fond de pensii orice entitate autorizată pentru această activitate într-un alt stat membru al Uniunii Europene sau aparţinând Spaţiului Economic European, fiind exceptată de la cerinţa autorizării de către CSSPP.

Administratorii autorizaţi în România pot primi contribuţii de la participanţi si angajatori dintr-un alt stat membru al Uniunii Europene sau aparţinând Spaţiului Economic European. O practică anticoncurenţială care afectează întreaga piaţă a administrării fondurilor de pensii private obligatorii din România, este susceptibilă să afecteze și cetăţenii altor state membre ale Uniunii Europene și implicit, comerţul între statele membre.

În cauză, având în vedere repartizarea în teritoriu a societăţilor de administrare a fondurilor de pensii obligatorii administrate privat și a participanţilor, piaţa relevantă geografică a fost definită ca fiind piaţa naţională, care reprezintă astfel o parte substanţială a pieţei comune. În ceea ce privește înţelegerile orizontale care privesc un

întreg stat membru, acestea sunt în mod normal susceptibile să afecteze comerţul între statele membre.

Existenţa unei înţelegeri având ca obiect împărţirea clienţilor înregistraţi ca dubluri s-a reţinut pentru un număr de 14 dintre cele 18 societăţi care au intrat pe Pilonul II de pensii, în anul 2007. După finalizarea procesului de repartizare aleatorie, respectiv, martie 2008, prin raportare la numărul de participanţi, cei 14 administratori cumulau peste 90% din piaţa relevantă a produsului.

Prin urmare, activitatea de investire a activelor fondurilor de pensii de către administratorii de pe Pilonul II nu se limitează la teritoriul României, ci prezintă potenţial de afectare a comerţului statelor membre.

În privinţa considerării administratorilor ca fiind societăţi financiare, s-a reţinut că în mod corect în decizia contestată au fost avute în vedere dispoziţiile art.2 alin.(1) pct.8 și art.57 din Legea nr.411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat, ale art.2 alin.(1) pct.15 și art.54 din Legea nr. 297/2004 privind piaţa de capital, ale art.7 alin.(1) pct.14 și art.18 alin.(1) lit.k) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituţiile de credit, din coroborarea cărora rezultă că natura activităţii societăţilor de administrare este similară celei desfășurate de instituţiile financiare. Ca urmare, la stabilirea amenzilor aplicate administratorilor fondurilor de pensii private, cifra de afaceri a fost înlocuită cu a zecea parte din valoarea bilanţului acestora, conform art.65 lit.a) din Legea nr.21/1996, în forma în vigoare la data deliberărilor cu privire la contravenţia săvârșită de fiecare societate.

În ceea ce privește amenda aplicată reclamantei, în mod corect aceasta a fost stabilită prin luarea în considerare a fondului de pensii ca activ al administratorului, în raport de dispoziţiile art.57 alin.(2) din Legea nr.411/2004, fiind respectată limita maximă de 10% prevăzută de Legea nr.21/1996

și limitele stabilite în Instrucţiunile privind individualizarea sancţiunilor pentru contravenţiile prevăzute la art.56 din Legea nr.21/1996. Totodată, întrucât s-a reţinut că fapta săvârșită a avut durata mai mică de un an, nivelul de bază al amenzii stabilit în funcţie de gravitatea și durata faptei a fost de 4% din cifra de afaceri a societăţii reclamante. De asemenea, nivelul de bază al amenzii a fost diminuat cu 50% prin reţinerea unei circumstanţe atenuante. Prin aplicarea acestei reduceri, s-a avut în vedere capacitatea financiară a reclamantei, amenda finală aplicată fiind astfel de 2% din cifra de afaceri.

5. Calea de atac exercitată de ***S.C. „ E" – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private S.A. – București***

Împotriva sentinţei nr.4696 din 6.07.2011 a Curţii de Apel București – Secţia a VIII-a contencios administrativ și fiscal a declarat recurs reclamanta S.C. „E" – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private S.A. – București, invocând, în drept, dispoziţiile art. 304^1 Cod procedură civilă.

