Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. WAHL
представено на 23 април 2015 година [1]

Дело C-172/14

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

(Преюдициално запитване, отправено от Înalta Curte de Casație și Justiție (Румъния)

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Картели — Механизми за разпределяне на клиентите на румънския пазар на фондовете за допълнително задължително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти — Наличие на ограничаване на конкуренцията с оглед на „целта“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС — Засягане на търговията между държави членки“

1. Настоящото дело е образувано във връзка със спор между ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (наричано по-нататък „ING Pensii“), дружество, управляващо частен пенсионен фонд, и Consiliul Concurenței (румънския Съвет по конкуренцията) по повод искане за отмяна на решение, с което на дружеството е наложена глоба заради участието му в споразумение, имащо за цел да ограничи конкуренцията на пазара на частните пенсионни фондове. Решението се отнася по-специално до споразуменията, постигнати от дружествата, управляващи частни фондове за допълнително задължително пенсионно осигуряване, относно разпределянето на дублираните заявления, тоест на заявленията от лица, които в нарушение на приложимите в тази област правила или поради небрежност от страна на някои търговски представители са се присъединили към два или повече фонда през първоначалния период на присъединяването, извършено съгласно закона през 2007 г., наричани по-нататък „дублираните заявления“.

2. Настоящото преюдициално запитване, до голяма степен мотивирано от наличието на различно тълкуване сред румънските юрисдикции, е повод Съдът да внесе някои уточнения относно понятията за ограничаване „с оглед на целта“ и за значително засягане на конкуренцията. То по-специално дава възможност да се припомнят обстоятелствата, които следва да се отчитат, и методът за анализ, който трябва да се приложи, за да се установи дали определено споразумение е антиконкурентно с оглед на целта си по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

I – **Националната правна уредба**

3. Системата за разпределение на дублираните заявления, която е предмет на разглеждане в случая, се вписва в рамките на румънското национално законодателство в областта на създаването, организацията и функционирането на пазара на фондовете за допълнително задължително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти.

4. Приложимото национално право безспорно се характеризира с известна сложност. Без претенции за изчерпателност и за нуждите на анализа по-долу следва да се подчертаят следните обстоятелства.

A – *Общи правила за присъединяването към частни пенсионни фондове*

5. Пенсионната система в Румъния е изградена по следния начин:

— първи стълб: основан на преразпределението задължителен компонент, управляван публично,

— втори стълб: основан на капитализацията задължителен компонент, управляван от частни акционерни дружества с предмет на дейност управление на пенсионни фондове и уреден от Закон № 411/2004 относно частно управляваните пенсионни фондове (legea privind fondurile de pensii administrate privat)[2],

— трети стълб: основан на капитализацията факултативен компонент, също управляван от частноправни субекти.

6. В приложение на Закон № 411/2004 в периода между 25 юли 2007 г. и 9 октомври 2007 г. 18 търговски дружества с изключителен предмет на дейност управление на пенсионни фондове са лицензирани от Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (Комисия за надзор на системата на частните пенсии) (наричана по-нататък „CSSPP“), като в Румъния всяко от тях може да управлява само по един пенсионен фонд.

7. В съответствие с член 30, алинея 1 от Закон № 411/2004 лицата на възраст до 35 години, които внасят осигурителни вноски в обществената пенсионна система (първи стълб), трябва да се присъединят и към пенсионен фонд, управляван от частноправен субект (втори стълб).

8. Към втория стълб не могат да се присъединяват лицата, навършили 45 години, или лицата, които не внасят осигурителни вноски в обществената пенсионна система (първи стълб). Лицата на възраст между 35 и 45 години, които внасят осигурителни вноски в първия стълб, могат по свой избор да участват или не във втория стълб (член 30, алинея 2 от Закон № 411/2004). Независимо от вноските в първия и втория стълб всяко физическо лице може да прави вноски в третия стълб, въпреки че това не може да замени вноските на лицата, които са задължени да ги правят, в първия и втория стълб.

9. Що се отнася до участниците във втория стълб, чието положение единствено е предмет на разглеждане в главното производство, член 31 от Закон № 411/2004 предвижда, че едно лице не може да участва едновременно в няколко пенсионни фонда, като може да притежава една-единствена партида в пенсионния фонд, в който участва.

2 — Закон № 411/2004, повторно публикуван в *Monitorul Oficial al României*, бр. 482, 18 юли 2007 г., изменен и допълнен с Извънредно правителствено постановление № 112/2007, публикувано в *Monitorul Oficial al României*, бр. 710, 22 октомври 2007 г. (наричан по-нататък „Закон № 411/2004“).

10. В съответствие с член 32, алинея 1 от Закон № 411/2004 лицето придобива качеството участник в пенсионен фонд едва с подписването на индивидуално заявление за участие, по собствена инициатива или в резултат от разпределянето му от надзорната институция.

11. Съгласно член 33 от Закон № 411/2004, лицето, което не се е присъединило към някой от частните пенсионни фондове в определен срок, се разпределя на случаен принцип от надзорната институция в един от пенсионните фондове. Това разпределение се извършва пропорционално на пазарните дялове на всяко от управляващите дружества (член 33, алинея 2).

