

ICCCJ – Piața fondurilor de pensii private obligatorii

Legislație relevantă:

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

TFUE, art. 101

Legea nr. 411/2004

Potrivit dispozițiilor art. 5 alin.(1) lit.c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată – dispoziții similare celor cuprinse în art. 101 din TFUE – sunt 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 ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc împărțirea piețelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare pe criteriu teritorial, al volumului de vânzări și achiziții ori pe alte criterii.

Din conținutul acestor dispoziții, rezultă cu claritate faptul că obiectul anticoncurențial și efectul anticoncurențial nu reprezintă condiții cumulative, ci condiții alternative ale interdicției legale astfel instituite.

Totuși, în acord cu jurisprudența CJUE, existența unei înțelegeri între mai mulți agenți economici nu trebuie considerată anticoncurențială per se, în condițiile în care în urma analizării conținutului 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 părților pe piață, precum și a

aptitudinii acesteia de a afecta semnificativ condițiile de piață, nu rezultă elemente concrete care să susțină concluzia existenței vreunei încălcări a Legii concurenței.

Decizia nr. 1203 din 21 februarie 2013

Prin cererea înregistrată pe rolul Curții de Apel București – Secția 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 Concurenței, solicitând instanței ca, prin hotărârea ce o va pronunța, 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 contravențiilor, înlocuirea sancțiunii amenzii aplicată de Consiliul Concurenței cu avertismentul sau reducerea cuantumului amenzii spre minimul prevăzut de Legea concurenței nr.21/1996;
- în măsura în care vor fi considerate neîntemeiate cererile menționate, individualizarea sancțiunii amenzii aplicată prin decizia contestată, în sensul de a se constata că „E” nu poate fi calificată drept instituție financiară în conformitate cu prevederile Legii concurenței nr.21/1996, cu consecința modificării cuantumului amenzii aplicate de pârât.

În motivarea acțiunii, reclamanta a arătat, în esență, următoarele:

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

Reclamanta susține că nu a încălcat niciuna dintre dispozițiile menționate, având în vedere că înțelegerea dintre administratori nu a avut un obiect anticoncurențial, ci a fost realizată pentru a soluționa o problemă practică (de ordin tehnic) cu privire la aderările duble, iar înțelegerea dintre administratori nu a avut un efect anticoncurențial pe piața fondurilor de pensii private obligatorii și nu a modificat structura pieței.

Reclamanta susține că înțelegerile dintre administratori au vizat faza ulterioară celei în care administratorii au concurat pentru atragerea participanților, respectiv în cadrul campaniei inițiale de aderare care se desfășurase anterior pentru toți clienții, inclusiv pentru cei care figurau cu înregistrări duble, iar în cursul acestui proces nu a fost încheiată nicio înțelegere între administratorii fondurilor.

Ulterior finalizării campaniei de aderare inițială, administratorii au rămas cu foarte puțini clienți 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 Naționale de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale (*denumită în continuare, în cuprinsul prezentei decizii, „CNPAS”*) alocarea acestor clienți pe baza principiului primei semnături, soluție care ar fi respectat alegerea participantului și rezultatul unui proces concurențial, însă această sugestie a fost respinsă de către autorități care au stabilit o procedură în două etape: (1) prima etapă, în care administratorii să negocieze împărțirea dublurilor între ei (Sistemul Medierii) și (2) a doua etapă, în care acei participanți pe care administratorii nu au reușit să îi împartă să fie distribuiți aleatoriu către toți administratorii proporțional cu cota de piață deținută (Sistemul Loteriei).

În cadrul primei etape, reclamanta, ca și ceilalți

administratori, a depus eforturi rezonabile să contacteze participanții înregistrați ca dubluri și să le solicite confirmarea opțiunii lor de a fi înregistrați fie la „E”, fie la alt administrator. În cadrul acestei etape, administratorii au avut la dispoziție o perioadă restrânsă de timp. În urma contactării, mulți dintre participanții înregistrați ca dubluri au confirmat alegerea lor pentru „E”, dar a rămas un anumit număr de participanți care nu au putut fi contactați sau care nu au confirmat alegerea lor pentru „E” în termenul stabilit de către autorități.

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

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 participanților alocați posibilitatea de a se transfera gratuit, la administratorul ales de ei, ceea ce s-a și întâmplat cu unii dintre participanții cărora „E” le-a facilitat trecerea la administratorul ales.

Prin urmare, reclamanta susține că soluția adoptată de către administratori nu este similară unei distribuirii a clienților cu consecința restrângerii concurenței în sensul articolului 101 din TFUE, astfel că înțelegerea dintre administratori referitoare la alocarea participanților dublați nu are un obiect anticoncurențial.