Recurenta critică, în principal, modul în care au fost aplicate prevederile art. 5 din Legea nr. 21/1996 a concurenţei și art. 101 din TFUE, susţinând că sentinţa nu este motivată corespunzător și cuprinde aprecieri greșite în evaluarea și calificarea înţelegerii dintre administratori cu privire la împărţirea dublurilor, considerată eronat anticoncurenţială prin obiect.

Raportându-se la considerentele esenţiale ale hotărârii atacate, recurenta afirmă, în primul rând că adoptarea unei metode de alocare diferite de cea prevăzută în legislaţia aplicabilă nu determină implicit concluzia că scopul administratorilor a fost restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenţei. Recurenta combate presupusa raţiune pro-concurenţială a sistemului loteriei, arătând că, spre deosebire de grupul de participanţi care nu a aderat

la nici un fond de pensii, participanţii cu acte de aderare duble își exprimaseră preferinţele pentru anumite fonduri, așa încât împărţirea lor prin sistemul loteriei între fondurile la care aceștia nu au aderat nu ar fi recompensat fondurile care avuseseră inițial succes în atragerea lor. În același context, recurenta mai arată că a avut intenţia comercială de a-i transforma pe potenţialii participanţi în participanţi finali pentru maximizarea profitului, dar nu a restricţionat în niciun mod, direct sau indirect, pe ceilalţi administratori și nici pe participanţi, care se puteau transfera la alţi administratori.

Referitor la numărul dublurilor și impactul înţelegerii asupra structurii pieţei, recurenta combate concluzia la care a ajuns prima instanţă, insistând asupra modificării nesemnificative a cotelor de piaţă ale administratorilor: de numai 0,01-0,23%, ca efect al înţelegerii incriminate, împrejurare care nu susţine ideea unei denaturări „considerabile” a concurenţei. Mai arată că în cadrul întâlnirii din 12 noiembrie 2007 dintre reprezentanţii administratorilor și reprezentanţii CSSPP și CNPAS i s-a adus la cunoștinţă că „există aproximativ 75.000 de dubluri”, în realitate 58.000 de dubluri, număr nesemnificativ faţă de numărul total de participanţi: 4.000.000.

Apărările Consiliului Concurenţei

Prin întâmpinarea formulată, intimatul a solicitat respingerea recursului ca nefondat, însușindu-și considerentele esenţiale ale sentinţei care conduc la concluzia că Decizia Plenului Consiliului Concurenţei nr. 39/2010 este legală atât în privinţa incidenţei dispoziţiilor art. 5 alin.(1) lit.c) din Legea concurenţei și a dispoziţiilor art. 101 TFUE, cât și în partea referitoare la amenda stabilită în sarcina „E”.

Răspunzând criticilor formulate de recurentă, intimatul a insistat asupra caracterului anticoncurenţial al

înţelegerii prin obiectul său, afectarea concurenţei fiind implicită; prin însăși natura sa, fapta are capacitatea de a denatura concurenţa pe piaţa pensiilor private obligatorii într-un moment esenţial al formării acestei pieţe.

Referitor la cadrul legal relevant, intimatul a arătat că Norma nr. 18/2007 reglementa repartizarea aleatorie de către Casa Naţională de Pensii și Asigurări Sociale la unul din fondurile administrate privat, direct proporţional cu numărul persoanelor validate pe fiecare fond de pensii privat, raportat la totalul persoanelor validate pentru toate fondurile de pensii administrate privat, această procedură fiind prevăzută de legiuitor ca o măsură de stimulare a jucătorilor din piaţă, având scopul de a păstra poziţia pe piaţă a administratorilor, astfel cum aceasta fusese obţinută în urma concurenţei libere și corecte între aceștia.

Intimatul a mai susţinut în conturarea aceleiași idei că specificul aparte al pieţei pe care s-a realizat înţelegerea, prin prisma momentului și a modului în care s-a constituit aceasta, precum și interesul administratorilor în privinţa modalităţilor de soluţionare a problemei dublurilor, în contextul incertitudinii, la momentul realizării înţelegerii, asupra numărului de dubluri care se vor înregistra – ei așteptându-se să fie foarte mare – sunt elemente care au fost judicios analizate de prima instanţă și justifică soluţia adoptată.