Б – *Специфични правила относно първоначалното присъединяване към частен пенсионен фонд, относно процедурата по потвърждаване на присъединяването и относно случайното разпределение на неразпределените участници*

12. Процедурата за първоначално присъединяване към частен пенсионен фонд, както и за потвърждаване и случайно разпределение на участниците се уреждат с Инструкция № 18/2007 относно първоначалния избор и воденето на отчет на участниците в частно управляваните пенсионни фондове[3], изменена и допълнена с Инструкция № 31/2007[4], наричана по-нататък „Инструкция № 18/2007“.

13. Съгласно член 17, параграф 1 от Инструкция № 18/2007, процедурата за първоначално присъединяване към пенсионен фонд, управляван от частноправен субект, е трябвало да се осъществи в рамките на период от 4 месеца, който е започнал на 17 септември 2007 г. и е приключил на 17 януари 2008 г. (член 5, алинея 6 от Инструкция № 18/2007). През посочения период лицата, които преди 31 декември 2007 г. не са навършили 35-годишна възраст или които са навършили тази възраст на същата дата, са длъжни, когато отговарят и на определени условия, да се присъединят към частен пенсионен фонд (член 4, алинея 1 и член 5, алинея 3 от Инструкция № 18/2007).

14. Що се отнася до процедурата за потвърждаване и случайно разпределение на участниците (членове 19—31 от Инструкция № 18/2007), Инструкция № 18/2007 предвижда, че управляващите дружества са задължени да представят на Националната пенсионно-осигурителна каса (Casa Națională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale, наричана по-нататък „CNPAS“) два пъти месечно (на 1-во и 15-то число от всеки месец) доклад с информация относно лицата, които са подписали индивидуално заявление за присъединяване в рамките на двете седмици, предхождащи изготвянето на този доклад. Ако от изпращаните два пъти месечно доклади се установи, че определено лице в докладите, изпратени от един или няколко управляващи дружества, е подписало няколко индивидуални заявления за присъединяване, или ако се установи, че неговото присъединяване е било временно одобрено в рамките на предходни доклади, CNPAS включва съответното лице в електронната таблица на дублираните заявления (член 21, алинея 1 от Инструкция № 18/2007). В такъв случай дружествата, управляващи фондове, са задължени по закон да проверят автентичността на индивидуалното заявление за присъединяване и на копието от личната карта, подписани саморъчно от лицето, за което е установено, че е подписало няколко индивидуални заявления за присъединяване, и в случай че автентичността на заявлението бъде установена, в следващия изпращан два пъти всеки месец доклад управляващото дружество може отново да представят на CNPAS данните относно присъединяването на това лице.

3 — Публикувана в *Monitorul Oficial al României*, бр. 503, 27 юли 2007 г.

4 — Публикувана в *Monitorul Oficial al României*, бр.746, 2 ноември 2007 г.

15. В края на процедурата за първоначално присъединяване лицата, чието присъединяване е временно потвърдено, се регистрират като лица с потвърдено участие, а лицата, за които е установено, че са подписали повече от едно индивидуално заявление за присъединяване, се вписват в регистъра на участниците като невалидни и се разпределят на случаен принцип [5]. Следователно случайното разпределение следва да се прилага по отношение на лицата, които, макар да са били задължени да се присъединят към частен пенсионен фонд на етапа на първоначално присъединяване, не са направили това, както и по отношение на лицата, вписани в регистъра като лица, чието присъединяване не е потвърдено. Разпределението в частен фонд се извършва от CNPAS, право пропорционално на броя лица с потвърдено присъединяване във всеки частен пенсионен фонд спрямо общия брой лица с потвърдено присъединяване във всички частни пенсионни фондове.

16. Инструкция № 31/2007, която изменя и допълва Инструкция № 18/2007, освен това предвижда, че управляващите дружества са задължени да уведомят участниците в срок от петнадесет дни от датата на потвърждаване за кой пенсионен фонд е потвърдено присъединяването им. Ако уведомените участници не са подписали индивидуално заявление за присъединяване към посочения фонд, те имат възможност да внесат писмена молба в CSSPP, която след произнасяне по нея уведомява управляващото дружество относно присъединяването или не на участника в съответния частен пенсионен фонд.

II – **Обстоятелствата в основата на спора и преюдициалният въпрос**

17. ING Pensii е дружество на частното право, което управлява пенсионен фонд. То по-специално осъществява дейност на пазара на допълнителното задължително пенсионно осигуряване в Румъния.

18. Настоящото дело е образувано по повод проверка на Consiliul Concurenței относно евентуално нарушение на член 5, алинея 1 от Закона за конкуренцията (legea concurenței) № 21/1996 [6] и на член 81 ЕО (понастоящем член 101 ДФЕС) на пазара в Румъния на фондовете за задължително допълнително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти (втори стълб).

19. В резултат от проверката Consiliul Concurenței стига по-специално до извода, че на посочения пазар са налице антиконкурентни картели с цел подялбата на клиенти между търговските дружества, управляващи посочените фондове.

20. С решение № 39 от 7 септември 2010 г. Consiliul Concurenței санкционира 14 от тях, сред които и жалбоподателя. Разглежданите споразумения, сключвани най-често двустранно, но в най-различни форми, се отнасят до дублираните заявления. Сключвайки тези споразумения, управителите на частните пенсионни фондове разпределили помежду си дублираните заявления поравно (по критерия 50/50), с което се опитали да заобиколят разпределянето на дублирани заявления от CNPAS.

