Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 23. april 2015[1]

Sag C-172/14

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumænien))

»Præjudiciel forelæggelse — konkurrence — aftaler — reglerne for fordeling af kunder på det rumænske marked for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde — konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF — påvirkning af handelen mellem medlemsstater«

1. Nærværende sag udspringer af en tvist mellem ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (herefter »ING Pensii«), et selskab, der forvalter en privat pensionsfond, og Consiliul Concurenței (det rumænske konkurrenceråd) angående en påstand om annullation af en afgørelse, hvori det pålægges selskabet at betale en bøde for at have deltaget i en aftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen på markedet for private pensionsfonde. Nærmere bestemt drejer sagen sig om de aftaler, som de selskaber, der forvalter obligatoriske private pensionsfonde, havde indgået om fordeling af dubletter, dvs. personer, som på grund af mangel på kendskab til de regler, der gælder på området, eller visse handelsagenters forsømmelighed, tilsluttede sig to eller flere fonde i den første tilslutningsperiode, som blev gennemført i henhold til loven i 2007 (herefter »dubletter«).

2. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse, som for en stor del skyldes forskellige fortolkninger hos de rumænske domstole, giver Domstolen anledning til at tydeliggøre visse aspekter af begreberne konkurrencebegrænsende formål og mærkbar påvirkning af konkurrencen. Den giver navnlig anledning til at påpege, hvilke omstændigheder der skal tages i betragtning, og hvilken vurderingsmetode der skal anvendes, når det skal afgøres, om en aftale har et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

I – **Nationale retsforskrifter**

3. Det system til fordeling af dubletter, som er omhandlet i den foreliggende sag, er fastlagt i den nationale rumænske lovgivning om etablering og organisering af markedet for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde og om dette markeds funktion.

4. Det kan ikke bestrides, at den nationale lovgivning, som finder anvendelse, er kendetegnet af en vis kompleksitet. Uden at foregive at være udtømmende, og i den udstrækning det er nødvendigt for nedenstående vurdering, skal følgende punkter fremhæves.

1 — Originalsprog: fransk.

A – *De almindelige regler om tilslutning til private pensionsfonde*

5. Pensionssystemet i Rumænien er sammensat på følgende måde:

— første søjle: obligatorisk komponent, som er baseret på omfordeling, og som forvaltes offentligt

— anden søjle: obligatorisk komponent, der er fastlagt i legea privind fondurile e pensii administrate privat (lov nr. 411/2004 om privat forvaltede pensionsfonde)[2], som er baseret på kapitalisering, og som forvaltes privat af aktieselskaber, der har til formål at forvalte pensionsfonde

— tredje søjle: frivillig komponent, som er baseret på kapitalisering, og som ligeledes forvaltes privat.

6. I perioden fra den 25. juli 2007 til den 9. oktober 2007 blev 18 kommercielle selskaber, der udelukkende havde til formål at forvalte pensionsfonde, autoriseret af Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (kommissionen for tilsyn med systemet for private pensioner) (herefter »CSSPP«) i henhold til lov nr. 411/2004, idet hvert enkelt selskab kun kunne forvalte én pensionsfond i Rumænien.

7. I henhold til artikel 30, stk. 1, i lov nr. 411/2004 skal personer på under 35 år, som er tilsluttet og indbetaler bidrag til den offentlige pensionsordning (første søjle), ligeledes være tilsluttet en privat forvaltet pensionsfond (anden søjle).

8. Personer, som er over 45 år, eller som ikke indbetaler bidrag til den offentlige pensionsordning (første søjle), kan ikke være tilsluttet anden søjle. Personer på mellem 35 og 45 år, der indbetaler bidrag til første søjle, kan vælge mellem at deltage eller ikke at deltage i anden søjle (artikel 30, stk. 2, i lov nr. 411/2004). Uanset om de indbetaler bidrag til første og anden søjle, kan enhver fysisk person indbetale bidrag til tredje søjle, selv om dette ikke kan træde i stedet for bidrag til anden eller tredje søjle for personer, der har pligt til at bidrage til pensionsordningerne i disse.

9. For så vidt angår medlemmerne i anden søjle, som hovedsagen alene omfatter, bestemmes det i artikel 31 i lov nr. 411/2004, at de ikke kan være medlemmer af flere pensionsfonde på samme tid, og at de kun have én konto i den fond, de er tilsluttet.

10. Ifølge artikel 32, stk. 1, i lov nr. 411/2004 kan en person kun blive medlem af en pensionsfond ved at underskrive en individuel indmeldelse på eget initiativ eller ved at blive tilsluttet af folkeregistret.

11. Ifølge artikel 33 i lov nr. 411/2004 kan folkeregistret vilkårligt tilslutte personer en af pensionsfondene, som ikke har tilsluttet sig en pensionsfond inden en bestemt frist. De pågældende fordeles proportionalt med de enkelte forvaltningsselskabers markedsandele (artikel 33, stk. 2).

B – *Særlige regler for den første tilslutning til en privat pensionsfond, for den procedure, hvorefter tilslutninger blev erklæret for gyldige, og for den vilkårlige fordeling af ikke-tilsluttede personer*

12. Proceduren for den første tilslutning til en privat pensionsfond og den procedure, hvorefter tilslutninger blev erklæret for gyldige, og for den vilkårlige fordeling af medlemmer var fastlagt i bekendtgørelse nr. 18/2007 om den første tilslutning til og om registrering af medlemmer af private pensionsfonde[3], som ændret og suppleret ved bekendtgørelse nr. 31/2007[4] (herefter »bekendtgørelse nr. 18/2007«).