Se susține că înțelegerea nu a avut ca obiect restrângerea semnificativă a concurenței, deoarece numărul de înregistrări duble, rămase după finalizarea campaniei de aderare inițială, a fost nesemnificativ, astfel că distribuirea acestora, fie

prin loterie, alocare bilaterală sau în alt mod, nu are un efect semnificativ asupra structurii de piață, pozițiilor pe piață ale administratorilor sau concurenței efective pe această piață. Chiar dacă înțelegerea a fost restrictivă prin obiectul său, nu a fost aptă să restrângă semnificativ concurența și, prin urmare, nu încalcă dispozițiile 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 toți administratorii implicați în respectiva procedură, întrucât cei mai mari administratori pe piața pensiilor private, care au fost implicați în mod activ în procedura medierii, au obținut în urma medierii o cotă de piață mai mică decât cea pe care ar fi obținut-o dacă repartizarea aleatorie (sistemul loteriei) ar fi fost aplicată, contrar celor reținute în decizia atacată.

Diferențele de cotă de piață rezultate în urma procesului de mediere sunt neglijabile și nu au influențat concurența pe piața respectivă, iar prin decizia contestată nu s-a stabilit în ce mod variațiile între metoda aleatorie și mediere au afectat concurența.

În ceea ce privește încălcarea art.101 din TFUE, reclamanta susține că aplicabilitatea acestor prevederi este limitată la contractele care pot afecta comerțul între statele membre și invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în cauza Carlo Bagnasco contra BPN.

Cu referire la speță, se invocă faptul că nu s-a dovedit de către Consiliul Concurenței că pretinsul acord între administratori ar avea un efect semnificativ asupra comerțului inter-statal și asupra concurenței.

Totodată, reclamanta arată că înțelegerea a fost pusă în practică pentru a realoca, la cererea CSSPP, participanții într-o modalitate structurată, eficientă și corectă, cu respectarea opțiunilor inițiale ale participanților pentru un

fond de pensii, deoarece, în caz contrar, acești participanți ar fi fost repartizați de către CSSPP în funcție de cota de piață a administratorilor.

Reclamanta învederează faptul că, în cauză, nu există vinovăție, întrucât autoritatea de reglementare a indicat administratorilor utilizarea Sistemului medierii, iar reprezentanții CSSPP au încurajat administratorii să ia măsuri pentru a evita dublele aderări și Comisia a organizat mai multe întâlniri cu reprezentanții administratorilor pentru a analiza procesul de aderare inițială, aflat la acel moment în desfășurare, în vederea identificării potențialelor remedii ale deficiențelor apărute în cursul procesului de aderare inițială. Astfel de întâlniri între CSSPP, CNPAS și reprezentanții 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 existența a două corespondențe electronice (e-mail-urile din 15.01.2008 și 04.02.2008 transmise de directorul Departamentului de Tehnologia Informației al CSSPP), din care rezultă că CSSPP a implementat procesul de mediere.

Astfel fiind, întrucât administratorii au hotărât să repartizeze participanții care au aderat la doi administratori prin împărțirea acestor participanți 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 Concurenței în susținerea acuzațiilor nu sunt suficiente în conformitate cu standardele impuse de art.6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Susține reclamanta că amenzile aplicate de Consiliul Concurenței 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 percepției publice a societății, deoarece reputația administratorului este un element cheie care influențează decizia participanților 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 acuzațiilor și repercusiunile negative asupra societății, reclamanta consideră că acuzația este o acuzație penală, în sensul prevederilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, fiind incidente drepturile și garanțiile prevăzute de art.6 din Convenție. Sub acest aspect, se arată că nu a fost stabilită nicio intenție a societății de a evita concurența cu alți administratori și nici nu a fost stabilit vreun impact anticoncurențial de utilizare a sistemului de mediere pentru alocarea participanților dublați. În fapt, Consiliul Concurenței a presupus atât obiectul anticoncurențial, cât și efectul anti-concurențial al sistemului de mediere.

Susține 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 bilanțului societății, cât și la valoarea bilanțului Fondului de pensii administrat privat de „E”, deși fondul de pensii administrat privat este o entitate separată față 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 societății de administrare a fondului de pensii, iar Ordinul Consiliului Concurenței 101/2004 nu cuprinde nicio referire la bilanțul 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 aparțin numai participanților în conformitate cu prevederile Legii nr.411/2004 și ale Legii nr.204/2006, și prin urmare, nu sunt parte din activele administratorilor. Mai susține reclamanta că cifra de afaceri în cazul instituțiilor financiare este înlocuită de a zecea parte din valoarea bilanțului, 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 Concurenței nr.101/2004.

În concluzie, calculul cifrei de afaceri al societății de administrare nu ar trebui să fie determinat ca procent din active de care nu poate dispune în nume propriu, deoarece acestea aparțin participanților. Conform principiilor generale privind calculul cifrei de afaceri indicate în Ordinul Consiliului Concurenței nr.101/2004, trebuie luat în considerare venitul din activitățile curente desfășurate de societatea de administrare, conform obiectului său de activitate. Acest venit reprezintă exact venitul pe care este îndreptățită societatea de administrare să îl obțină din comisionul de administrare, din contribuții brute, comisionul de administrare din activul fondului, penalitatea de transfer și din tarifele pentru solicitări de informații din partea participanților, conform legislației în vigoare.