5 — В резултат от измененията, внесени с Инструкция № 31/2007, потвърждаването или непотвърждаването на присъединяването за лицата, подписали повече от едно заявление за присъединяване, се извършва ежемесечно, на 15 ноември (за представяните два пъти месечно доклади от 1 и 15 октомври и 15 ноември), на 15 декември (за докладите от 1 и 15 декември) и на 17 януари 2008 г. (за представяните два пъти месечно доклади от 1 и [1]5 януари 2008 г.).

6 — Закон със съответни изменения и допълнения, публикуван повторно (*Monitorul Oficial al României*, бр. 240, 3 април 2014 г.). Съгласно посочената разпоредба „[з]абранени са всякакъв вид изрични или негласни споразумения между стопанските субекти или сдруженията на стопански субекти, всякакъв вид решения на сдружения на стопански субекти, както и всякакъв вид съгласувани практики, които имат за цел или резултат ограничаване, предотвратяване, или нарушаване на конкуренцията на румънския пазар или на част от него, и по-конкретно тези, които преследват [...]
в) подялба на пазарите или на доставчиците [...]“.

21. На 4 октомври 2010 г. в производството пред Curtea de Apel Bucureşti (Апелативен съд, Букурещ) ING Pensii е поискало, като главно искане, отмяна на Решение № 39 и при условията на евентуалност, частична отмяна на същото с цел да се намали размерът на наложената глоба.

22. Дружеството жалбоподател посочва, че въпросното споразумение не противоречи на член 5, алинея 1 от Закона за конкуренцията и че условията за прилагане на член 101, параграф 1 ДФЕС също не са изпълнени. То поддържа по-специално, че разпределението на регистрираните като „дублирани заявления“ не е породило никакви последици, изразяващи се в ограничаване, предотвратяване или нарушаване на конкуренцията на румънския пазар на фондовете за задължително допълнително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти, или на значителна част от този пазар. ING Pensii поддържа също, че конкуренцията между дружествата, управляващи частни пенсионни фондове, не е била премахната, тъй като те са се конкурирали през първоначалния период на присъединяване.

23. От своя страна Consiliul Concurenței посочва, че за да се установи антиконкурентният характер на споразумението, постигнато между дружествата, управляващи частни пенсионни фондове, сред които и ING Pensii, следва да се има предвид правната уредба относно създаването и функционирането на пазара на фондовете за задължително допълнително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти, както и спецификите на пазара, на който това споразумение е постигнато.

24. С решение № 749 от 6 февруари 2012 г. Curtea de Apel Bucureşti отхвърля жалбата на ING Pensii.

25. Дружеството жалбоподател подава касационна жалба до запитващата юрисдикция. То поддържа по-специално, че изборът на алгоритъм за разпределение на дублираните заявления, различен от предвидения в закона, не съставлява нарушение на Закона за конкуренцията, а най-много нарушение на специалното законодателство в областта на допълнителното задължително пенсионно осигуряване. Освен това, тъй като споразумението е било ограничено до разпределянето на дублираните заявления, то не можело да засегне конкуренцията на въпросния пазар, тъй като дублираните заявления, които са съставлявали по-малко от 1,5 % от пазара, не били предмет на конкуренция между дружествата, управляващи частни пенсионни фондове.

26. ING Pensii поддържа също, че няма нито практически, нито икономически интерес от разпределението в равни части на дублираните заявления, тъй като още към 15 октомври 2007 г. е имало най-голям пазарен дял. Освен това споразумението имало положителни последици, защото довело до повишаване ефективността на процеса на присъединяване към частните фондове за задължително допълнително пенсионно осигуряване, тъй като възможността да бъде съобразен изборът на участниците била по-голяма, отколкото при случайното разпределение.

27. Накрая, жалбоподателят посочва, че в случая не било доказано затварянето на националния пазар на частните фондове за допълнително задължително пенсионно осигуряване като последица от избора на различен алгоритъм за разпределение на дублираните заявления. Тъй като ставало въпрос за споразумение, което обхваща процент с маргинална величина на румънския пазар, било ясно, че реалните или потенциалните резултати от него са несъществени и в никакъв случай не са можели да произведат резултати на пазара на Европейския съюз.

28. Consiliul Concurenței е поискал касационната жалба да бъде отхвърлена, като по същество поддържа, че споразумението за разпределение на дублираните заявления е можело да наруши конкуренцията на пазара на частните фондове за задължително допълнително пенсионно осигуряване и поради това е антиконкурентно с оглед на целта си. Според посочения орган

възможността определено споразумение да породи отрицателни резултати и констатирането на нарушение, изразяващо се в подялба на пазарите или доставчиците, не зависят от броя на действително разпределените клиенти, тъй като този аспект бил свързан с конкретните резултати от съответния картел.

29. При тези обстоятелства запитващата юрисдикция решава да спре производството и да отправи до Съда следния преюдициален въпрос:

„В случаите на практика за подялба на клиенти релевантен ли е техният конкретен краен брой от гледна точка на изпълнението на условието за съществено засягане на конкуренцията по смисъла на разпоредбите на член 101, параграф 1, буква в) от ДФЕС?“.

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, румънското правителство и Европейската комисия представят писмени становища в производството пред Съда и са изслушани по време на заседанието от 11 февруари 2015 г.

III – **Анализ на преюдициалния въпрос**

31. С настоящото преюдициално запитване от Съда е поискано да посочи дали и в каква степен броят на лицата, засегнати от споразумение за разпределение като разглежданите в главното производство, е релевантно обстоятелство с оглед преценката дали такива споразумения попадат под действието на забраната на картелите по член 101, параграф 1 ДФЕС.