2 — Lov nr. 411/2004, som ændret og suppleret ved regeringens hastedekret nr. 112/2007, offentliggjort i *Monitorul Oficial al României* nr. 710 af 22.10.2007 (herefter »lov nr. 411/2004«).

3 — Offentliggjort i *Monitorul Oficial al României* nr. 503 af 27.7.2007.

4 — Offentliggjort i *Monitorul Oficial al României* nr. 746 af 2.11.2007.

13. I medfør af artikel 17, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 18/2007 skulle proceduren for den første tilslutning til en privat forvaltet pensionsfond gennemføres over en periode på fire måneder, som begyndte den 17. september 2007 og sluttede den 17. januar 2008 (artikel 5, stk. 6, i bekendtgørelse nr. 18/2007). Alle, som ikke var fyldt 35 år inden den 31. december 2007, eller som var fyldt 35 år på dette tidspunkt, var, hvis de ligeledes opfyldte en række andre betingelser, forpligtet til at tilslutte sig en privat pensionsfond i løbet af denne periode (artikel 4, stk. 1, og artikel 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 18/2007).

14. For så vidt angår den procedure, hvorefter tilslutninger blev erklæret for gyldige, og for den vilkårlige fordeling af medlemmer (artikel 19-31 i bekendtgørelse nr. 18/2007), bestemte bekendtgørelse nr. 18/2007, at forvaltningsselskaberne to gange om måneden (den 1. og den 15. i måneden) skulle indsende en rapport til det nationale organ for pensioner og andre sociale sikringsydelser (Casa Națională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale, herefter »CNPAS«) med oplysninger om de personer, som havde underskrevet en individuel indmeldelse i de to uger forud for udarbejdelsen af rapporten. Hvis det inden for rammerne af de halvmånedlige rapporter fremgik af rapporterne fra et eller flere forvaltningsselskaber, at en person havde underskrevet mere end én individuel indmeldelse, eller hvis det blev konstateret, at den pågældendes indmeldelse foreløbigt var blevet erklæret for gyldig i forbindelse med tidligere rapporter, opførte CNPAS den pågældende i et elektronisk register over dubletter (artikel 21, stk. 1 i bekendtgørelse nr. 18/2007). I sådanne tilfælde var de selskaber, der forvaltede fondene, for så vidt angår personer, der forekom at have underskrevet flere individuelle indmeldelser, efter loven forpligtet til at kontrollere ægtheden af den individuelle indmeldelse og af kopien af identitetskortet med den pågældendes håndskrevne underskrift, og forvaltningsselskabet kunne, hvis det blev fastslået, at indmeldelsen var ægte, på ny indsende oplysningerne om den pågældendes tilslutning til CNPAS i den følgende halvmånedlige rapport.

15. Da proceduren i forbindelse med den første tilslutning var afsluttet, blev de personers tilslutning, hvis indmeldelse var opført som foreløbigt erklæret for gyldig, registreret som erklæret for gyldig, mens de individuelle indmeldelser for de personer, der forekom at have underskrevet mere end én sådan, blev opført i medlemsregisteret som ikke-gyldige og fordelt vilkårligt[5]. Den vilkårlige fordeling skulle således omfatte personer, som ikke havde tilsluttet sig en privat pensionsfond i løbet af den første tilslutningsfase, selv om de havde pligt dertil, og personer, som var opført i registret som personer, hvis tilslutning ikke var blevet erklæret for gyldig. Fordelingen mellem de private fonde blev foretaget af CNPAS direkte proportionalt med det antal personer for hver privat pensionsfond, hvis tilslutning var blevet erklæret for gyldig, i forhold til det samlede antal personer, hvis tilslutning var blevet erklæret for gyldig for samtlige private pensionsfonde.

16. Desuden bestemtes det i bekendtgørelse nr. 31/2007, som ændrede og supplerede bekendtgørelse nr. 18/2007, at forvaltningsselskaberne senest 15 dage efter den dato, hvorpå et medlems tilslutning var blevet erklæret for gyldig, skulle underrette den pågældende om, for hvilken pensionsfond dette var sket. Hvis de medlemmer, som havde modtaget underretning, ikke havde underskrevet en individuel indmeldelse i den pågældende fond, kunne de indgive en skriftlig begæring til CSSPP, hvorefter denne efter at have taget stilling til begæringen underrettede forvaltningsselskabet om medlemmets tilslutning eller manglende tilslutning til den private pensionsfond.

5 — Efter at der var blevet gennemført en række ændringer ved bekendtgørelse nr. 31/2007, blev tilslutningen af personer, der havde underskrevet mere end én anmeldelse, erklæret for gyldig eller ugyldig en gang om måneden, nærmere bestemt den 15.11. (i forbindelse med de halvmånedlige rapporter af 1. og 15.10. og 15.11.), den 15.12. (i forbindelse med rapporterne af 1. og 15.12.) og den 17.1.2008 (i forbindelse med de halvmånedlige rapporter af 1. og [1]5.1.2008).

II – **Baggrunden for tvisten og det præjudicielle spørgsmål**

17. ING Pensii er et privat selskab, der forvalter en pensionsfond. Det driver navnlig virksomhed på markedet for obligatorisk privat pension i Rumænien.

18. Baggrunden for den foreliggende sag er en undersøgelse, der blev foretaget af Consiliul Concurenței af en mulig overtrædelse af artikel 5, stk. 1, i legea concurenței (lov nr. 21/1996 om konkurrence)[6] og af artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) på det rumænske marked for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde (anden søjle).

19. Efter afslutningen af undersøgelsen drog Consiliul Concurenței bl.a. den konklusion, at der på det nævnte marked var indgået konkurrencebegrænsende aftaler, som havde til formål at fordele kunderne mellem de kommercielle selskaber, der forvaltede de pågældende fonde.