Întâmpinarea formulată de Consiliul Concurenței

Prin întâmpinare, pârâtul Consiliul Concurenței a solicitat respingerea acțiunii ca neîntemeiată, arătând că, pe de o parte, fapta la care a participat și reclamanta întrunește condițiile prevăzute de art.5 alin.(1) din Legea nr.21/1996 și, pe de altă parte, fapta are la bază voința proprie a participanților, inclusiv a societății reclamante, de a împărți acei participanți care semnasera acte de aderare cu două fonduri de pensii private. Reclamanta invocă în apărare o

recomandare/indicație din partea autorității de reglementare, în sensul utilizării sistemului medierii, inexistentă în fapt și care nu poate să legitimeze fapta anticoncurențială la care societatea a fost parte. Astfel, în cauza de față, există obiect anticoncurențial, există efect anticoncurențial, precum și vinovăția reclamantei. Autoritatea de reglementare nu a indicat utilizarea sistemului medierii, în forma practică de administratori.

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

Împărțirea dublurilor, respectiv a acelor persoane care figurau cu două acte de aderare individuale semnate cu două fonduri de pensii diferite, ca acord de voință 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 inițiativă în comportamentul anticoncurențial și au decis ca „medierea” să se realizeze prin împărțirea 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 alți 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 soluție, medierea între administratori, având ca rezultat împărțirea clienților.

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

unei concurențe efective între operatori, respectiv, cota de piață a acestora, etalon ce reprezintă ponderea reală a respectivului administrator în alegerile participanților.

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 condițiile necesare pentru a fi validat de către CSSPP.

În absența înțelegerii de împărțire 50%-50% între administratori, participanții care figurau cu acte de aderare duble, fie pentru că își exprimaseră voința de a adera la două fonduri, fie din cauza activității agenților de vânzări, nu puteau fi validați și urmau să fie repartizați aleatoriu între toate fondurile de pensii. Lipsa validării unui număr cât mai mare din participanții înregistrați ca dubluri, număr care nu se cunoștea de către administratori, putea conduce la o altă situație în ceea ce privește ponderea reală a administratorilor în alegerea participanților.

Astfel, acordul de mediere a dublurilor reprezintă o înțelegere cu obiect anticoncurențial, având aptitudinea de a produce efecte anticoncurențiale prin denaturarea concurenței pe piața administrării private a fondurilor de pensii, concurență care, manifestată liber și în condiții corecte, cu respectarea regulilor aplicabile în materie, trebuia să conducă la o structură a pieței care să reflecte numărul de participanți validați pentru fiecare fond în parte.

În privința contestării efectelor anticoncurențiale ale înțelegerii sancționate, pentru a intra sub incidența art.5 din Legea nr.21/1996 sau a art.101 din TFUE, o înțelegere trebuie să aibă fie obiect, fie efect anticoncurențial. Prin urmare, fiind vorba de o condiție alternativă, este suficient că în cauză s-a demonstrat natura anticoncurențială a obiectului acordului dintre administratori. Încercările reclamantei de a nega faptul că înțelegerea sancționată a avut efecte anticoncurențiale oferă, în realitate, argumente și

confirmări suplimentare pentru natura anticoncurențială a obiectului înțelegerii dintre administratori, înțelegere care avea capacitatea de a afecta concurența, fiind aptă a determina o structură a pieței diferită de cea care s-ar fi conturat în condițiile în care dublurile ar fi fost repartizate aleatoriu, în baza cotelor de piață stabilite ca urmare a liberei concurențe 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 existenței încălcării dispozițiilor art.5 alin.(1) din Legea nr.21/1996 sunt reprezentate, în primul rând, de documente emanând de la părțile implicate, care conțin mențiuni exprese privind acordurile dintre acestea. Alte dovezi indirecte, circumstanțiale, existente în cauză, sunt coroborate cu aceste dovezi directe ale existenței laturii obiective și subiective a contravenției, concluzia autorității de concurență 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 condițiile în care administratorii sunt societăți financiare, iar calificarea ca instituții 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 – Direcția Generală Concurență

La termenul de judecată din 1 iunie 2011, reclamanta a formulat o cerere prin care a solicitat punctul de vedere al Comisiei Europene – Direcția Generală Concurență referitor la respectarea regulilor de concurență 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 participanților dublați constituie o înțelegere care are ca obiect prevenirea, restricționarea sau denaturarea concurenței în sensul articolului 101, fiind astfel interzisă de prevederile acestui articol.

Hotărârea primei instanțe

Prin sentința civilă nr.4696 din 6 iulie 2011, Curtea de Apel București – Secția 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 concurență comunitară relativ la aplicarea art.81 TCE, în prezent art.101 din TFUE, în privința înțelegerii dintre administratorii fondurilor de pensii private;
- a respins acțiunea formulată de reclamantă.

Considerentele instanței cu privire la cererea de solicitare a punctului de vedere al Comisiei Europene – Direcția Generală Concurență

Curtea de apel a reținut că aspectele ce se solicită a fi clarificate au fost definite în jurisprudența Comisiei Europene și a instanțelor comunitare.