În privinţa caracterului „nesemnificativ” al numărului de dubluri și al avantajelor obţinute, invocate de recurentă, intimatul a arătat că acestea sunt constatări ulterioare faptei de împărţire a dublurilor și se poate spune că sunt rezultatul hazardului, nicidecum al intenţiei părţilor. Fără a nega în mod absolut că administratorii ar fi avut în vedere și respectarea voinţei participanţilor –dubluri, intimatul consideră că scopul principal al acordurilor de „mediere” l-a reprezentat obţinerea unui număr cât mai mare

de participanţi, alegând certitudinea oferită de „mediere” incertitudinii oferite de repartizarea aleatorie.

Legat de incidenţa în cauză a dispoziţiilor art. 101 din TFUE, intimatul a arătat că s-a reţinut în mod corect aptitudinea acordului de a afecta comerţul dintre statele membre, fiind îndeplinite condiţiile indicate în Orientările Comisiei Europene privind conceptul de efect asupra comerţului din art. 81 și 82 din Tratatul CE (actualele art. 101 și 102 din TFUE).

Procedura derulată în recurs

În cadrul probei cu înscrisuri, conform art. 305 Cod procedură civilă, recurenta a depus la dosarul cauzei în ședinţa publică de la 19 octombrie 2012: proiectul Normei privind aderarea iniţială și evidenţa participanţilor la fondul de pensii administrat privat din data de 1 iunie 2007 și observaţiile pe care administratorii de pensii private le-au adresat CSSPP cu privire la proiect, minuta întâlnirilor din 22 octombrie 2007 și 12 noiembrie 2007, Extras din Registrul administratorului Pilonului II de pensii, precum și două opinii legale formulate de prof. dr. G.O. fost președinte al Consiliului Concurenţei și șeful catedrei de Economie a Universităţii Politehnice București și de prof. PJS, profesor de drept european, specializat în dreptul concurenţei, la Facultatea de Drept a Universităţii din L, Olanda.

De asemenea, pe parcursul soluţionării cauzei, dată fiind complexitatea deosebită a acesteia, ambele părţi au depus la dosar concluzii scrise, precizări și puncte de vedere, detaliind aspectele esenţiale.

S-a prezentat pe larg contextul în care a intervenit între administratori înţelegerea de împărţire a dublurilor, impactul acesteia, precum și jurisprudenţa CJUE relevantă, fiecare dintre părţile litigante orientându-și

argumentaţia în susţinerea punctului său de vedere.

Considerentele Înaltei Curţi asupra recursului

Examinând sentinţa atacată prin prisma criticilor formulate de recurentă, a apărărilor din întâmpinare, cât și sub toate aspectele, în temeiul art. 304[1] Cod procedură civilă, având în vedere ansamblul probator administrat în primă instanţă și în recurs, concluziile scrise, precizările și punctele de vedere exprimate în recurs, jurisprudenţa CJUE relevantă, Înalta Curte a ajuns la concluzia că recursul SC E– Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private S.A. București este fondat, pentru argumentele expuse în continuare.

1.Argumente de drept și de fapt relevante

Obiectul acţiunii judiciare, detaliat la **pct.I.1** din această decizie, vizează efectuarea unui control de legalitate asupra Deciziei nr. 39 din 7 septembrie 2010 a Consiliului Concurenţei, din perspectiva recurentei-reclamante „E”, amendată cu 382.215 lei.

Prin acest act administrativ au fost sancţionate cu amenzi contravenţionale 14 societăţi comerciale – administratori ai fondurilor de pensii private, din cele 18 existente pe piaţă, constatându-se încălcarea dispoziţiilor art. 5 alin.(1) lit.c) din Legea concurenţei nr. 21/1996, republicată și a art. 101 din TFUE prin încheierea unor înţelegeri anticoncurenţiale având ca obiect împărţirea clienţilor.

În esenţă, s-a reproșat societăţilor comerciale implicate, că înţelegerea pe care au avut-o pentru repartizarea participanţilor cu aderare dublă a avut ca obiect o restrângere a concurenţei pe piaţa fondurilor de pensii private obligatorii, denaturând structura unei pieţe în formare.