20. Ved afgørelse nr. 39 af 7. september 2010 pålagde Consiliul Concurenței 14 af selskaberne, herunder sagsøgeren, sanktioner. De omhandlede aftaler, der for størstedelens vedkommende var bilaterale og havde forskellig form, omfattede dubletter. Ved at indgå de nævnte aftaler skulle de selskaber, der forvaltede de private pensionsfonde, have fordelt dubletterne ligeligt imellem sig (efter en 50/50%-formel) og derved søgt at undgå, at dubletterne blev fordelt af CNPAS.

21. Den 4. oktober 2010 nedlagde ING Pensii for Curtea de Apel București (appelretten i Bukarest) principalt påstand om annullation af afgørelse nr. 39/2010 og subsidiært påstand om delvis annullation af denne afgørelse med henblik på nedsættelse af den pålagte bøde.

22. Det sagsøgende selskab gjorde gældende, at den pågældende aftale ikke var i strid med konkurrencelovens artikel 5, stk. 1, og at betingelserne for anvendelse af artikel 101, stk. 1, TEUF heller ikke var opfyldt. Selskabet hævdede navnlig, at fordelingen af medlemmer, der var registreret som dubletter, ikke havde haft til virkning at begrænse, forhindre eller fordreje konkurrencen på det rumænske marked for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde eller på en væsentlig del heraf. ING Pensii hævdede ligeledes, at konkurrencen mellem de selskaber, der forvaltede private pensionsfonde, ikke var blevet udelukket, idet selskaberne havde konkurreret med hinanden i den første tilslutningsperiode.

23. Consiliul Concurenței gjorde for sin del gældende, at det, når det skulle fastslås, om den aftale, som de selskaber havde indgået, der forvaltede private pensionsfonde, herunder ING Pensii, var konkurrencebegrænsende, var nødvendigt at tage de retsforskrifter i betragtning, som dannede grundlag for etableringen af markedet for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde og for dette markeds funktion, samt de særlige forhold, der kendetegnede det marked, hvorpå aftalen var blevet indgået.

24. Ved dom nr. 749 af 6. februar 2012 forkastede Curtea de Apel București ING Pensiis søgsmål.

25. Det sagsøgende selskab iværksatte derefter appel for den forelæggende ret. Det gjorde bl.a. gældende, at valget af en anden algoritme til beregning af dubletter end den, der var fastsat i loven, ikke udgjorde en overtrædelse af konkurrenceloven, men højst en overtrædelse af den særlige lovgivning om obligatoriske private pensioner. Da aftalen desuden kun havde omfattet fordelingen af dubletter, havde den ikke kunnet påvirke konkurrencen på det pågældende marked, eftersom dubletterne, der repræsenterede mindre end 1,5% af markedet, ikke havde været genstand for konkurrence mellem de selskaber, der forvaltede private pensionsfonde.

6 — Som ændret, suppleret og offentliggjort på ny (*Monitorul Oficial al României* nr. 240 af 3.4.2014). Det hedder i denne bestemmelse: »Udtrykkelige eller stiltiende aftaler mellem erhvervsdrivende, vedtagelser inden for sammenslutninger af erhvervsdrivende og samordnet praksis, der har til formål eller til følge at begrænse, hindre eller fordreje den frie konkurrence på det rumænske marked eller en del heraf, er forbudt, navnlig sådanne, som består i: [...] c) opdeling af markedet eller forsyningskilder [...]«

26. ING Pensii gjorde ligeledes gældende, at selskabet ikke havde nogen interesse af praktisk eller økonomisk art i, at dubletterne blev fordelt ligeligt, eftersom det den 15. oktober 2007 allerede rådede over den største markedsandel. Desuden havde aftalen haft positive virkninger, idet den havde ført til, at processen i forbindelse med tilslutning til obligatoriske private pensionsfonde var blevet mere effektiv, eftersom medlemmerne havde fået større mulighed for at få deres valg respekteret end ved en vilkårlig fordeling.

27. Endelig anførte sagsøgeren, at der i det foreliggende tilfælde ikke var blevet påvist nogen opdeling af det nationale marked for obligatoriske private pensionsfonde som følge af, at der var blevet valgt en anden algoritme til beregning af dubletter. Da der var tale om en aftale, som kun omfattede en marginal procentdel af det rumænske marked, var det åbenbart, at den kun havde ubetydelige faktiske eller potentielle virkninger, og at den under ingen omstændigheder også kunne påvirke markedet i Den Europæiske Union.

28. Consiliul Concurenței nedlagde påstand om, at appellen blev forkastet, idet rådet i det væsentlige gjorde gældende, at aftalen om fordeling af dubletter havde været egnet til at fordreje konkurrencen på markedet for obligatoriske private pensionsfonde, og som sådan havde haft et konkurrencebegrænsende formål. Consiliul Concurenței er af den opfattelse, at det ikke er antallet af faktiske delte kunder, der betinger, om en aftale kan have skadelige virkninger, og om det kan fastslås, at der foreligger en overtrædelse, der består i deling af markeder og forsyningskilder, eftersom dette aspekt henhører under en aftales konkrete virkninger.

29. På den baggrund besluttede den forelæggende ret at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er det endelige, faktiske antal kunder – når der foreligger en praksis med fordeling af kunder – relevant for at afgøre, om der foreligger en mærkbar konkurrencefordrejning som omhandlet i artikel 101, stk. 1, litra c), TEUF?«

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, den rumænske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg til Domstolen og afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 11. februar 2015.