Astfel, noțiunea de întreprindere a fost determinată în cauza Hofner și Elser, definirea fiind menținută de instanțele comunitare care au arătat că include orice entitate implicată într-o activitate economică, indiferent de statutul său juridic sau modul în care este finanțată (cauzele C-159-160/91, C-364/92, C-180-184/98, C-218/00). Noțiunea de înțelegere în sensul prevederilor în materia concurenței a fost definită în cauza BayerSG v. Comisie T-41/96, reținându-se că noțiunea respectivă acoperă acele situații în care

există un acord de voință între operatorii economici cu privire la implementarea unei politici, urmărirea unui anume scop sau adoptarea unei linii specifice de comportament pe piață. De asemenea, instanțele comunitare s-au pronunțat cu privire la conținutul noțiunii de efect asupra comerțului (cauzele C-319/82, Kerpen&Kerpen, C-240/82 și alții, Stichting Sigarettenindustrie, T-25/95 și alții).

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

4.2. Considerentele instanței cu privire la fondul cauzei

Prin Decizia nr.39/07.09.2010 a Consiliului Concurenței, reclamanta a fost sancționată cu amendă în cuantum de 382.215 lei, pentru încălcarea dispozițiilor art.5 alin.(1) lit.c) din Legea nr.21/1996 și a art.101 din TFUE, prin încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale având ca obiect împărțirea clienților.

În cuprinsul deciziei menționate s-a reținut că, la data de 03.12.2007, prin Ordinul președintelui Consiliului Concurenței nr.402/2007, a fost declanșată o investigație din oficiu având ca obiect posibila încălcare a art.5 alin.(1) din Legea concurenței nr.21/1996, republicată și a art.101 din TFUE de către agenții economici și asociațiile de agenți economici de pe piața administrării fondurilor de pensii private obligatorii (Pilonul II) din România.

Investigația a vizat două potențiale încălcări ale regulilor de concurență pe piața administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, respectiv, o potențială înțelegere

anticoncurențială de împărțire a clienților între administratorii fondurilor de pensii și o potențială practică concertată de fixare a comisioanelor de administrare.

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

În ceea ce privește analiza unei posibile înțelegeri anticoncurențiale de împărțire a clienților, s-a constatat existența unor înțelegeri anticoncurențiale având ca obiect împărțirea clienților între administratorii de fonduri de pensii private, între care și reclamanta. Înțelegerile au vizat participanții înregistrați ca „dubluri”, în procedura de aderare inițială la fondurile de pensii administrate privat.

Cu prilejul perioadei inițiale de aderare la Pilonul II al sistemului de pensii, când ca urmare a creării acestei piețe s-a înregistrat cel mai mare număr de participanți (aproximativ 4 milioane), administratorii fondurilor de pensii au realizat împărțirea bilaterală a participanților înregistrați în același timp la două fonduri de pensii după propriile reguli. Perioada în care s-a desfășurat procedura de aderare inițială a fost perioada cheie, esențială pentru stabilirea ierarhiei pe piață.

Pe baza actelor și documentelor aflate la dosarul de investigație, parte din acestea obținute în urma desfășurării mai multor inspecții inopinate la sediile mai multor agenții economice și asociații de agenți economici, prin Decizia nr.39/07.09.2010, Plenul Consiliului Concurenței a constatat și sancționat încălcarea dispozițiilor 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.

Susținerile reclamantei privind inexistența obiectului sau efectului anticoncurențial, nu au fost reținute de către prima instanță.

Din interpretarea dispozițiilor art. 5 alin.(1) din Legea nr. 21/1996, republicată, și ale art.101 din TFUE, rezultă că pentru existența ipotezei reglementate este necesară îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții: existența a cel puțin doi agenți economici sau asociații de agenți economici; existența unei înțelegeri, a unei decizii a unei asociații de agenți economici sau a unei practici concertate; înțelegerea să aibă ca efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia.

În cauza dedusă judecății, s-a constatat existența unei fapte anticoncurențiale întrucât a existat o înțelegere, în sensul de concordanță a voințelor societăților implicate, la care a participat și reclamanta, iar această înțelegere are un obiect și, implicit, un efect anticoncurențial.

A reținut instanța că, între administratorii de fonduri de pensii private, au existat acorduri bilaterale de împărțire a dublurilor, reținându-se în mod corect faptul că în ceea ce privește aprecierea obiectului anticoncurențial al înțelegerii de împărțire a clienților este suficient ca înțelegerea să poată produce efecte negative asupra concurenței. Prin urmare, înțelegerea trebuie să fie aptă în mod concret să împiedice, să restrângă sau să denatureze concurența în cadrul pieței comune.

Caracterul anticoncurențial al acordurilor sancționate rezultă din coroborarea următoarelor elemente: cadrul legal care a stat la baza constituirii și funcționării pieței administrării private a fondurilor de pensii obligatorii, specificul aparte al pieței pe care s-a realizat înțelegerea, existența interesului administratorilor în privința modalităților de soluționare a problemei dublurilor și potențialul acordurilor

de a afecta interesele participanților la fondurile de pensii obligatorii private, interesele concurenților de pe piața pensiilor obligatorii private, precum și structura unei piețe în formare, prin denaturarea rezultatului jocului concurențial.