Articolul 5 alin.(1) din legea naţională a concurenţei, similar art. 101(1) din Tratat, interzice orice înţelegeri exprese sau tacite între agenţii economici ori asociaţiile de agenţi economici, orice decizii luate de asociaţiile de agenţi economici și orice practici concertate, *care au ca obiect* sau ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenţei pe piaţa românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc împărţirea pieţelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare pe criteriu teritorial, al volumului de vânzări și achiziţii ori pe alte criterii.

Pornind de la formularea textelor legale, din care rezultă cu claritate că obiectul anticoncurenţial și efectul anticoncurenţial nu reprezintă condiţii cumulative, ci condiţii alternative ale interdicţiei, prima instanţă a achiesat la punctul de vedere al Consiliului Concurenţei, exprimat prin decizia atacată, potrivit căruia *„fiind o înţelegere al cărei obiect este împărţirea clienţilor, aceasta cade* ***în mod automat*** *sub incidenţa interdicţiei prevăzute de art. 5 alin.(1) din lege*”.

Cu alte cuvinte, s-a reţinut că înţelegerea dintre administratori privind clienţii cu duble aderări a avut ca obiect restrângerea concurenţei per se, fără a se analiza contextul juridic și economic în care a intervenit și potenţialul anticoncurenţial.

Înalta Curte nu împărtășește această abordare.

În decursul jurisprudenţei sale, CJUE a stabilit că acordurile care au ca obiect restrângerea concurenţei sunt acele acorduri care prin natura lor sunt *„dăunătoare pentru buna funcţionare a concurenţei normale*” (cauza C-209/07 Irish Beef), având *„un potenţial ridicat de efecte negative asupra concurenţei*” conform Orientărilor Comisiei Europene privind aplicarea art. 81 alin.(3) din tratat, J.O. 2004 C 101/81 (actualul art. 101 alin.(3) din

TFUE).

Pentru a se stabili dacă un acord restrânge concurenţa prin natura sa, trebuie luate în considerare: *„conţinutul acordului”*, *„scopurile obiective ale acestuia”, „contextul”* juridic și economic *„în care se aplică/urmează a fi aplicat acordul”, „comportamentul efectiv al părţilor pe piaţă”*, precum și aptitudinea acestuia de a *„afecta semnificativ condiţiile de piaţă”* (condiţii analizate în cauzele C-501, 513, 515 și 519/06 Glaxosmithkline Services Unlimited, C-8/08 T-Mobile Netherlands, C-209/07 Irish Beef, C5/69 Franz Vólk ș.a.).

Nu este necesară o analiză completă asupra efectelor unui acord pentru a se identifica o restrângere a concurenţei prin obiect, dar nici nu pot fi ignorate complet efectele potenţiale ale acestuia, câtă vreme trebuie demonstrat că este *„apt ca, într-un caz particular, (…) să împiedice, să restrângă sau să denatureze concurenţa pe piaţă”* (cauza C-8/08 T-Mobile Netherlands).

Referitor la contextul economic și juridic

Potrivit Legii nr. 411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat, republicată, persoanele în vârstă de până la 35 de ani care sunt asigurate și contribuie la sistemul public de pensii au avut obligaţia să adere și la un fond de pensii administrat privat iar persoanele cu vârsta cuprinsă între 35 și 45 de ani au avut opţiunea de a participa sau nu la un astfel de fond.

Art. 31 și 32 din acest act normativ stabileau că o persoană nu poate fi participant, în același timp, la mai multe fonduri de pensii; persoana devine participant la un fond de pensii prin semnarea unui act de aderare individual, din proprie iniţiativă, sau în urma repartizării sale de către instituţia de evidenţă.

În temeiul aceleiași legi, în perioada 25 iulie 2007-9

octombrie 2007 au fost autorizate de Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (CSSPP) un număr de 18 societăţi comerciale având ca obiect exclusiv de activitate administrarea fondurilor de pensii, între care și recurenta-reclamantă.

Procesul de aderare inițială la un fond de pensii administrat privat, precum și procedura de validare și repartizare aleatorie a participanţilor au fost reglementate de Norma nr. 18/2007 privind aderarea inițială și evidenţa participanţilor la fondurile de pensii administrate privat, (modificată și completată ulterior prin Norma nr. 31/2007), aprobată prin Hotărârea nr. 46/2007 a Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private.