III – **Vurdering af det præjudicielle spørgsmål**

31. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse giver Domstolen anledning til at oplyse, om og i hvilken udstrækning antallet af personer, der berøres af aftaler om fordeling som de i hovedsagen omhandlede, er en omstændighed, der er relevant for afgørelsen af, om disse aftaler er omfattet af kartelforbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

32. På baggrund af de oplysninger, den forelæggende ret har fremlagt, vil jeg gerne påpege to forhold.

33. For det første finder jeg det åbenbart, at spørgsmålet kan antages til realitetsbehandling, selv om der i tvisten i hovedsagen kun synes at være blevet rejst spørgsmål om anvendelsen af nationale bestemmelser i rumænsk konkurrenceret, nærmere bestemt konkurrencelovens artikel 5, stk. 1. ING Pensii har i det foreliggende tilfælde rejst tvivl om, hvorvidt artikel 101 TEUF finder anvendelse, men denne indvending er blevet forkastet af den forelæggende ret. Da sagen netop drejer sig om anvendelsesbetingelserne for denne bestemmelse, kan man kun tilslutte sig den nævnte rets holdning.

34. Endvidere skal det bemærkes, at den omhandlede nationale bestemmelse i sin nugældende affattelse næsten ordret gentager forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 101, stk. 1, TEUF. På den baggrund finder jeg, at den aktuelle præjudicielle forelæggelse i forlængelse af de løsninger, som er blevet valgt i en lang række fortilfælde i retspraksis, hvori der har været tale om

konkurrencebegrænsende praksis i henhold til den nationale konkurrenceret[7], bør antages til realitetsbehandling. Det er nemlig afgjort i Unionens interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås[8].

35. Skønt, for det andet, det er spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, der synes at stå i centrum for retsforhandlingerne i hovedsagen, og som vil være genstand for de væsentligste betragtninger i dette forslag til afgørelse, giver den generelle formulering af den forelæggende rets spørgsmål mig ligeledes anledning til at behandle betingelsen om en væsentlig påvirkning af konkurrencen mere generelt. Desuden har den forelæggende ret anført, at der i den aktuelle sag både skal tages stilling til, om den omhandlede aftale var konkurrencebegrænsende, og om aftalerne om fordeling af dubletter var egnede til at ændre strukturen på markedet for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde, fordi de påvirkede det i væsentlig grad.

A – *Spørgsmålet om, hvorvidt det faktiske antal personer, som var omfattet af de omtvistede aftaler, er relevant for afgørelsen af, om aftalerne havde et konkurrencebegrænsende formål*

36. For at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål er det efter min opfattelse nødvendigt i det foreliggende tilfælde, efter en sammenfatning af den relevante retspraksis, at foretage en nærmere undersøgelse af de omtvistede fordelingsaftaler. Skønt det i sidste instans alene tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om disse aftaler falder ind under kartelforbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF, bør Domstolen give den nationale ret oplysninger, som gør det muligt for den at fastslå, om de havde et konkurrencebegrænsende formål eller, i benægtende fald, konkurrencebegrænsende virkninger.

1. Sammenfatning af den lære, som kan udledes af retspraksis

37. Det skal fremhæves, at en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder og en samordnet praksis for at være omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF skal have »til formål *eller*[9] til følge« at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked.

38. Ifølge fast retspraksis siden dommen i sagen LTM[10] medfører den alternative karakter af denne bestemmelse – der fremgår af konjunktionen »eller« – at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Når det er fastslået, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det derfor ikke nødvendigt at undersøge dens virkninger på konkurrencen.

39. Med hensyn til sondringen mellem overtrædelser med et konkurrencebegrænsende formål og overtrædelser med en konkurrencebegrænsende virkning fremgår det ligeledes af fast retspraksis, der for nylig, endnu en gang, med eftertryk blev gentaget i dommen i sagen CB mod Kommissionen[11], at den hænger sammen med, at visse former for samordning mellem virksomheder kan være *tilstrækkeligt skadelige* for konkurrencen til, at *det ikke er nødvendigt at undersøge deres virkninger*.

7 — Jf. bl.a. domme Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 12-22), Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, præmis 13-23), ETI m.fl. (C 280/06, EU:C:2007:775, præmis 19-29) og Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 17-23).

8 — Jf. dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

9 — Min fremhævelse.

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

40. Hvad dette angår har det siden stået fast, at visse former for samordning mellem virksomheder efter deres art kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår. Det må således fastslås, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF er ufornødent at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet. Erfaringen viser nemlig, at sådan adfærd medfører en nedgang i produktionen og prisstigninger, hvilket resulterer i en ringe ressourcefordeling til skade for navnlig forbrugerne [12].

41. For at vurdere, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkeligt skadelig til at kunne anses for at udgøre en restriktion med et »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er det nødvendigt at forholde sig til indholdet af bestemmelserne, til de formål, som aftalen tilsigter at opfylde, samt til den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. I forbindelse med vurderingen af denne sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning. Selv om, endvidere, parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den restriktive karakter af en aftale mellem virksomheder, er der intet, der forbyder konkurrencemyndighederne, de nationale domstole eller Unionens retsinstanser at tage denne hensigt i betragtning [13].

42. Således som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen CB mod Kommissionen [14], forudsætter den mere standardiserede bedømmelse, som anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål resulterer i, en indgående og individuel undersøgelse af den omtvistede aftale, som dog skal adskille sig klart fra undersøgelsen af de reelle eller potentielle virkninger af de involverede virksomheders adfærd.