Sub aspectului cadrului legal relevant, instanța de fond a observat că în cuprinsul deciziei contestate sunt menționate pe larg dispozițiile legale aplicabile în cauză, din conținutul acestora reținându-se că repartizarea aleatorie urma să se aplice în cazul persoanelor care, deși aveau obligația să adere la un fond de pensii privat în faza inițială de aderare, nu au aderat și, totodată, în cazul persoanelor înscrise în registru ca invalide. Repartizarea aleatorie se realiza de către Casa Națională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale, direct proporțional cu numărul persoanelor validate pe fiecare fond de pensii administrat privat în 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 piață pentru atragerea participanților, precum și pentru păstrarea poziției pe piață a administratorilor.

În concret, procedura de aderare inițială 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 piață. La finalizarea procesului de aderare inițială, toate persoanele cu vârsta de până la 35 de ani, care nu au aderat la unul din fondurile existente pe piață, sau care au aderat la mai mult de un fond, urmau să intre la procesul de repartizare aleatorie.

Astfel, la încheierea perioadei de aderare inițială, un număr de 332.706 de persoane, care nu au aderat la un fond de pensii administrat privat, deși aveau această obligație, 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 funcție de cota de piață deținută de fiecare.

Perioada respectivă a fost decisivă pentru formarea pieței, respectiv pentru determinarea structurii acesteia și a cotelor de piață deținute de fiecare administrator, întrucât s-a înregistrat cel mai mare număr de participanți.

La momentul realizării înțelegerii, piața administrării private a pensiilor obligatorii, definită ca fiind piața relevantă, era o piață în formare, ale cărei baze au fost constituite într-o perioadă redusă de timp, respectiv 4 luni de zile. În aceste condiții, a punctat curtea de apel, era important ca participanții la fiecare fond să fie câștigați pe criterii corecte, având în vedere că structura pieței și poziția administratorilor fondurilor de pensii depindea direct de numărul de participanți validați pentru fiecare fond în parte.

Obținerea unei poziții cât mai bune pe piața pensiilor private obligatorii, în faza de aderare inițială, era esențială pentru administratori, întrucât avea efecte și asupra evoluției viitoare a structurii pieței, având în vedere că potrivit prevederilor Legii nr. 411/2007, după finalizarea perioadei de aderare inițială, participanții care nu aderaseră la un fond de pensii sau cei care au fost invalidați, urmau să fie distribuiți aleatoriu între toți administratorii de pe piață, proporțional cu cotele de piață obținute de aceștia.

În legătură cu existența interesului administratorilor în privința modalităților de soluționare a problemei dublurilor, s-a reținut că acest interes rezultă din dezbaterile și corespondența purtată între administratori, precum și între

aceștia și CSSPP.

Interesul mare al administratorilor pentru găsirea unei soluții la problema dublurilor se justifică prin faptul că aceștia erau conștienți anterior începerii perioadei de aderare inițială 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 mulți participanți, având în vedere că dublurile urmau a fi invalidate și repartizate aleatoriu între toți 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 Națională 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 înțelegerii, numărul total de dubluri, dar se așteptau ca acest număr să fie mare.

Prin urmare, nu poate fi reținut caracterul nesemnificativ al numărului de dubluri ce urmau să se înregistreze și nici al avantajelor obținute, având în vedere că intenția administratorilor era de a obține profit, iar acordurile de mediere a dublurilor erau încheiate în vederea obținerii unui rezultat pozitiv.

Se poate concluziona astfel potrivit primei instanțe, că medierea participanților înregistrați ca dubluri între administratorii fondurilor private obligatorii, mediere realizată, în fapt, printr-o înțelegere de împărțire 50%-50% a acestor dubluri, a avut un potențial de afectare, respectiv de denaturare a concurenței pe piața administrării private a pensiilor obligatorii. Potențialul de afectare a vizat o situație de fapt în care s-au aplicat principiile liberei concurențe, în sensul că s-a prevăzut ca repartizarea aleatorie a dublurilor să se realizeze în funcție de cota de

pieță obținută de administratori în urma concurenței efective.

Susținerile reclamantei potrivit cărora autoritățile ar fi stabilit o procedură care ar fi cuprins obligația administratorilor de a negocia împărțirea dublurilor între ei, sunt neîntemeiate.

Din înscrisurile depuse la dosar rezultă, reține aceeași instanță, că administratorii fondurilor de pensii private obligatorii s-au implicat din proprie inițiativă în comportamentul anticoncurențial și au hotărât ca „medierea” să se realizeze prin împărțirea dublurilor. Astfel, administratorii, printre care și reclamanta, au acționat în deplină libertate decizională, împărțirea dublurilor fiind exclusiv rezultatul voinței acestora.

Acțiunile autorității de reglementare nu au fost de natură a înlătura posibilitatea administratorilor de a adopta un comportament conform normelor în materia concurenței și nu pot constitui o cauză de înlăturare a răspunderii contravenționale a reclamantei.

Apărările reclamantei în sensul că modul în care au procedat administratorii fondurilor de pensii private obligatorii în privința dublurilor ar fi fost recomandat de CSSPP sunt contrazise și de aspectele reținute 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 soluția medierii, ci printre alte probleme, a semnalat participanților aspectul aderărilor multiple, arătând că dublurile din prima raportare se regăsesc și 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 posibilități pentru a soluționa 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 mulți administratori. Ca răspuns, unii administratori au semnalat autorității de reglementare faptul că participanții refuză să dea declarații notariale în situațiile în care există suspiciuni de fals. În acest context, reprezentantul CSSPP a menționat 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 declarație notarială privind opțiunea sa, recomandându-se administratorilor să medieze situația celor invalidați.