Aderarea inițială trebuia să dureze potrivit Normei 18/2007 4 luni; a început la 17 septembrie 2007 și s-a finalizat la 17 ianuarie 2008.

Necontestat, în această perioadă administratorii s-au concurat puternic, în scopul obţinerii de cât mai multe acte individuale de aderare din partea potenţialilor participanţi.

Problema care a generat litigiul de faţă a fost determinată de existenţa unor persoane înregistrate ca „dubluri”, adică participanţi care, din diferite motive , semnaseră acte de aderare pentru două sau mai multe fonduri de pensii.

Mecanismul legal de rezolvare, prevăzut în Norma nr. 18/2007, stabilea că repartizarea acestor persoane se realiza în mod aleatoriu, de către CNPAS , proporţional cu cota de piaţă obţinută de administratori în perioada de aderare voluntară inițială.

Prealabil, administratorii aveau obligaţia de a verifica autenticitatea actelor de aderare ale participanţilor dublaţi și posibilitatea de a re-raporta pe aceia care și-

au manifestat intenţia de a adera la un anumit fond.

Deși teoretic exerciţiul verificării ar fi trebuit să ducă la clarificarea situaţiei, în practică s-a constatat că persoanele care aderaseră la două fonduri erau re-raportate la CNPAS și de către fondul „dublat”.

Dificultăţile întâmpinate de administratori în această etapă, necontestate de Consiliul Concurenţei, au fost amplificate de presiunea unor termene foarte scurte în interiorul cărora trebuiau efectuate raportările: iniţial 2 săptămâni și apoi lunar.

Acesta este contextul particular în care, începând cu luna noiembrie 2007, administratorii s-au înţeles să împartă aderările înregistrate ca dubluri, în procente egale (50%-50%) între fondurile pentru care se optase, în loc de a aplica reglementarea care prevedea împărţirea dublurilor în mod aleatoriu, proporţional cu cota de piaţă obţinută de administratori în perioada iniţială de aderare.

Referitor la comportamentul părţilor implicate; conţinutul și scopurile acordului

Un argument important în economia soluţiei pronunţate de prima instanţă l-a reprezentat atitudinea subiectivă a administratorilor fondurilor de pensii administrate privat.

S-a reţinut, preluându-se poziţia Consiliului Concurenţei, că încă înainte de începerea perioadei de aderare iniţială, administratorii se așteptau la un număr mare de „dubluri” care le-ar fi putut afecta interesele directe, precum și că la momentul realizării acordurilor de împărţire 50%-50%, incertitudinea încă exista, estimându-se foarte multe situaţii de acest gen.

Acest considerent ignoră însă numărul nesemnificativ de dubluri existente anterior datei medierii, 75.000 faţă de un număr total de 1.760.000 de acte valide raportate de

CSSPP în cadrul întâlnirii cu administratorii din 12 noiembrie 2007 (fila 125,dosar recurs), precum și informarea din 22 octombrie 2007 realizată de vicepreședintele CSSPP, potrivit căreia *„până în prezent, numărul de dubluri nu este foarte mare*” (fila 120,dosar recurs).

Ca atare, la mijlocul perioadei de aderare, când a intervenit înţelegerea analizată între administratori, aceștia nu se puteau aștepta la o altă rată a dublurilor faţă de rezultatele deja raportate de CSSPP (75.000 de dubluri, din care au rămas în final 58.000, dintr-un total estimat de 4 milioane de participanţi) și nu se poate reţine în mod rezonabil că au urmărit influenţarea structurii finale a pieţei doar prin împărţirea semnăturilor duble.

Cu alte cuvinte, încălcarea legislaţiei specifice în domeniul pensiilor private obligatorii, respectiv a dispoziţiilor art. 21 din Norma nr. 18/2007 nu este de natură să dovedească o încălcare *„inevitabilă*” (potrivit intimatului-pârât) a Legii Concurenţei, în lipsa unor elemente concrete care să susţină o atare concluzie.

Împărţirea 50%-50% a unui număr nesemnificativ de dubluri, totalizând sub 1% din numărul total de participanţi care urmau să-și exprime opţiunea, nu putea avea aptitudinea de a schimba structura pieţii care era deja clară; consumatorii selectaseră fondul preferat și doar o mică parte se înregistraseră de mai multe ori.