32. С оглед на данните, предоставени от запитващата юрисдикция, се налагат две предварителни уточнения.

33. На първо място, моето мнение е, че макар в спора, предмет на главното производство, да изглежда, че се разглежда единствено прилагането на румънските национални разпоредби в областта на конкуренцията, а именно член 5, алинея 1 от Закона за конкуренцията, очевидно се налага отправеният въпрос да се обяви за допустим. В случая ING Pensii оспорва приложимостта на член 101 ДФЕС, но запитващата юрисдикция е отхвърлила това възражение. Тъй като същността на делото са именно условията за прилагане на посочената разпоредба, възприетият от запитващата юрисдикция подход може само да бъде споделен.

34. От друга страна, следва да се има предвид, че в действащата си редакция посочената национална разпоредба възпроизвежда почти дословно забраната за ограничаващи конкуренцията споразумения, установена в член 101, параграф 1 ДФЕС. При това положение смятам, че в традицията на разрешенията, възприети в редица съдебни прецеденти, свързани с ограничителни практики в резултат от прилагането на националната уредба в областта на конкуренцията[7], настоящото преюдициално запитване следва да бъде обявено за допустимо. Действително налице е несъмнен интерес на Съюза от еднакво тълкуване на възприетите въз основа на правото на Съюза разпоредби или понятия, независимо от изискванията за прилагането им, за да се избегнат последващи различия в тълкуването[8].

35. На второ място, следва да се отбележи, че макар същността на спора да изглежда свързана с въпроса относно наличието по делото, предмет на главното производство, на ограничение на конкуренцията „с оглед на целта“ и на който ще бъде посветена по-голямата част от изложението в настоящото заключение, общите понятия, използвани от запитващата

7 — Вж. по-специално решения Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, т. 12—22), Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, т. 13—23), ETI и др. (C-280/06, EU:C:2007:775, т. 19—29) и Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 17—23).

8 — Вж. решение Allianz Hungária Biztosító и др. (EU:C:2013:160, т. 20 и цитираната съдебна практика).

юрисдикция при формулирането на преюдициалния въпрос, са причина да се спра по-общо на условието за съществено засягане на конкуренцията. Впрочем запитващата юрисдикция подчертава, че в случая следва да се произнесе както относно антиконкурентния характер на разглежданото споразумение, така и по въпроса дали споразуменията за разпределение на дублираните заявления са могли да изменят структурата на пазара на фондовете за задължително допълнително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти, нарушавайки я съществено.

А – *По релевантността на броя конкретно визирани от спорните споразумения лица при определяне дали е налице ограничаваща конкуренцията цел*

36. В случая, за да се отговори на поставения от запитващата юрисдикция въпрос, според мен е необходимо, след като бъде припомнена релевантната съдебна практика, да се направи преглед на спорните споразумения за подялба. Макар в крайна сметка единствено запитващата юрисдикция да е компетентна да се произнесе дали тези споразумения могат да попаднат под забраната на картелите по член 101, параграф 1 ДФЕС, от Съда е поискано да подпомогне с разяснения националния съд, който следва да установи дали тези споразумения са антиконкурентни с оглед на целта си, или, ако това не е така, дали водят до антиконкурентни резултати.

1. Припомняне на установената съдебна практика

37. Следва да се припомни, че за да попадне в приложното поле на забраната по член 101, параграф 1 ДФЕС, споразумение, решение на сдружение на предприятия или съгласувана практика трябва да има „за своя цел *или* резултат“ [9] предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар.

38. Според постоянната съдебна практика, установена още с решение LTM [10], алтернативният характер на това условие, посочен посредством съюза „или“, води на първо място до необходимостта да се разгледа самата цел на споразумението, като се има предвид икономическият контекст, в който то е предназначено да се прилага. В този смисъл, когато антиконкурентната цел на дадено споразумение е установена, не е необходимо да се разглеждат последиците, които то има за конкуренцията.

39. Отново от постоянната съдебна практика, убедително припомнена наскоро по делото, по което е постановено решение CB/Комисия [11], става ясно, че от своя страна разграничението между нарушенията „с оглед на целта“ и нарушенията „с оглед на резултата“ произтича от обстоятелството, че някои видове съгласуване между предприятия показват *достатъчна степен на засягане* на конкуренцията, за да може да се счита, че *не е необходимо да се разгледат техните последици*.

40. В това отношение вече е ясно установено, че определени форми на съгласуване между предприятията могат да се разглеждат като увреждащи по самото си естество доброто функциониране на нормалната конкуренция. Следователно трябва да се приеме, че за някои тайни действия като тези, които водят до хоризонтално ценообразуване от картелите, може да се счита, че е възможно да имат негативни последици по-специално върху цената, количеството или качеството на стоките и услугите до такава степен, че не е необходимо за целите на

9 — Курсивът е мой.

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

прилагането на член 101, параграф 1 ДФЕС да се доказват техните конкретни последици върху пазара. Всъщност опитът показва, че подобни действия водят до намаляване на производството и увеличаване на цените, при което се стига до лошо разпределяне на суровините в ущърб по-специално на потребителите [12].

