Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
NILS WAHL
esitatud 23. aprillil 2015[1]

Kohtuasi C-172/14

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

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Înalta Curte de Casație şi Justiție (Rumeenia))

Eelotsusetaotlus — Konkurents — Keelatud kokkulepped — Klientide jaotamise viis Rumeenia kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turul — „Eesmärgil põhineva” konkurentsipiirangu olemasolu ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses — Liikmesriikidevahelise kaubanduse mõjutamine

1. Käesoleva kohtuasja aluseks on eraõiguslikult hallatava pensionifondi valdusühingu ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (edaspidi „ING Pensii”) ja Consiliul Concurenței (Rumeenia konkurentsiamet) vaheline vaidlus nõude üle tühistada otsus, millega mõisteti sellele valdusühingule rahatrahv osalemise eest kokkuleppes, mille eesmärk oli piirata konkurentsi erapensionifondide turul. See puudutab täpsemalt kohustuslike erapensionifondide haldajate tehtud kokkuleppeid, et jaotada omavahel mitme fondiga liitunud isikud, st isikud, kes tulenevalt sellest, et nad ei tundnud selles valdkonnas kehtivaid norme, või teatud kaubandusagentide hooletuse tõttu liitusid 2007. aastal õigusnormidega kehtestatud esialgse liitumisperioodi jooksul kahe või enama fondiga; edaspidi „mitme fondiga liitunud”.

2. Tulenevalt kõnesolevast eelotsusetaotlusest, mille põhjenduseks on suures osas Rumeenia kohtute erinevad tõlgendused, annab Euroopa Kohus mõningad selgitused konkurentsi „eesmärgil põhineva” piiramise ja märgatava mõjutamise mõistete kohta. See pakub iseäranis võimalust meenutada asjaolusid, mida tuleb arvesse võtta, ja analüüsimeetodit, mida tuleb kasutada selleks, et määrata kindlaks, kas kokkuleppel on konkurentsivastane eesmärk ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses.

I. **Siseriiklik õiguslik raamistik**

3. Käesolevas asjas arutlusel olev mitme fondiga liitunute jaotamise süsteem on hõlmatud Rumeenia õigusnormidega, mis käsitlevad eraõiguslikult hallatavate kohustuslike pensionifondide turu loomist, korraldamist ja toimimist.

4. Kohaldatav siseriiklik õigus on vaieldamatult päris keerukas. Järgneva analüüsi jaoks tuleb rõhutada järgmisi asjaolusid, üritamata samas esitada ammendavat ülevaadet.

1 — Algkeel: prantsuse.

A. *Erapensionifondidega liitumist käsitlevad üldnormid*

5. Rumeenia pensionisüsteem on üles ehitatud järgmiselt:

— esimene sammas: avalik-õiguslikult hallatav kohustuslik osa, mis põhineb ümberjaotamisel;

— teine sammas: kohustuslik osa, mis põhineb kogumisel, mida haldavad eraõiguslikult pensionifondide valdusühingud ning mida reguleerib seadus nr 411/2004 eraõiguslikult hallatavate pensionifondide kohta (legea privind fondurile de pensii administrate privat) [2];

— kolmas sammas: samuti eraõiguslikult hallatav vabatahtlik osa, mis põhineb kogumisel.

6. Vastavalt seadusele nr 411/2004 andis Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (erapensioniskeemi järelevalvekomisjon) (edaspidi „CSSPP") ajavahemikul 25. juuli 2007 kuni 9. oktoober 2007 tegevusloa kaheksateistkümnele äriühingule, mille ainus tegevusala on pensionifondide haldamine, kusjuures iga äriühing saab hallata ainult ühte pensionifondi Rumeenias.

7. Seaduse nr 411/2004 artikli 30 lõikes 1 on sätestatud, et kuni 35-aastased isikud, kes on liitunud riikliku pensioniskeemiga (esimene sammas) ja teevad sellesse sissemakseid, peavad liituma ka eraõiguslikult hallatava pensionifondiga (teine sammas).

8. Teise sambaga ei saa liituda isikud, kes on vanemad kui 45-aastased, või isikud, kes ei tee sissemakseid riiklikku pensioniskeemi (esimene sammas). 35- kuni 45-aastased isikud, kes teevad sissemakseid esimesse sambasse, võivad valida, kas osaleda teises sambas või mitte (seaduse nr 411/2004 artikli 30 lõige 2). Sõltumatult esimesse ja teise sambasse sissemaksete tegemisest võib iga füüsiline isik teha sissemakseid kolmandasse sambasse, kuigi see ei saa asendada sissemaksete tegemist esimesse ja teise sambasse nende isikute jaoks, kes on kohustatud tegema sissemakseid nendesse pensioniskeemidesse.