43. Jeg mener, at hensyntagen til den økonomiske og retlige sammenhæng ved undersøgelsen af, om der er tale om et konkurrencebegrænsende formål, med risiko for, at der indføres en skadelig forskydning i den korrekte læsning af artikel 101, stk. 1, TEUF, skal adskilles klart fra påvisningen af konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til andet led af det alternativ, der er omhandlet i denne bestemmelse. Hensyntagen til sammenhængen ved påvisningen af det konkurrencebegrænsende formål kan kun underbygge eller ophæve undersøgelsen af selve indholdet af den formodede praksis. Den kan på ingen måde kompensere for den manglende faktiske påvisning af et konkurrencebegrænsende formål ved at påvise potentielle virkninger af pågældende foranstaltninger. Med andre ord og uanset de begrebsmæssige ligheder mellem de to dele af dette alternativ kan hensyntagen til den økonomiske og retlige sammenhæng ved påvisningen af et konkurrencebegrænsende formål ikke resultere i en kvalificering, der lægges de anklagede virksomheder til last, når der er tale om en aftale, af hvis indhold det ikke fremgår, at den er skadelig for konkurrencen [15].

44. Det er i lyset af disse bemærkninger, at jeg nu vil undersøge de omtvistede aftaler efter først kortfattet at have sammenfattet den generelle sammenhæng, hvori de indgik, og baggrunden for deres tilblivelse.

12 — Dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49-51 og den deri nævnte retspraksis).

13 — Dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53 og 54 og den deri nævnte retspraksis).

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

15 — Ibidem, præmis 44 og 45.

2. Beskrivelse af den generelle sammenhæng, hvori de omtvistede aftaler indgik, og baggrunden for deres tilblivelse

45. Baggrunden for de bilaterale aftaler om fordeling af dubletter, som blev indgået af de selskaber, der forvalter private pensionsfonde, og som det drejer sig om i hovedsagen, er, at det fra og med 2007 blev obligatorisk for personer på under 35 år (personer, der henhører under anden søjle) at være tilsluttet en af de 18 private pensionsfonde, der var autoriseret med henblik på dette formål.

46. I betragtning af at tilslutning til en (og kun én) af pensionsfondene var obligatorisk for personer, der henhørte under anden søjle, kunne de pågældende ikke forventes ikke at blive betragtet som tilsluttet en bestemt fond ved afslutningen af den første tilslutningsperiode, der varede omkring fire måneder.

47. I denne forbindelse er det vigtigt at påpege, at tilslutningen til en pensionsfond ifølge den gældende lovgivning først bliver retligt gyldig, når den er blevet registreret af CNPAS. Før denne registrering foreligger der ikke en gyldig tilslutning eller en formodning om tilslutning til en bestemt fond. Det skal ligeledes påpeges, at en person, der har tilsluttet sig en privat forvaltet pensionsfond, og som er blevet registreret som sådan af CNPAS, kun kan ændre sin tilslutning inden for to år, hvis han er villig til at betale store omkostninger, hvilket på en vis måde fikserer tilslutningerne.

48. Lovgiver havde bestemt, at medlemmer, som var opført i rapporter fra mere end ét forvaltningsselskab (dubletterne), og hvis indmeldelse ikke havde kunnet kontrolleres af den ene eller den anden grund, skulle fordeles »vilkårligt«, direkte proportionalt med det antal personer for hver privat pensionsfond, hvis tilslutning var blevet erklæret for gyldig, i forhold til det samlede antal personer, hvis tilslutning var blevet erklæret for gyldig for samtlige private pensionsfonde.

49. Det fremgår, at denne fordeling i det væsentlige afspejlede konkurrencen mellem de deltagende pensionsfonde i tilslutningsperioden, eftersom den var proportional med antallet af personer, hvis tilslutning var blevet erklæret for gyldig for de enkelte fonde på fordelingstidspunktet. Ifølge de oplysninger, Consiliul Concurenței har givet Domstolen, var fordelingen på grundlag af antallet af indmeldelser, der var blevet erklæret for gyldige, en foranstaltning, som var egnet til at fremme en mere aktiv deltagelse af markedsaktørerne med henblik på at tiltrække medlemmer og sikre en konkurrencebaseret markedsstruktur.

50. Endelig begyndte – ligeledes ifølge de af Consiliul Concurenței fremlagte oplysninger – de omtvistede fordelingsaftaler at blive indgået, hvilket skete uformelt, før den første tilslutningsperiode, som begyndte den 14. september 2007 [16]. På dette tidspunkt kunne det hverken fastslås eller anslås, hvor mange medlemmer der endeligt ville være registreret som dubletter. Ved at indgå aftalerne besluttede de selskaber, der forvaltede pensionsfonde, sig med andre ord for at fravige det ved lov fastsatte system til fordeling af dubletter ved selv at fordele deres kunder, uden at vide, nøjagtig hvor mange personer det i sidste instans ville dreje sig om.

16 — Ifølge de oplysninger, der blev indsamlet under Consiliul Concurenței undersøgelse, foreslog et af forvaltningsselskaberne den 15.8.2007 de konkurrerende selskaber at indgå bilaterale og multilaterale aftaler, hvori der fastsattes fælles gyldighedskriterier for flere indmeldelser i mere end én fond, og hvorefter selskaber, der ikke efterkom kriterierne, blev straffet økonomisk. På et møde i Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din Romania (sammenslutning for privat pension i Rumænien) blev der ligeledes stillet forslag om aftaler om fordeling af dubletter, som afveg fra det i loven fastsatte system.