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

Totodată, din conținutul corespondenței purtate între CSSPP și administratori, inclusiv a e-mailurilor din 15.01.2008 și 04.02.2008, nu se poate reține că autoritatea de reglementare a acceptat alocarea dublelor opțiuni 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 voința reală a participantului, și nu de a-și împărți clienții.

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

Comportamentul anticoncurențial al administratorilor fondurilor de pensii private obligatorii ce a fost sancționat prin decizia contestată, nu poate fi justificat de cerințe legislative, care să exonereze de răspundere contravențională societățile implicate, inclusiv reclamanta.

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

De asemenea, curtea de apel a considerat că prin decizia contestată s-a reținut în mod corect și încălcarea dispozițiilor 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 aparținând Spațiului Economic European, fiind exceptată de la cerința autorizării de către CSSPP.

Administratorii autorizați în România pot primi contribuții de la participanți și angajatori dintr-un alt stat membru al Uniunii Europene sau aparținând Spațiului Economic European. O practică anticoncurențială care afectează întreaga piață a administrării fondurilor de pensii private obligatorii din România, este susceptibilă să afecteze și cetățenii altor state membre ale Uniunii Europene și implicit, comerțul între statele membre.

În cauză, având în vedere repartizarea în teritoriu a societăților de administrare a fondurilor de pensii obligatorii administrate privat și a participanților, piața relevantă geografică a fost definită ca fiind piața națională, care reprezintă astfel o parte substanțială a pieței comune. În ceea ce privește înțelegerile orizontale care privesc un

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

Existența unei înțelegeri având ca obiect împărțirea clienților înregistrați ca dubluri s-a reținut pentru un număr de 14 dintre cele 18 societăți 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 participanți, cei 14 administratori cumulau peste 90% din piața 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 potențial de afectare a comerțului statelor membre.

În privința considerării administratorilor ca fiind societăți financiare, s-a reținut că în mod corect în decizia contestată au fost avute în vedere dispozițiile 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 piața de capital, ale art.7 alin.(1) pct.14 și art.18 alin.(1) lit.k) din O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit, din coroborarea cărora rezultă că natura activității societăților de administrare este similară celei desfășurate de instituțiile financiare. Ca urmare, la stabilirea amenzilor aplicate administratorilor fondurilor de pensii private, cifra de afaceri a fost înlocuită cu a zecea parte din valoarea bilanțului acestora, conform art.65 lit.a) din Legea nr.21/1996, în forma în vigoare la data deliberărilor cu privire la contravenția 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 dispozițiile 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 Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art.56 din Legea nr.21/1996. Totodată, întrucât s-a reținut că fapta săvârșită a avut durata mai mică de un an, nivelul de bază al amenzii stabilit în funcție de gravitatea și durata faptei a fost de 4% din cifra de afaceri a societății reclamante. De asemenea, nivelul de bază al amenzii a fost diminuat cu 50% prin reținerea unei circumstanțe 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 sentinței nr.4696 din 6.07.2011 a Curții de Apel București – Secția 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, dispozițiile art. 304¹ Cod procedură civilă.

Recurenta critică, în principal, modul în care au fost aplicate prevederile art. 5 din Legea nr. 21/1996 a concurenței și art. 101 din TFUE, susținând că sentința nu este motivată corespunzător și cuprinde aprecieri greșite în evaluarea și calificarea înțelegerii dintre administratori cu privire la împărțirea dublurilor, considerată eronat anticoncurențială prin obiect.

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

la nici un fond de pensii, participanții cu acte de aderare duble își exprimaseră preferințele pentru anumite fonduri, așa încât împărțirea 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 intenția comercială de a-i transforma pe potențialii participanți în participanți finali pentru maximizarea profitului, dar nu a restricționat în niciun mod, direct sau indirect, pe ceilalți administratori și nici pe participanți, care se puteau transfera la alți administratori.

Referitor la numărul dublurilor și impactul înțelegerii asupra structurii pieței, recurenta combate concluzia la care a ajuns prima instanță, insistând asupra modificării ne semnificative a cotelor de piață ale administratorilor: de numai 0,01-0,23%, ca efect al înțelegerii incriminate, împrejurare care nu susține ideea unei denaturări „considerabile” a concurenței. Mai arată că în cadrul întâlnirii din 12 noiembrie 2007 dintre reprezentanții administratorilor și reprezentanții CSSPP și CNPAS i s-a adus la cunoștință că „există aproximativ 75.000 de dubluri”, în realitate 58.000 de dubluri, număr ne semnificativ față de numărul total de participanți: 4.000.000.

Apărările Consiliului Concurenței

Prin întâmpinarea formulată, intimatul a solicitat respingerea recursului ca nefondat, însușindu-și considerentele esențiale ale sentinței care conduc la concluzia că Decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. 39/2010 este legală atât în privința incidenței dispozițiilor art. 5 alin.(1) lit.c) din Legea concurenței și a dispozițiilor art. 101 TFUE, cât și în partea referitoare la amenda stabilită în sarcina „E”.