41. За да се прецени дали определено споразумение между предприятия или решение на сдружаване на предприятия има достатъчна степен на вредност, за да се счита за ограничаване на конкуренцията „с оглед на целта“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС, следва да се разгледат съдържанието на неговите разпоредби, целите, които то се стреми да постигне, както и икономическият и правен контекст, в който то се вписва. При преценката на този контекст следва също да се вземе предвид естеството на засегнатите стоки или услуги, както и реалните условия на функционирането и структурата на съответния пазар или пазари. Освен това, макар и намерението на страните да не представлява необходим елемент за установяване на ограничителния характер на споразумение между предприятия, няма забрана органите в областта на конкуренцията или националните юрисдикции и тези на Съюза да го вземат предвид [13].

42. Както посочих в заключението си по дело CB/Комисия [14], макар по-стандартните съображения, до които води използването на понятието за ограничаване „с оглед на целта“ да предполагат подробно и индивидуално изследване на спорното споразумение, то трябва да се различава ясно от изследването на действителните или на потенциалните последици от оспореното поведение на предприятията.

43. Според мен отчитането на икономическия и правен контекст при установяване на антиконкурентната цел трябва, с риск да се затрудни правилния прочит на член 101, параграф 1 ДФЕС, ясно да се разграничи от доказването на антиконкурентните резултати съгласно втората част на алтернативата, съдържаща се в тази разпоредба. Отчитането на контекста при установяването на антиконкурентната цел може само да потвърди или да неутрализира самото изследване на условията на предполагаемия картел. То не може в никакъв случай да компенсира липсата на действително установяване на антиконкурентна цел чрез доказване на потенциалните последици от разглежданите мерки. С други думи, независимо от съществуващото концептуално сходство между двете части на тази алтернатива, когато се установява ограничаване „с оглед на целта“, прибягването до икономическия и правен контекст не може да доведе до квалификация в тежест на обвинените предприятия, ако условията на споразумението не водят до причиняване на вреда от гледна точка на конкуренцията [15].

44. С оглед на тези уточнения ще разгледам спорните споразумения, след като най-напред припомня накратко общия контекст и механизма на изготвянето им.

2. Описание на общия контекст и механизма на изготвяне на спорните споразумения

45. Двустранните споразумения за разпределение на дублираните заявления, сключени между дружествата, управляващи частни пенсионни фондове, които са предмет на разглеждане в главното производство, се вписват в контекста на присъединяването към един от 18-те лицензирани за целта частни пенсионни фонда, което от 2007 г. става задължително за лицата, ненавършили 35 години (попадащи във втория стълб).

12 — Решение CB/Комисия (EU:C:2014:2204, т. 49—51 и цитираната съдебна практика).

13 — Решение CB/Комисия (EU:C:2014:2204, т. 53 и 54 и цитираната съдебна практика).

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

15 — Пак там, т. 44 и 45.

46. Предвид задължителния характер на присъединяването към един (и само един) пенсионен фонд за лицата, попадащи във втория стълб, не е било възможно да се предвиди, че след изтичането на първоначалния период на присъединяване с продължителност от около 4 месеца посочените лица няма да се считат за присъединили се към точно определен фонд.

47. В този контекст е важно да се отбележи, че в съответствие с действащото законодателство присъединяването към пенсионен фонд става правно валидно едва от момента на регистрирането му в CNPAS. Преди тази регистрация няма никакво потвърждаване или презумпция за присъединяване към определен фонд. Следва също да се подчертае, че няма възможност за лице, което се е присъединило към пенсионен фонд, управляван от частноправен субект, и което е регистрирано в CNPAS, да промени присъединяването си преди изтичането на 2 години, тъй като в противен случай за него биха възникнали значителни разходи, което до известна степен замразява присъединяването на лицата в бъдеще.

48. Затова, ако участниците фигурират в докладите на няколко управляващи дружества (дублирани заявления) и ако по някаква причина не е било възможно да се извърши проверка на заявлението за присъединяване, законодателят е предвидил разпределение на участниците на „случаен“ принцип, право пропорционално на броя лица, чието присъединяване е потвърдено за всеки от частните пенсионни фондове, спрямо общия брой лица с потвърдено присъединяване за всичките частни пенсионни фондове.

49. Изглежда това разпределение в основни линии отразява конкуренцията между действащите пенсионни фондове по време на периода на присъединяване, тъй като е съразмерно на броя лица, чието присъединяване е потвърдено от всеки фонд към момента на разпределянето. От предоставената от Consiliul Concurenței информация на Съда е видно, че разпределението в зависимост от броя потвърдени заявления за присъединяване е мярка, годна да насърчи по-активното участие на пазарните субекти с цел привличане на участниците, както и да гарантира конкурентно структуриране на пазара.

50. Накрая, отново според предоставената от Consiliul Concurenței информация, сключването на спорните споразумения за разпределение, извършено неформално, започва още преди началото на първоначалния период на присъединяване, който тече от 14 септември 2007 г.[16]. Към посочения момент не е било възможно да се определи, нито да се предвиди крайният брой регистрирани участници с дублирани заявления. С други думи със сключването на разглежданите споразумения дружествата, управляващи пенсионни фондове, са решили да се отклонят от установената по закон система за разпределение на дублираните заявления, като сами поделят клиентите си, без в крайна сметка да знаят точния брой засегнати лица.

51. Накрая, разпределянето на регистрираните участници с дублирани заявления най-често се прави на двустранна основа между по-голямата част от дружествата, управляващи пенсионни фондове. В резултат от разглежданото разпределение, което се извършва поравно между управляващите дружества, засегнатите лица се изваждат от регистъра на дублираните заявления, като присъединяването им към един от двата фондове се потвърждава от CNPAS. Като не са извършвали предвидената по закон проверка за автентичност на присъединяването и са осъществили разпределение в съотношение 50/50, управляващите дружества съзнателно са се отклонили от правилата, отразяващи резултата от конкуренцията, която е трябвало да бъде налице между управляващите дружества.