9. Teises sambas osalejate kohta, keda põhikohtuasi ainsana käsitleb, näeb seaduse nr 411/2004 artikkel 31 ette, et isik ei või samaaegselt liituda mitme pensionifondiga ja tal võib olla ainult üks konto pensionifondis, millega ta liitub.

10. Vastavalt seaduse nr 411/2004 artikli 32 lõikele 1 registreerub isik pensionifondis alles siis, kui ta kirjutab alla individuaalse liitumislepingu kas omal algatusel või selle tulemusena, et registreerimisasutus määrab talle fondi.

11. Seaduse nr 411/2004 artikkel 33 sätestab, et isiku, kes ei ole teatud aja jooksul juba liitunud mõne eraõigusliku pensionifondiga, määrab registreerimisasutus juhuslikult mõnda pensionifondi. See määramine toimub proportsionaalselt iga valdusühingu saavutatud turuosadega (artikli 33 lõige 2).

B. *Erinormid, mis käsitlevad esialgset liitumist erapensionifondiga, liitumiste kehtivaks tunnistamise menetlust ja liitumata osalejate juhuslikku ärajaotamist*

12. Erapensionifondiga esialgse liitumise menetlus ning liitumise kehtivaks tunnistamise ja juhuslikku ärajaotamise menetlus oli reguleeritud määrusega nr 18/2007 esialgse liitumise ja erapensionifondide liikmete registreerimise kohta [3], mida on muudetud ja täiendatud määrusega nr 31/2007 [4];edaspidi „määrus nr 18/2007".

2 — Seadus nr 411/2004, uuesti avaldatud *Monitorul Oficial al României*'s nr 482, 18.7.2007, muudetud ja täiendatud valitsuse erakorralise määrusega nr 112/2007, mis avaldati *Monitorul Oficial al României*'s nr 710, 22.10.2007 (edaspidi „seadus nr 411/2004").

3 — Avaldatud *Monitorul Oficial al României*'s nr 503, 27.7.2007.

4 — Avaldatud *Monitorul Oficial al României*'s nr 746, 2.11.2007.

13. Määruse nr 18/2007 artikli 17 lõike 1 alusel pidi eraõiguslikult hallatava pensionifondiga esialgse liitumise protsess kestma neli kuud ning see ajavahemik algas 17. septembril 2007 ja lõppes 17. jaanuaril 2008 (määruse nr 18/2007 artikli 5 lõige 6). Selle aja jooksul olid kõik isikud, kes olid 31. detsembri 2007. aasta seisuga alla 35-aastased või said sel kuupäeval 35-aastaseks, kui nende puhul on lisaks täidetud teatud tingimused, kohustatud liituma mõne erapensionifondiga (määruse nr 18/2007 artikli 4 lõige 1 ja artikli 5 lõige 3).

14. Liitumise kehtivaks tunnistamise ja liikmete juhusliku jaotamise menetluse kohta (määruse nr 18/2007 artiklid 19-31) sätestas määrus nr 18/2007, et valdusühingud peavad esitama Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale'le (riiklik pensioni ja muude sotsiaalkindlustushüvitiste amet, edaspidi „CNPAS") kaks korda kuus (iga kuu 1. ja 15. kuupäeval) aruande, mis sisaldab andmeid isikute kohta, kes sõlmisid individuaalse liitumislepingu selle aruande koostamisele eelnenud kahe nädala jooksul. Kui ühe või mitme valdusühingu kaks korda kuus esitatavatest aruannetest selgub, et isik on sõlminud mitu individuaalset liitumislepingut, või kui tuvastatakse, et tema liitumisleping leiti olevat ajutiselt kehtiv mõne varasema aruande raames, kannab CNPAS asjaomase isiku elektroonilisse tabelisse, milles on näidatud mitme fondiga liitunud isikud (määruse nr 18/2007 artikli 21 lõige 1). Sellisel juhul olid fondide valdusühingud õigusaktide kohaselt kohustatud kontrollima individuaalse liitumislepingu ja isikutunnistuse koopia ehtsust, millel on selle isiku käsitsi kirjutatud allkiri, kelle kohta ilmneb, et ta on kirjutanud alla mitmele individuaalsele liitumislepingule, ja lepingu ehtsuse tuvastamise korral said valdusühingud edastada CNPAS-ile järgmises kuuaruandes uuesti teabe asjaomase isiku liitumise kohta.