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

înțelegerii prin obiectul său, afectarea concurenței fiind implicită; prin însăși natura sa, fapta are capacitatea de a denatura concurența pe piața pensiilor private obligatorii într-un moment esențial al formării acestei piețe.

Referitor la cadrul legal relevant, intimatul a arătat că Norma nr. 18/2007 reglementa repartizarea aleatorie de către Casa Națională de Pensii și Asigurări Sociale la unul din fondurile administrate privat, direct proporțional 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 piață, având scopul de a păstra poziția pe piață a administratorilor, astfel cum aceasta fusese obținută în urma concurenței libere și corecte între aceștia.

Intimatul a mai susținut în conturarea aceleiași idei că specificul aparte al pieței pe care s-a realizat înțelegerea, prin prisma momentului și a modului în care s-a constituit aceasta, precum și interesul administratorilor în privința modalităților de soluționare a problemei dublurilor, în contextul incertitudinii, la momentul realizării înțelegerii, asupra numărului de dubluri care se vor înregistra – ei așteptându-se să fie foarte mare – sunt elemente care au fost judicios analizate de prima instanță și justifică soluția adoptată.

În privința caracterului „nesemnificativ” al numărului de dubluri și al avantajelor obținute, invocate de recurentă, intimatul a arătat că acestea sunt constatări ulterioare faptei de împărțire a dublurilor și se poate spune că sunt rezultatul hazardului, nicidecum al intenției părților. Fără a nega în mod absolut că administratorii ar fi avut în vedere și respectarea voinței participanților –dubluri, intimatul consideră că scopul principal al acordurilor de „mediere” l-a reprezentat obținerea unui număr cât mai mare

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

Legat de incidența în cauză a dispozițiilor art. 101 din TFUE, intimatul a arătat că s-a reținut în mod corect aptitudinea acordului de a afecta comerțul dintre statele membre, fiind îndeplinite condițiile indicate în Orientările Comisiei Europene privind conceptul de efect asupra comerțului 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 ședința publică de la 19 octombrie 2012: proiectul Normei privind aderarea inițială și evidența participanților la fondul de pensii administrat privat din data de 1 iunie 2007 și observațiile 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 Concurenței și șeful catedrei de Economie a Universității Politehnice București și de prof. PJS, profesor de drept european, specializat în dreptul concurenței, la Facultatea de Drept a Universității din L, Olanda.

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

S-a prezentat pe larg contextul în care a intervenit între administratori înțelegerea de împărțire a dublurilor, impactul acesteia, precum și jurisprudența CJUE relevantă, fiecare dintre părțile litigante orientându-și

argumentația în susținerea punctului său de vedere.

Considerentele Înaltei Curți asupra recursului

Examinând sentința atacată prin prisma criticilor formulate de recurentă, a apărărilor din întâmpinare, cât și sub toate aspectele, în temeiul art. 304¹ Cod procedură civilă, având în vedere ansamblul probator administrat în primă instanță și în recurs, concluziile scrise, precizările și punctele de vedere exprimate în recurs, jurisprudența 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 acțiunii 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 Concurenței, din perspectiva recurentei-reclamante „E”, amendată cu 382.215 lei.

Prin acest act administrativ au fost sancționate cu amenzi contravenționale 14 societăți comerciale – administratori ai fondurilor de pensii private, din cele 18 existente pe piață, constatându-se încălcarea dispozițiilor art. 5 alin.(1) lit.c) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată și a art. 101 din TFUE prin încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale având ca obiect împărțirea clienților.

În esență, s-a reproșat societăților comerciale implicate, că înțelegerea pe care au avut-o pentru repartizarea participanților cu aderare dublă a avut ca obiect o restrângere a concurenței pe piața fondurilor de pensii private obligatorii, denaturând structura unei piețe în formare.

Articolul 5 alin.(1) din legea națională a concurenței, similar art. 101(1) din Tratat, interzice 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 ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care urmăresc împărțirea piețelor de desfacere sau a surselor de aprovizionare pe criteriu teritorial, al volumului de vânzări și achiziții ori pe alte criterii.

Pornind de la formularea textelor legale, din care rezultă cu claritate că obiectul anticoncurențial și efectul anticoncurențial nu reprezintă condiții cumulative, ci condiții alternative ale interdicției, prima instanță a achiesat la punctul de vedere al Consiliului Concurenței, exprimat prin decizia atacată, potrivit căruia „fiind o înțelegere al cărei obiect este împărțirea clienților, aceasta cade **în mod automat** sub incidența interdicției prevăzute de art. 5 alin.(1) din lege”.

Cu alte cuvinte, s-a reținut că înțelegerea dintre administratori privind clienții cu duble aderări a avut ca obiect restrângerea concurenței per se, fără a se analiza contextul juridic și economic în care a intervenit și potențialul anticoncurențial.

Înalta Curte nu împărtășește această abordare.