16 — Съгласно информацията, събрана от Consiliul Concurenței по време на проведената от него проверка, на 15 август 2007 г. едно от управляващите дружества предлага на своите конкуренти сключването на двустранни и многостранни споразумения, с които да се определят взаимните критерии за потвърждаване в случай на множество заявления за присъединяване в повече от един фонд и да се санкционират финансово дружествата, които не биха се съобразили с посочените критерии. Споразумения за разпределяне на дублираните заявления в отклонение от правно установената система били предложени и по време на събрание на Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (сдружение в областта на частното пенсионно осигуряване в Румъния).

52. С оглед на изложените съображения следва да се разгледа дали може да се приеме, че сами по себе си съответните споразумения в достатъчна степен засягат конкуренцията и поради това я ограничават „с оглед на целта“ си.

3. Разглеждане на въпроса дали спорните споразумения за разпределение на дублираните заявления съдържат ограничения „с оглед на целта“ си по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС

53. За да разгледам този въпрос, ще си послужа отново с аналитичния подход, който изложих по-горе, като последователно ще разгледам съдържанието на споразуменията за разпределение, целите, които си поставят, както и икономическия и правен контекст, в който се вписват.

а) По съдържанието на спорните споразумения за разпределение

54. Със спорните споразумения на пръв поглед някои дружества, управляващи фондове, са се договорили на двустранна основа да си поделят лицата, които не са се присъединили окончателно и са регистрирани като подписали няколко заявления за присъединяване към различни пенсионни фондове.

55. По този начин дружествата, управляващи частни пенсионни фондове, чиито участници се оказва, че са подписали няколко индивидуални заявления за присъединяване, са се договорили на двустранна основа да си поделят дублираните заявления (които представляват потенциални клиенти на всички управляващи дружества) съгласно правилото 50/50, при положение че са имали задължение предварително да проверят действителната воля на присъединилите се, които се оказва, че са подписали две заявления, и съответно да уведомят CNPAS относно всяко заявление за присъединяване, като заявленията на посочените участници трябва да се обявят за невалидни и да се включат в системата за случайно разпределение.

56. Макар до известна степен, както твърди в становището си ING Pensii, да може да се презумира, че посочените лица са заявили известно предпочитание за присъединяване към единия от двата засегнати фондове, това не променя факта, че съгласно приложимото национално законодателство лицето придобива качество на участник в пенсионен фонд едва с подписването на индивидуално заявление за присъединяване, което след това трябва да бъде надлежно регистрирано от компетентната институция (член 32, алинеи 1—4 от Закон № 411/2004).

б) По обективните цели на спорните споразумения

57. Изглежда относително очевидно, че целта, преследвана със сключването на разглежданите споразумения, е била да се заобиколи системата за случайно разпределение на дублираните заявления, предвидена съгласно приложимото законодателство.

58. Действително съгласно това законодателство дублираните заявления трябва да се обявят за невалидни и да се разпределят на случаен принцип между *всички* управляващи дружества, които са 18 на брой по време на първоначалния период на присъединяване. Със сключването на спорните споразумения съответните управляващи дружества си осигуряват равно разпределение помежду си.

59. С оглед на съдържанието и обективните цели на спорните споразумения изглежда те се доближават до споразуменията за подялба на клиенти, които поради самото си естество могат в достатъчна степен да засегнат конкуренцията. Действително се оказва, че посочените споразумения са в състояние да нарушат конкуренцията на пазара на допълнителното задължително пенсионно осигуряване на ключов етап от неговото формиране.

60. Поради това считам, че е важно да напомня, че към момента на сключване на споразуменията за разпределение между управляващите дружества, което в редица случаи се извършва още преди началото на периода на присъединяване, е налице несигурност относно броя лица, които биха попаднали в регистъра на дублираните заявления. Възможността тези споразумения да произведат значителни последици на пазара обаче трябва да се изследва с оглед на обстоятелствата, които са били известни към момента на сключването им, като не може да отчита фактически констатации, направени след сключването на същите споразумения.

61. В случая възможността на разглежданите споразумения да изменят пазарната структура, като преустановят по отношение на определени клиенти действието на конкуренцията между пенсионните фондове, не може да бъде отречена. Тази възможност е налице независимо от конкретните резултати, които са били или са могли да бъдат наблюдавани.

62. Ето защо на настоящия етап от изложението приемам, че посочените споразумения prima facie ограничават конкуренцията с оглед на самата им цел.

63. Отчитането на релевантния икономически и правен контекст според мен не може, както ще посоча по-нататък, да обезсили този първоначален извод.

в) По отчитането на икономическия и правен контекст, в който са изготвени спорните споразумения

64. Както посочих по-рано, необходимостта от ясно разграничаване на установяването на ограничение „с оглед на целта“ от установяването на ограничение „с оглед на резултата“ означава, че разглеждането на контекста, в който са изготвени въпросните споразумения, не може да наподобява изследване на самите резултати от споразумението. Макар във всички случаи националният съд да трябва да направи индивидуална оценка на споразуменията в правния и икономически контекст, в който са сключени, тази оценка не се свежда до конкретно разглеждане на реалните и потенциални резултати и ако има такива, дали те са съществени.