15. Isikud, kelle liitumine oli ajutiselt kehtivaks tunnistatud, registreeriti esialgse liitumise protsessi lõpus kui kinnitatud liikmed, ning need isikud, kelle puhul ilmnes, et nad on alla kirjutanud rohkem kui ühele individuaalsele liitumislepingule, registreeriti kinnitamata liitujatena ning nad jaotati ära juhuslikult.[5] Sellest tulenevalt tuli juhuslikku jaotamist kohaldada isikute suhtes, kes olid esialgse liitumise etapis küll kohustatud liituma mõne erapensionifondiga, kuid ei teinud seda, ning nende suhtes, kes on registreeritud kui isikud, kelle liitumine ei ole kehtiv. Jaotamise ühte erapensionifondi teostas CNPAS otseses vastavuses iga erapensionifondi nende liikmete arvuga, kelle liitumine on kehtivaks tunnistatud, võttes aluseks kõikide erapensionifondide nende liikmete koguarvu, kelle liitumine on kehtivaks tunnistatud.

16. Määrus nr 31/2007, millega muudeti ja täiendati määrust nr 18/2007, sätestas peale selle, et valdusühingud on kohustatud teatama liikmetele 15 päeva jooksul alates liitumise kehtivaks tunnistamise kuupäevast, millise pensionifondi liikmeks nad kinnitati. Kui teavitatud liikmed ei olnud nimetatud fondiga alla kirjutanud individuaalset liitumislepingut, oli neil võimalus esitada kirjalik taotlus CSSPP-le ja pärast selle kohta otsuse tegemist teavitas CSSPP valdusühingut, kas isik on erapensionifondiga liitunud või mitte.

II. **Vaidluse aluseks olevad asjaolud ja eelotsuse küsimus**

17. ING Pensii on eraõiguslik pensionifondi valdusühing. See tegutseb eelkõige kohustuslike erapensionide turul Rumeenias.

5 — Pärast määrusega nr 31/2007 tehtud muudatusi toimus rohkem kui ühele liitumislepingule alla kirjutanud isikute kinnitamine või kinnitamata jätmine kord kuus: 15. novembril (1. ja 15. oktoobri ning 15. novembri aruannete osas), 15. detsembril (1. ja 15. detsembri aruannete osas) ja 17. jaanuaril 2008 (1. ja [1]5. jaanuari 2008. aasta aruannete osas).

18. Käesoleva kohtuasja aluseks on Consiliul Concurenței läbi viidud uurimine, mis käsitles konkurentsiseaduse (legea concurenței) nr 21/1996[6] artikli 5 lõike 1 ja EÜ artikli 81 (nüüd ELTL artikkel 101) võimalikku rikkumist Rumeenia kohustuslike pensionifondide (teine sammas) eraõigusliku haldamise turul.

19. Selle uurimise lõpus jõudis Consiliul Concurenței eelkõige järeldusele, et kõnealusel turul oli konkurentsivastaseid kokkuleppeid, mille eesmärk oli klientide jaotamine neid fonde haldavate äriühingute vahel.

20. Consiliul Concurenței karistas 7. septembri 2010. aasta otsusega nr 39 neist 14 valdusühingut, sealhulgas kassatsioonkaebuse esitajat. Kõnealused kokkulepped, mis sõlmiti enamasti kahepoolselt ja erinevas vormis, puudutasid mitme fondiga liitunud isikuid. Neid kokkuleppeid sõlmides jaotasid erapensionifondide valdusühingud mitme fondiga liitunute arvu omavahel ära võrdsete osadena (kriteeriumi 50%-50% põhjal) ja üritasid nõnda vältida seda, et jaotamist teostaks CNPAS.

21. ING Pensii palus 4. oktoobril 2010 Curtea de Apel București'l (Bukaresti apellatsioonikohus) esimese võimalusena tühistada otsus nr 39 ja teise võimalusena tühistada see otsus osaliselt nii, et vähendataks määratud rahatrahvi summat.