51. Fordelingen af medlemmer, der var registreret som dubletter, blev, afslutningsvis, som oftest foretaget bilateralt mellem størstedelen af de selskaber, der forvaltede pensionsfonde. Fordelingen, der skete ligeligt mellem forvaltningsselskaberne, betød, at de berørte personer blev slettet i registret over dubletter, og at deres tilslutning til en af de to fonde blev erklæret for gyldig af CNPAS. Ved at undlade at foretage den lovbestemte kontrol af indmeldelsernes ægthed og ved at foretage en 50/50-fordeling unddrog forvaltningsselskaberne sig bevidst regler, der skulle føre til, at fordelingen afspejlede den konkurrence, de skulle deltage i.

52. Det er på baggrund af disse betragtninger, at det skal undersøges, om de omhandlede aftaler kan anses for i sig selv at have været tilstrækkeligt skadelige for konkurrencen og dermed for at have haft et konkurrencebegrænsende formål.

3. Undersøgelse af, om de omtvistede aftaler om fordeling af dubletter havde et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF

53. Jeg vil i dette øjemed følge den tidligere beskrevne fremgangsmåde for undersøgelsen og successivt behandle indholdet af fordelingsaftalerne, deres formål samt den økonomiske og retlige sammenhæng, de indgik i.

a) Indholdet af de omtvistede fordelingsaftaler

54. Umiddelbart betragtet blev en række selskaber, der forvalter pensionsfonde, ved de omtvistede aftaler enige om at dele de personer mellem sig, som ikke var endeligt tilsluttet en pensionsfond, og som var registreret som underskrivere af mere end én indmeldelse i forskellige pensionsfonde.

55. De selskaber, der forvaltede private pensionsfonde, som havde medlemmer, der syntes at have underskrevet flere individuelle indmeldelser, aftalte således at fordele dubletterne (som udgjorde potentielle kunder for samtlige forvaltningsselskaber) bilateralt efter en 50/50-formel, selv om de var forpligtet til først at undersøge, hvad de personer, der forekom at have underskrevet to indmeldelser, reelt ønskede, og i givet fald underrette CNPAS om alle indmeldelser, eftersom disse personers tilslutning skulle erklæres for ugyldig, og personerne optages i systemet for vilkårlig fordeling.

56. Selv om, således som ING Pensii har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, de nævnte personer kunne antages at have udtrykt en vis præference for at være tilsluttet en af de to berørte fonde, opnår en person – således som det fremgår af den relevante nationale lovgivning – ikke desto mindre kun status som medlem af en pensionsfond ved at underskrive en individuel indmeldelse, som derpå skal registreres behørigt af den kompetente institution (artikel 32, stk. 1-4, i lov nr. 411/2004).

b) De objektive formål med de omtvistede aftaler

57. Det forekommer ret åbenbart, at formålet med at indgå de omhandlede aftaler var at fravige det system for vilkårlig fordeling af dubletter, der var fastsat i den relevante lovgivning.

58. Ifølge denne lovgivning skulle dubletter nemlig erklæres for ugyldige og fordeles vilkårligt mellem *samtlige* forvaltningsselskaber, hvoraf der i den første tilslutningsperiode var 18. Ved at indgå de omtvistede aftaler sikrede de pågældende forvaltningsselskaber sig en ligelig fordeling imellem sig.

59. De omtvistede aftaler kan i betragtning af deres indhold og objektive formål anses for at svare til aftaler om fordeling af kunder, som på grund af selve deres art betragtes som tilstrækkeligt skadelige. Disse aftaler må nemlig anses for at have kunnet fordreje konkurrencen på markedet for obligatoriske private pensioner i en central fase i markedsdannelsen.

60. I denne forbindelse vil jeg gerne pege på, at der på det tidspunkt, hvor forvaltningsselskaberne indgik fordelingsaftalerne – hvilket i flere tilfælde skete, endnu før tilslutningsperioden begyndte – herskede usikkerhed om, hvor mange personer der ville blive opført i registret over dubletter. Om disse aftaler kunne have mærkbare virkninger på markedet, må undersøges på baggrund af de omstændigheder, som var kendt, da de blev indgået, og der kan i dette øjemed ikke tages hensyn til faktuelle konstateringer foretaget efter indgåelsen af samme aftaler.

61. I det foreliggende tilfælde er det ubestrideligt, at de omhandlede aftaler kunne ændre markedets struktur ved at unddrage et vist antal kunder fra konkurrencen mellem pensionsfondene. Aftalerne havde denne evne, uanset hvilke konkrete virkninger der blev konstateret eller kunne konstateres.

62. På dette stadium af min undersøgelse er jeg derfor af den opfattelse, at aftalerne umiddelbart betragtet var konkurrencebegrænsende på grund af selve deres formål.

63. Hensyntagen til den relevante økonomiske og retlige sammenhæng forekommer mig ikke at kunne afkræfte denne foreløbige konklusion, således som jeg skal forklare i det følgende.

c) Hensyntagen til den relevante økonomiske og retlige sammenhæng, hvori de omtvistede aftaler blev til

64. Som jeg tidligere har nævnt, indebærer nødvendigheden af at sondre klart mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning, at undersøgelsen af den sammenhæng, hvori de omhandlede aftaler blev til, ikke kan svare til en undersøgelse af aftalernes virkninger som sådanne. Skønt det under alle omstændigheder påhviler den nationale ret at foretage en individuel vurdering af disse aftaler på baggrund af den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de blev indgået, er denne vurdering ikke det samme som en konkret undersøgelse af aftalernes reelle og potentielle virkninger og, i givet fald, deres væsentlighed.