65. Поради това отчитането на контекста при установяването на антиконкурентната цел може само *да потвърди или да неутрализира* самото изследване на условията и на обективните цели на предполагаемия картел. То не може в никакъв случай да компенсира липсата на действително установяване на антиконкурентна цел чрез доказване на потенциалните последици от разглежданите мерки. Според мен този извод произтича съвсем естествено от формулировката, възприета от Съда, който съвсем ясно посочва, че когато анализът на *съдържанието* на споразумението не показва наличие в достатъчна степен на засягане на конкуренцията, трябва да се разгледа неговият резултат, като за да бъде споразумението забранено, е необходимо да са налице обстоятелства, установяващи, че всъщност конкуренцията е била в значителна степен или предотвратена, или ограничена, или нарушена [17].

17 — Вж. по-специално решения LTM (56/65, EU:C:1966:38, стр. 359) и Football Association Premier League и др. (C-403/08 и C-429/08, EU:C:2011:631, т. 135 и цитираната съдебна практика).

66. Струва ми се, че направеното уточнение е важно в случая, тъй като след разглеждане на съдържанието и обективните цели на спорните споразумения се установява, че по естеството си те могат да засегнат конкуренцията в степен, която изисква a priori да се приеме, че съдържат ограничение „с оглед на целта“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС.

67. Поради това разглеждането на контекста при обстоятелства като тези по главното производство трябва да се използва, за да се установи дали въпреки антиконкурентния на пръв поглед характер на разглежданите споразумения е възможно дружествата, управляващи частни пенсионни фондове, да бъдат оневинени с оглед на икономическия и правен контекст, в който са сключени споразуменията за разпределение, или, напротив, дали разглеждането на този контекст води до потвърждаване на направения извод след разглеждане на съдържанието и целите, преследвани със сключването им, а именно че имат антиконкурентна цел.

68. От информацията, предоставена както от запитващата юрисдикция, така и от заинтересуваните страни обаче става ясно, че икономическият и правният контекст, в случая силно преплетени помежду си, в който са изготвени спорните споразумения за разпределение, се характеризира от следните обстоятелства.

69. На първо място, споразуменията са сключени в контекста на създаващ се нов пазар („infant market“) в Румъния, а именно пазарът на фондовете за допълнително задължително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти, чието учредяване започва през 2007 г. с лицензирането от страна на CSSPP на няколко дружества, чийто единствен предмет на дейност е управлението на такива фондове. При формирането на този пазар, който по данни на Consiliul Concurenței обхваща около четири милиона души, безспорно първоначалният период на присъединяване представлява решаващ етап за определяне на структурата на този пазар и на дяловете на всяко лицензирано управляващо дружество.

70. От тази гледна точка предвиденото по закон аритметично правило за случайно и съразмерно разпределение на лицата, които не са се присъединили към пенсионен фонд или за които е установено, че на са направили валиден избор (както са дублираните заявления), чийто брой не е можел да бъде известен, в контекст на стимулирането на конкуренцията между управляващите дружества има за цел по-специално да съхрани и гарантира структура за този нов пазар на фондовете за допълнително задължително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти, която да бъде в съответствие с усилията, вложени от всяко управляващо дружество за привличане на по-голям брой участници през първоначалния етап на присъединяване, както и в съответствие с реално и законосъобразно изразения избор на лицата.

71. На второ място, следва да се отбележи, че създаването на пазара на фондовете за задължително допълнително пенсионно осигуряване, управлявани от частноправни субекти, се извършва в рамките на относително кратък период, а именно 4 месеца, след изтичането на който положението на всяко от дружествата, управляващи фондове, ще има потенциално решаващо значение във връзка с притежаваните от него впоследствие пазарни дялове. Самото естество на този пазар и фактът, че на участниците в него може да бъде наложена значителна парична санкция (предвидена от Закон № 411/2004 в хипотезата на прехвърляне) при промяна на избрания фонд, предполагат намалена мобилност на съответните потребители и до известна степен фиксиране на притежаваните от съответните дружества пазарни дялове след периода на присъединяване.

72. На трето място, макар, както посочва ING Pensii, някои управляващи дружества да твърдят, че споразуменията за разпределение са имали за цел да преодолеят затрудненията от практически характер и са били породени от необходимостта да се отстранят недостатъците в считаната за практически неефективна законова система, следва да се отбележи, че по всяка вероятност спорните споразумения са били сключени още преди да се е проявило каквото и да било затруднение, свързано с установяването на първоначалния процес на присъединяване.

73. Дори да се допусне необходимостта да се приемат доводите на жалбоподателя, че законодателната уредба относно създаването на пазара на пенсионни фондове, управлявани от частноправни субекти, се характеризира с множество празноти, тези доводи не могат да оборят констатацията, че посочените управляващи дружества умишлено са се отклонили от предвидените по закон правила за разпределение на участниците, при това в насока, която е можела да доведе до изменение на пазарната структура, установена в резултат от реално вложените от тях усилия, материализиращи се посредством правно валидни присъединявания.

74. Действително, напомням, че съгласно приложимото законодателство дублираните заявления е трябвало да се обявят за невалидни и да се разпределят на случаен принцип съразмерно на притежаваните пазарни дялове след приключилото потвърждаване на присъединяванията. Със сключването на споразумения на двустранна основа за разпределението на дублираните заявления, без да е налице ясен правно валиден избор, дружествата, управляващи фондовете, са се отклонили от прилагането на прозрачни правила в ущърб на свободната конкуренция.