22. Kassatsioonkaebuse esitanud äriühing väitis, et kõnealune kokkulepe ei olnud vastuolus konkurentsiseaduse artikli 5 lõikega 1 ja täidetud ei olnud ka ELTL artikli 101 lõike 1 kohaldamise tingimused. Ta väitis eelkõige, et mitme fondiga liitunutena registreeritud isikute jaotamisel ei olnud mitte mingisuguseid tagajärgi, mis oleksid piiranud, takistanud või kahjustanud konkurentsi Rumeenia kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turul või selle ühes olulises osas. ING Pensii väitis samuti, et erapensionifondide valdusühingute vahelist konkurentsi ei kõrvaldatud, kuna need konkureerisid omavahel esialgse liitumisperioodi jooksul.

23. Consiliul Concurenței omakorda väitis, et erapensionifondide valdusühingute, sealhulgas ING Pensii vahel sõlmitud kokkuleppe konkurentsivastase olemuse tuvastamiseks tuli arvesse võtta kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turu loomise ja toimimise aluseks olnud õiguslikku raamistikku ning selle turu eripärasid, kus kokkulepe sõlmiti.

24. Curtea de Apel București jättis 6. veebruari 2012. aasta otsusega nr 749 ING Pensii apellatsioonkaebuse rahuldamata.

25. Kassaatorist äriühing esitas seejärel kassatsioonkaebuse eelotsusetaotluse esitanud kohtule. Ta kinnitas eelkõige, et mitme fondiga liitunute fondidesse määramisel teistsuguse arvutussüsteemi kasutamine kui seaduses sätestatud süsteem ei kujuta endast mitte konkurentsiseaduse rikkumist, vaid äärmisel juhul kohustuslike erapensionide sektorit reguleerivate konkreetsete õigusnormide rikkumist. Kuna kokkulepe piirdus mitme fondiga liitunute jaotamisega, ei saanud see pealegi kahjustada konkurentsi asjaomasel turul, sest mitme fondiga liitunud, kes moodustasid alla 1,5% turust, ei olnud erapensionifondide valdusühingute vahelise konkurentsi esemeks.

26. ING Pensii väitis samuti, et tal ei olnud mingit praktilist või majanduslikku laadi huvi mitme fondiga liitunute hulga võrdsete osadena jaotamiseks, kuna tal oli 15. oktoobri 2007. aasta seisuga juba kõige suurem turuosa. Peale selle oli kokkuleppel tema väitel positiivne mõju, sest see muutis kohustuslike erapensionifondidega liitumise protsessi tõhusamaks, kuna liitujatel oli suurem võimalus, et nende valikut arvestatakse, kui juhusliku ärajaotamise puhul.

6 — Muudetud, täiendatud ja uuesti avaldatud redaktsioonis seadus (*Monitorul Oficial al României* nr 240, 3.4.2014). Selles sättes on ette nähtud, et „[k]eelatud on kõik sellised ettevõtjate või ettevõtjate ühenduste vahelised sõnaselged või vaikivad kokkulepped, ettevõtjate ühenduste otsused ja kooskõlastatud tegevus, mille eesmärgiks või tagajärjeks on piirata, takistada või kahjustada konkurentsi Rumeenia turul või selle ühes osas, iseäranis need kokkulepped, otsused ja tegevus, millega: […]"
c) jagatakse turge või tarneallikaid […]".

27. Kassatsioonkaebuse esitaja väitis viimaks, et käesoleval juhul ei ole tõendatud, et mitme fondiga liitunute fondidesse määramisel teistsuguse arvutussüsteemi valimise tagajärjeks oli kohustuslike erapensionifondide riikliku turu eraldamine. Kuna tegemist on kokkuleppega, mis puudutab väga väikest osa Rumeenia turust, on tema väitel ilmne, et tegelik või potentsiaalne mõju on tühine ega ole igal juhul niisugune, et avaldaks mõju Euroopa Liidu turule.

28. Consiliul Concurenței palus jätta kassatsioonkaebus rahuldamata, väites sisuliselt, et mitme fondiga liitunute ärajaotamise kokkulepe võis kahjustada konkurentsi kohustuslike erapensionifondide turul ja sellel oli seeläbi konkurentsivastane eesmärk. Ta leiab, et võimalus, et kokkulepe tekitab negatiivset mõju, ning turu ja tarneallikate jagamises seisneva rikkumise tuvastamine ei sõltu nende klientide arvust, kes tegelikult ära jaotati, sest see näitaja kuulub kokkuleppe konkreetsete tagajärgede alla.