În decursul jurisprudenței sale, CJUE a stabilit că acordurile care au ca obiect restrângerea concurenței sunt acele acorduri care prin natura lor sunt „dăunătoare pentru buna funcționare a concurenței normale” (cauza C-209/07 Irish Beef), având „un potențial ridicat de efecte negative asupra concurenței” 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 concurența prin natura sa, trebuie luate în considerare: „conținutul acordului”, „scopurile obiective ale acestuia”, „contextul” juridic și economic „în care se aplică/urmează a fi aplicat acordul”, „comportamentul efectiv al părților pe piață”, precum și aptitudinea acestuia de a „afecta semnificativ condițiile de piață” (condiții 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 concurenței prin obiect, dar nici nu pot fi ignorate complet efectele potențiale ale acestuia, câtă vreme trebuie demonstrat că este „apt ca, într-un caz particular, (...) să împiedice, să restrângă sau să denatureze concurența pe piață” (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 obligația să adere și la un fond de pensii administrat privat iar persoanele cu vârsta cuprinsă între 35 și 45 de ani au avut opțiunea 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 inițiativă, sau în urma repartizării sale de către instituția de evidență.

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 societăți 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 participanților au fost reglementate de Norma nr. 18/2007 privind aderarea inițială și evidența participanților 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 obținerii de cât mai multe acte individuale de aderare din partea potențialilor participanți.

Problema care a generat litigiul de față a fost determinată de existența unor persoane înregistrate ca „dubluri”, adică participanți care, din diferite motive, semnasera 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, proporțional cu cota de piață obținută de administratori în perioada de aderare voluntară inițială.

Prealabil, administratorii aveau obligația de a verifica autenticitatea actelor de aderare ale participanților dublați și posibilitatea de a re-raporta pe aceia care și-

au manifestat intenția de a adera la un anumit fond.

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

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

Acesta este contextul particular în care, începând cu luna noiembrie 2007, administratorii s-au înțeles 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 împărțirea dublurilor în mod aleatoriu, proporțional cu cota de piață obținută de administratori în perioada inițială de aderare.

Referitor la comportamentul părților implicate; conținutul și scopurile acordului

Un argument important în economia soluției pronunțate de prima instanță l-a reprezentat atitudinea subiectivă a administratorilor fondurilor de pensii administrate privat.

S-a reținut, preluându-se poziția Consiliului Concurenței, că încă înainte de începerea perioadei de aderare inițială, 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 împărțire 50%-50%, incertitudinea încă exista, estimându-se foarte multe situații de acest gen.

Acest considerent ignoră însă numărul nesemnificativ de dubluri existente anterior datei medierii, 75.000 față 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 înțelegerea analizată între administratori, aceștia nu se puteau aștepta la o altă rată a dublurilor față 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 participanți) și nu se poate reține în mod rezonabil că au urmărit influențarea structurii finale a pieței doar prin împărțirea semnăturilor duble.

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

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

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

concurenței, 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 împărțire a „dublurilor”, cel legal și cel stabilit prin înțelegerea sancționată de Consiliul Concurenței, dezvoltate pe larg de recurenta-reclamantă, Înalta Curte reține ca deosebit de relevantă împrejurarea că algoritmul adoptat de administratori, de alocare pe baze egale a dublurilor, a fost consfințit 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 susținerile intimatului-pârât din concluziile scrise depuse la data de 24 octombrie 2012, conform cărora conceptul de „apreciabilitate” a afectării potențiale a concurenței reprezintă doar o condiție de incidență, a art. 101 din tratat, norma națională necuprinzând o atare condiționare, Înalta Curte constată că acestea sunt contrazise chiar de Instrucțiunile sale privind aplicarea art. 5 alin.(2) din Legea Concurenței, potrivit cărora *„restricționările prin obiect sunt cele care, chiar prin natura lor, pot afecta concurența în sensul restrângerii, împiedicării sau denaturării acesteia. Este vorba despre restricții care, din perspectiva obiectivelor urmărite de regulile de concurență, **au un potențial anticoncurențial 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 pieței.”*

Nu în ultimul rând, instanța de recurs observă că în practica anterioară a Consiliului Concurenței analiza pe

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

De exemplu, prin decizia adoptată în cauza Asociației Distribuitorilor și Importatorilor de Medicamente și Asociației Distribuitorilor de Medicamente din România, ce a închis investigația declanșată prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 406/27 octombrie 2008 pe piața distribuției de produse farmaceutice, în motivarea soluției administrative s-a arătat că „ *natura anticoncurențială a obiectului înțelegerii rezultă nu din intenția subiectivă a părților la momentul realizării acordului de voință, ci din conținutul 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 concurențiale*”.

Conchizând, Înalta Curte reține că în raport de scopul real al alocării „dublurilor”, conținutul acordului, contextul economic și juridic în care a intervenit și inexistența unui potențial de afectare a concurenței, soluția la care a ajuns prima instanță este greșită.

Temeiul legal al soluției instanței 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 sentința în sensul admiterii acțiunii și anulării Deciziei nr. 39/7.09.2010 a Consiliului Concurenței în ceea ce o privește pe reclamanta S.C. „E – Societate de Administrare a Fondurilor de Pensii Private” S.A. București.