65. Hensyntagen til sammenhængen ved påvisningen af det konkurrencebegrænsende formål kan derfor kun *underbygge eller ophæve* undersøgelsen af selve indholdet af og de objektive formål med den formodede aftale. Den kan på ingen måde kompensere for den manglende faktiske påvisning af et konkurrencebegrænsende formål ved at påvise potentielle virkninger af pågældende foranstaltninger. Denne konklusion forekommer mig helt naturligt at kunne udledes af den formulering, som er blevet anvendt af Domstolen, der meget klart har angivet, at der, når analysen af *indholdet* af aftalen ikke viser en tilstrækkelig grad af konkurrencebegrænsning, er anledning til at foretage en undersøgelse af dens følger og, for at den kan rammes af et forbud, kræve, at der foreligger omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet [17].

66. Denne præcisering anser jeg for vigtig i det foreliggende tilfælde, eftersom de omtvistede aftaler efter en undersøgelse af deres indhold og objektive formål på grund af deres art forekommer mig at have været så skadelige for konkurrencen, at det må fastslås, at de som udgangspunkt havde et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

67. Undersøgelsen af sammenhængen under omstændigheder som i hovedsagen skal nemlig på trods af de omtvistede fordelingsaftalers som udgangspunkt konkurrencebegrænsende karakter tjene til at afgøre, om det er muligt at diskulpere de selskaber, der forvalter private pensionsfonde, under hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalerne indgået, eller om undersøgelsen af denne sammenhæng tværtimod underbygger den konklusion, jeg drog efter undersøgelsen af deres indhold og formål, og hvorefter de havde et konkurrencebegrænsende formål.

17 — Jf. bl.a. domme LTM (56/65, EU:C:1966:38, på s. 359) og Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 135 og den deri nævnte retspraksis).

68. Hvad angår den økonomiske og den retlige sammenhæng, som i den aktuelle sag i høj grad griber ind i hinanden, fremgår det af de oplysninger, der er blevet fremlagt af såvel den forelæggende ret som de berørte parter, at den sammenhæng, hvori de omtvistede fordelingsaftaler blev til, kendetegnedes af følgende forhold.

69. For det første blev aftalerne indgået på baggrund af fremvæksten af et nyt marked (»infant market«) i Rumænien, nemlig markedet for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde, hvis etablering begyndte i 2007 med, at CSSPP autoriserede en række selskaber, der udelukkende havde til formål at foretage en sådan forvaltning. Under dannelsen af dette marked, som ifølge de af Consiliul Concurenței fremlagte oplysninger omfattede omkring 4 mio. personer, udgjorde den første tilslutningsperiode ubestrideligt en fase, der var afgørende for fastlæggelsen af markedets struktur og af de enkelte autoriserede forvaltningsselskabers markedsandele.

70. I dette perspektiv tog den lovbestemte matematiske formel for vilkårlig og proportional fordeling af personer, der ikke havde tilsluttet sig en pensionsfond, eller som ikke syntes at have truffet et gyldigt valg (såsom dubletterne), og hvis antal ikke kunne kendes, i en sammenhæng, hvori det drejede sig om at stimulere konkurrencen mellem forvaltningsselskaberne, bl.a. sigte på at bevare og sikre en struktur på det nye marked for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde, der modsvarede de bestræbelser, hvert enkelt forvaltningsselskab havde udfoldet for at tiltrække flest medlemmer under den første tilslutningsfase, og de valg, personerne faktisk og lovligt havde udtrykt.

71. For det andet skal det påpeges, at dannelsen af markedet for privat forvaltning af obligatoriske pensionsfonde skete inden for et forholdsvis kort tidsrum, nemlig fire måneder, og at den position, som hvert enkelt selskab, der forvaltede pensionsfonde, indtog efter dette tidsrum, potentielt havde afgørende indflydelse på, hvor stor en markedsandel de efterfølgende ville have. Selve markedets karakter og den omstændighed, at medlemmerne udsætter sig for en væsentlig økonomisk sanktion (sanktion for overførsel fastsat i lov nr. 411/2004), hvis de ændrer deres valg af fond, gør forbrugerne mindre mobile og fikserer på en vis måde de markedsandele, de berørte selskaber rådede over ved afslutningen af tilslutningsperioden.

72. Skønt, for det tredje, nogle forvaltningsselskaber har gjort gældende – således som ING Pensii har bemærket – at fordelingsaftalerne havde til formål at afhjælpe de praktiske vanskeligheder og tilgodese nødvendigheden af at råde bod på et lovbestemt system, som blev fundet at være ineffektivt i praksis, må det påpeges, at de omtvistede aftaler efter al sandsynlighed blev indgået, endnu før der havde vist sig nogen vanskelighed ved gennemførelsen af processen i forbindelse med den første tilslutning.

73. Selv hvis man måtte tiltræde sagsøgerens argumentation om, at den lovgivning, der ledsagede etableringen af markedet for privat forvaltning af pensionsfonde, var kendetegnet af talrige mangler, kan den ikke afkræfte, at de pågældende forvaltningsselskaber bevidst unddrog sig de i loven fastsatte regler om fordeling af medlemmer, og at det skete på en måde, der var egnet til at ændre den markedsstruktur, som de bestræbelser, de rent faktisk havde udfoldet, havde ført til, og som var kommet til udtryk i de efter loven gyldige tilslutninger.

74. Som tidligere nævnt skulle dubletterne nemlig ifølge den relevante lovgivning erklæres for ugyldige og fordeles vilkårligt og proportionalt med de markedsandele, som forelå ved afslutningen af den proces, hvorved tilslutningerne var blevet erklæret for gyldige. Ved bilateralt at indgå aftaler om at fordele dubletterne mellem sig, selv om disse ikke reflekterede et efter loven gyldigt valg, unddrog de selskaber, der forvaltede pensionsfonde, sig anvendelsen af gennemskuelige regler til skade for den frie konkurrence.