29. Neil asjaoludel otsustas eelotsusetaotluse esitanud kohus menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas klientide ärajaotamise konkreetse praktika olemasolu korral on nende konkreetne ja lõplik arv asjakohane selle otsustamisel, kas on täidetud konkurentsi märkimisväärset kahjustamist käsitlev tingimus ELTL artikli 101 lõike 1 punkti c tähenduses?”

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, Rumeenia valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid Euroopa Kohtule kirjalikud seisukohad ja nad kuulati ära 11. veebruari 2015. aasta kohtuistungil.

III. **Eelotsuse küsimuse analüüs**

31. Kõnesoleva eelotsusetaotlusega palutakse Euroopa Kohtul selgitada, kas ja millisel määral on põhikohtuasjas kõne all olevate jaotamise kokkulepetega puudutatud isikute arv asjakohane näitaja selleks, et määrata kindlaks, kas need kokkulepped kuuluvad ELTL artikli 101 lõikes 1 sätestatud kokkulepete keelu alla.

32. Arvestades eelotsusetaotluse esitanud kohtu antud teavet, tuleb eelnevalt teha kaks täpsustust.

33. Esiteks olen arvamusel, et kuigi põhikohtuasi näib otseselt käsitlevat üksnes Rumeenia siseriiklike konkurentsialaste õigusnormide, st eelkõige konkurentsiseaduse artikli 5 lõike 1 kohaldamist, tuleb küsimus tunnistada selgelt vastuvõetavaks. Käesolevas asjas seadis ING Pensii kahtluse alla ELTL artikli 101 kohaldatavuse, kuid eelotsusetaotluse esitanud kohus lükkas selle vastuväite tagasi. Kuna kohtuasja võtmeküsimuseks on just selle sätte kohaldatavuse tingimused, siis iseenesestmõistetavalt tuleb kohtu seisukohaga nõustuda.

34. Lisaks olgu märgitud, et selle siseriikliku õigusnormi praegu kehtivas redaktsioonis on peaaegu sõna-sõnalt korratud ELTL artikli 101 lõikes 1 kehtestatud konkurentsi piiravate kokkulepete keeldu. Neil asjaoludel leian, et, järgides paljusid kohtupraktikas kasutatud lahendusi, mis käsitlevad siseriikliku konkurentsiõiguse kohaselt piiravat tegevust[7], tuleb kõnesolev eelotsustaotlus vastu võtta. Euroopa Liidul on nimelt kindel huvi, et lahknevate tõlgenduste vältimiseks tulevikus tõlgendatakse liidu õigusest ülevõetud sätteid või mõisteid ühetaoliselt, olenemata sellest, millistel asjaoludel neid kohaldatakse.[8]

7 — Vt eelkõige kohtuotsused Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punktid 12-22), Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, punktid 13-23), ETI jt (C-280/06, EU:C:2007:775, punktid 19-29) ja Allianz Hungária Biztosító jt (C-32/11, EU:C:2013:160, punktid 17-23).

8 — Vt kohtuotsus Allianz Hungária Biztosító jt, C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 20 ja seal viidatud kohtupraktika.

35. Teiseks tuleb märkida, et kuigi vaidluse keskmeks tundub olevat just küsimus, kas põhikohtuasjas oli tegemist „eesmärgil põhineva" konkurentsipiiranguga, mida käesolevas ettepanekus kõige põhjalikumalt arutatakse, tuleb eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimuse sõnastuse üldise laadi tõttu käsitleda samuti üldisemalt konkurentsi märkimisväärse mõjutamise tingimust. Eelotsusetaotluse esitanud kohus rõhutas lisaks, et käesolevas asjas tuleb võtta seisukoht nii asjaomase kokkuleppe konkurentsivastase laadi kohta kui ka küsimuse kohta, kas kokkulepped mitme fondiga liitunute arvu ärajaotamise kohta võisid muuta kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turu struktuuri, avaldades sellele märkimisväärset mõju.

A. *Vaidlusaluste kokkulepetega konkreetselt puudutatud isikute arvu asjakohasus konkurentsi piirava eesmärgi kindlaksmääramisel*

36. Käesolevas asjas pean eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusele vastamiseks mõõdapääsmatuks analüüsida vaidlusaluseid jaotamise kokkuleppeid, tuletades enne seda meelde asjakohast kohtupraktikat. Kuigi lõpuks tuleb ainuüksi eelotsusetaotluse esitanud kohtul otsustada, kas need kokkulepped kuuluvad oma laadilt ELTL artikli 101 lõikes 1 sätestatud kokkulepete keelu alla, on Euroopa Kohtul siiski palutud anda liikmesriigi kohtule selgitusi, et määrata kindlaks, kas nendel kokkulepetel on konkurentsivastane eesmärk või, eitava vastuse korral, konkurentsivastane tagajärg.