75. От тези съображения става ясно, че обстоятелствата по делото, предмет на главното производство, според мен не са в състояние да оборят извода, че споразуменията за разпределение са антиконкурентни с оглед на целта си, а напротив — те го потвърждават.

76. Според мен този тип споразумения очевидно е в противоречие с концепцията, присъща на разпоредбите на ДФЕС относно конкуренцията, според която всеки икономически оператор трябва да определя самостоятелно политиката, която възнамерява да следва на пазара, и да се конкурира свободно за всеки клиент на този пазар. Със сключването на тези споразумения дружествата, управляващи фондове, са съгласували действията си, за да сведат до минимум рисковете на конкуренцията [18].

77. Поради това съм на мнение, че споразуменията за разпределение на участниците, подписали няколко заявления за присъединяване, които са сключени между частни дружества, управляващи пенсионни фондове, в отклонение на предвидените по закон правила, отговарят на всички условия, за да се квалифицират като ограничаващи „с оглед на целта“.

78. Остава да се провери дали броят на конкретно засегнатите от споразуменията за разпределение лица може евентуално да бъде релевантен с оглед на извода дали е налице значително засягане на конкуренцията.

Б – *По релевантността на броя конкретно засегнати лица при разглеждане на наличието на съществено или значително засягане на конкуренцията*

79. След внимателно разглеждане на всички обстоятелства по делото поставеният в случая въпрос се свежда до определяне дали конкретният резултат от спорните споразумения за разпределение, които безспорно съдържат антиконкурентна цел, може да се окаже релевантен във връзка с извода налице ли е ограничение на конкуренцията.

80. Смятам, че на този въпрос следва да се даде отрицателен отговор. След като е направен извод, че определено споразумение е антиконкурентно с оглед на целта си, не се налага да се разглеждат конкретните резултати от него.

18 — Вж. в този смисъл решение Beef Industry Development Society и Barry Brother (C-209/07, EU:C:2008:643, т. 34).

81. Действително, след като антиконкурентната цел на посочените споразумения е установена, отпада необходимостта от разглеждане на въпроса дали те засягат съществено конкуренцията на пазара. Доколкото антиконкурентните действия са забранени поради самото си естество, засягайки в достатъчна степен конкуренцията, изобщо не се налага те да бъдат характеризирани с оглед на определено икономическо въздействие или географски обхват.

82. Тук отново е важно да се припомни, че ограничително споразумение „с оглед на целта“ е забранено, каквито и да са конкретните му последици единствено поради потенциалната опасност, която представлява за конкуренцията. Както по-специално подчертава Съдът по делото, по което е постановено решение Expedia [19], трябва да се приеме, че споразумение, което би могло да засегне търговията между държавите членки и което има антиконкурентна цел, съставлява по своето естество и независимо от конкретните резултати от него съществено ограничение на конкуренцията (точка 37 от решението).

83. От всички изложени съображения става ясно, че при обстоятелства като тези в настоящия случай броят на клиентите (с дублирани заявления), които действително са били разпределени между дружествата, управляващи частни пенсионни фондове, е ирелевантен, тъй като този въпрос е част от конкретните резултати на дадено споразумение, които не следва да се разглеждат при ограничителните споразумения „с оглед на целта“. Антиконкурентната цел на споразумение за подялба, и по-специално възможността му да породи отрицателни последици на пазара, не би могла да зависи от конкретния брой действително разпределени клиенти, а единствено от условията и обективните цели на споразумението с оглед на икономическия и правен контекст, в който то е сключено.

84. Макар да не се налага пълен анализ на резултатите от споразумението, за да се установи наличието на ограничение на конкуренцията „с оглед на целта“, въпросното споразумение трябва все пак обективно да е в състояние да произведе такова ограничение. С други думи, в икономическия и правен контекст на споразуменията съдът не може напълно да пренебрегне потенциалните резултати от тях с оглед на известните към датата на сключването им данни.

85. Действително смятам, че изискването разглежданото ограничение да бъде значително, не може да се отхвърли при ограничение „с оглед на целта“, но до известна степен то се поглъща от изследването на икономическия и правен контекст, направено, за да се потвърди реалната способност на съответното споразумение да породи ограничителен резултат. В случай че след разглеждане на икономическия и правен контекст съдът стигне до извода, че въпросното споразумение може единствено да произведе незначителни последици по отношение на конкуренцията с оглед по-специално на слабите позиции, заемани от заинтересуваните лица на пазара на разглежданите стоки, може да му се наложи да постанови, че въпросното споразумение не попада в приложното поле на член 101, параграф 1 ДФЕС.

86. В настоящия случай не изглежда очертаните по-горе правни и икономически обстоятелства, в които се вписват споразуменията, да могат да поставят под съмнение наличието на ограничение, способно да засегне значително конкуренцията.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.

IV – **Заключение**

87. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам Съдът да отговори по следния начин на поставения от Înalta Curte de Casație și Justiție преюдициален въпрос:

Член 101, параграф 1, буква в) ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че при наличие на споразумение за разпределение на клиенти като сключените между пенсионните фондове по главното производство, което по естеството си съставлява нарушение с антиконкурентна цел, конкретният краен брой на поделените клиенти е без значение, що се отнася до изпълнението на условието, свързано с ограничаване на конкуренцията по смисъла на член 101, параграф 1, буква в) ДФЕС.