În plus, în cazul recurentei „E” trebuie să se reţină că a oferit participanţilor cu semnătură dublă posibilitatea de a se transfera în mod gratuit (în condiţiile în care reglementarea prevedea o penalitate de transfer) la oricare din fondurile de pensii concurente pentru care participantul în cauză își manifestase opţiunea, confirmându-se astfel că scopul pe care l-a urmărit a fost rezolvarea cât mai practică a acestei situaţii iar nu distorsionarea

concurenţei, imposibil de realizat în această etapă în contextul examinat.

Fără a intra în analiza aprofundată a avantajelor și dezavantajelor practice ale celor două mecanisme de împărţire a „dublurilor”, cel legal și cel stabilit prin înţelegerea sancţionată de Consiliul Concurenţei, dezvoltate pe larg de recurenta-reclamantă, Înalta Curte reţine ca deosebit de relevantă împrejurarea că algoritmul adoptat de administratori, de alocare pe baze egale a dublurilor, a fost consfinţit de legiuitor.

Astfel, prin Legea nr. 241/7 decembrie 2010 a fost modificat art. 33 alin.(2) din Legea nr. 411/2004 privind fondurile de pensii administrate privat, în sensul că *„Repartizarea aleatorie a persoanelor se efectuează în cote egale pentru fiecare fond de pensii administrat privat , la data la care se face repartizarea*”.

Referitor la susţinerile intimatului-pârât din concluziile scrise depuse la data de 24 octombrie 2012, conform cărora conceptul de „apreciabilitate” a afectării potenţiale a concurenţei reprezintă doar o condiţie de incidenţă, a art. 101 din tratat, norma naţională necuprinzând o atare condiţionare, Înalta Curte constată că acestea sunt contrazise chiar de Instrucţiunile sale privind aplicarea art. 5 alin.(2) din Legea Concurenţei, potrivit cărora *„restricţionările prin obiect sunt cele care, chiar prin natura lor, pot afecta concurenţa în sensul restrângerii, împiedicării sau denaturării acesteia. Este vorba despre restricţii care, din perspectiva obiectivelor urmărite de regulile de concurenţă,* ***au un potenţial anticoncurenţial ridicat****, așa încât nu este necesar ca pentru scopurile urmărite de aplicarea art. 5 alin.(1) din lege, să se probeze un efect concret asupra pieţei*.”

Nu în ultimul rând, instanţa de recurs observă că în practica anterioară a Consiliului Concurenţei analiza pe

care a făcut-o a corespuns parametrilor indicaţi de Înalta Curte în preambulul acestor considerente.

De exemplu, prin decizia adoptată în cauza Asociaţiei Distribuitorilor și Importatorilor de Medicamente și Asociaţiei Distribuitorilor de Medicamente din România, ce a închis investigaţia declanșată prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenţei nr. 406/27 octombrie 2008 pe piaţa distribuţiei de produse farmaceutice, în motivarea soluţiei administrative s-a arătat că „ *natura anticoncurenţială a obiectului înţelegerii rezultă nu din intenţia subiectivă a părţilor la momentul realizării acordului de voinţă, ci din conţinutul acestuia și din obiectivele sale apreciate în contextul economic și legal în care este aplicat, verificându-se măsura în care aceste obiective sunt apte a determina restrângerea sau denaturarea mecanismelor concurenţiale*”.

Conchizând, Înalta Curte reţine că în raport de scopul real al alocării „dublurilor”, conţinutul acordului, contextul economic și juridic în care a intervenit și inexistenţa unui potenţial de afectare a concurenţei, soluţia la care a ajuns prima instanţă este greșită.

Temeiul legal al soluţiei instanţei de recurs

Pentru considerentele expuse la punctul anterior, în temeiul art. 20 alin.(3) din Legea nr. 554/2004 și art. 312 alin.(1) –(3) din Codul de procedură civilă recursul a fost admis, modificându-se sentinţa în sensul admiterii acţiunii și anulării Deciziei nr. 39/7.09.2010 a Consiliului Concurenţei în ceea ce o privește pe reclamanta S.C. „E – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private” S.A. București.