75. Det fremgår af disse betragtninger, at oplysningerne om den sammenhæng, hvori hovedsagen indgår, ikke forekommer mig at kunne afkræfte den konklusion, at fordelingsaftalerne havde et konkurrencebegrænsende formål, men at de tværtimod underbygger den.

76. Jeg mener, at denne type aftale åbenbart er i modstrid med den grundtanke, der ligger bag TEUF's konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på markedet, og konkurrere frit om hver kunde på markedet. Ved at indgå aftalerne samordnede de selskaber, der forvalter pensionsfonde, deres adfærd med henblik på at minimere de risici, der er forbundet med konkurrence [18].

77. Jeg er følgelig af den opfattelse, at de aftaler om fordeling af medlemmer, der havde underskrevet mere end én indmeldelse, som de selskaber, der administrerer privat forvaltede pensionsfonde, havde indgået, og hvorved de fraveg de ved lov fastsatte regler, opfylder samtlige betingelser for at blive kvalificeret som havende et konkurrencebegrænsende formål.

78. Tilbage står at undersøge, om antallet af personer, som fordelingsaftalerne konkret berørte, eventuelt kan være relevant for afgørelsen af, om der forelå en mærkbar påvirkning af konkurrencen.

B – *Relevansen af antallet af faktisk berørte personer ved undersøgelsen af, om der foreligger en væsentlig eller mærkbar påvirkning af konkurrencen*

79. Alt taget i betragtning og henset til sagens omstændigheder indebærer det spørgsmål, som er blevet forelagt i det aktuelle tilfælde, at det skal fastslås, om den konkrete virkning af de omtvistede fordelingsaftaler, der klart forekommer at have haft et konkurrencebegrænsende formål, kan være relevant for, om det kan konkluderes, at der forelå en mærkbar påvirkning af konkurrencen.

80. Dette spørgsmål må efter min opfattelse besvares benægtende. Når det er blevet fastslået, at en aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er det ikke nødvendigt at undersøge dens konkrete virkninger.

81. Når det først er påvist, at de nævnte aftaler havde et konkurrencebegrænsende formål, er der derfor ikke længere grund til at undersøge, om de påvirkede konkurrencen på markedet mærkbart. Eftersom konkurrencebegrænsende adfærd som følge af dens skadelighed for konkurrencen er forbudt på grund af selve dens karakter, er det ikke nødvendigt at beskrive adfærden nærmere ved at henvise til en konkret økonomisk indvirkning eller geografisk udstrækning.

82. Også i denne forbindelse skal det nævnes, at en aftale med et konkurrencebegrænsende formål er forbudt, uanset hvilke følger den i sidste instans har, alene på grund af den potentielle fare, den udgør for konkurrencen. Således som Domstolen bl.a. har understreget i den sag, der gav anledning til Expedia-dommen [19], må det fastslås, at en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen (dommens præmis 37).

83. Det følger af ovenstående betragtninger i det hele, at det er irrelevant, hvor mange kunder (dubletter), der rent faktisk blev fordelt mellem de selskaber, der forvalter private pensionsfonde, idet dette punkt henhører under en aftales konkrete virkninger, som det ikke er fornødent at undersøge, når der er tale om aftaler med et konkurrencebegrænsende formål. Om en fordelingsaftale har et konkurrencebegrænsende formål – mere specifikt om den kan have negative virkninger på markedet – kan ikke afhænge af, hvor mange kunder der konkret er blevet fordelt, men kan alene afhænge af aftalens indhold og objektive formål på baggrund af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den er blevet indgået.

18 — Jf. i denne retning dom Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 34).

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.

84. Skønt det ikke er nødvendigt at foretage en fuldstændig undersøgelse af en aftales virkninger for at fastslå, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, skal aftalen dog ikke desto mindre objektivt kunne medføre en sådan begrænsning. Med andre ord kan retten ved undersøgelsen af aftalernes økonomiske og retlige sammenhæng ikke fuldstændig se bort fra deres potentielle virkninger på baggrund af de omstændigheder, som var kendt på det tidspunkt, hvor de blev indgået.

85. Jeg er nemlig af den opfattelse, at man ikke kan se bort fra betingelsen om, at den begrænsning, det drejer sig om, skal være mærkbar, når der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, men at den på en måde bliver en del af den undersøgelse af den økonomiske og retlige sammenhæng, der foretages med henblik på at bekræfte, at den pågældende aftale rent faktisk kan have en sådan begrænsende virkning. Hvis retten efter at have undersøgt den økonomiske og retlige sammenhæng når til den konklusion, at den omhandlede aftale potentielt kun kan have ubetydelige virkninger for konkurrencen, bl.a. fordi de berørte parter har en svag position på det relevante produktmarked, kan den være foranlediget til at konkludere, at aftalen ikke er omfattet af anvendelsen af artikel 101, stk. 1, TEUF.

86. Hvad det foreliggende tilfælde angår forekommer de retlige og økonomiske omstændigheder, hvori aftalerne indgik, og hvortil der henvises ovenfor, ikke at kunne give anledning til tvivl om, at der foreligger en begrænsning, som kan påvirke konkurrencen mærkbart.

IV – **Forslag til afgørelse**

87. På baggrund af de ovenstående betragtninger i det hele foreslår jeg Domstolen, at den besvarer det af Înalta Curte de Casație și Justiție forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 101, stk. 1, litra c), TEUF skal fortolkes således, at når der er tale om en aftale om fordeling af kunder, såsom de aftaler, der blev indgået mellem pensionsfondene i hovedsagen, som på grund af deres art udgør en overtrædelse med et konkurrencebegrænsende formål, er det endelige faktiske antal kunder, som er blevet delt, ikke relevant for, om betingelsen om, at der foreligger en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, er opfyldt.«