1. Kohtupraktikast tulenevate juhiste meeldetuletus

37. Meenutagem, et ELTL artikli 101 lõikes 1 kehtestatud keelu alla kuulumiseks peab kokkuleppe, ettevõtjate ühenduse otsuse või kooskõlastatud tegevuse „eesmärgiks *või* tagajärjeks"[9] olema takistada, piirata või kahjustada konkurentsi siseturul.

38. Alates kohtuotsusest LTM[10] väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et selle tingimuse alternatiivse olemuse tõttu – mida märgib sidesõna „või" – on vaja kõigepealt uurida kokkuleppe eesmärki ennast, arvestades selle rakendamise majanduslikku konteksti. Nii ei ole vaja juhul, kui kokkuleppe konkurentsivastane eesmärk on tuvastatud, uurida selle tagajärgi konkurentsile.

39. „Eesmärgil" põhinevate rikkumiste ja „tagajärjel" põhinevate rikkumiste vahelise eristuse kohta nähtub taas väljakujunenud kohtupraktikast, nagu veel alles hiljuti on uuesti toonitatud kohtuasjas, milles tehti otsus CB *vs.* komisjon[11], et see eristus põhineb asjaolul, et teatud liiki kooskõlastamine ettevõtjate vahel on konkurentsile *piisavalt kahjulik* selleks, et võiks järeldada, et selle *kooskõlastamise tagajärgi ei ole vaja kontrollida*.

40. Selles osas on nüüdseks selgelt välja kujunenud, et ettevõtjatevahelise kooskõlastuse teatud vorme võib juba nende olemuse poolest pidada tavapärase konkurentsi nõuetekohast toimimist kahjustavaks. Seega tuleb nentida, et teatud salajasi tegevusi, nagu hindade horisontaalne kindlaksmääramine kartellide poolt, võib pidada selliseks, et nendel võib olla niivõrd negatiivne mõju eelkõige kaupade ja teenuste hinnale, kogusele või kvaliteedile, et ELTL artikli 101 lõike 1 kohaldamisel võib pidada tarbetuks tõendada, et neil on turule tegelik mõju. Nimelt näitab kogemus, et sellised tegevused toovad kaasa tootmise languse ja hinnatõusu, lõppedes ressursside halva jaotumisega eelkõige tarbijate kahjuks.[12]

9 — Kohtujuristi kursiiv.

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

12 — Kohtuotsus CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punktid 49-51 ja seal viidatud kohtupraktika).

41. Selleks, et hinnata, kas ettevõtjatevaheline kokkulepe või ettevõtjate ühenduse otsus kahjustab konkurentsi piisavas ulatuses, et seda saaks pidada „eesmärgil põhinevaks" konkurentsipiiranguks ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses, tuleb tähelepanu pöörata selle tingimuste sisule, eesmärkidele, mida sellega soovitakse saavutada, ning majanduslikule ja õiguslikule kontekstile, millesse see kuulub. Selle konteksti hindamisel tuleb samuti arvesse võtta asjassepuutuvate kaupade või teenuste laadi ning asjaomase turu või turgude tegelikku toimimist ja struktuuri. Lisaks, kuigi selle kindlakstegemisel, kas ettevõtjatevaheline kokkulepe kujutab endast piirangut, ei ole poolte tahe vajalik asjaolu, ei keela mitte miski konkurentsiasutustel või siseriiklikel ja liidu kohtutel seda arvesse võtta. [13]

42. Ma märkisin ka oma ettepanekus kohtuasjas CB *vs.* komisjon [14], et kuigi standardsem hindamine, mis on „eesmärgipõhise" piirangu mõiste kasutamise tulemuseks, eeldab vaidlusaluse kokkuleppe üksikasjalikku ja individuaalset analüüsi, peab see analüüs siiski olema selgelt eristatud süüdistatavate ettevõtjate tegevuse tegelike või võimalike tagajärgede analüüsimisest.

43. Olen seisukohal, et majandusliku ja õigusliku konteksti arvesse võtmist konkurentsivastase eesmärgi uurimisel tuleb, vältimaks ELTL artikli 101 lõike 1 õiget käsitust kahjustava nihke tekkimise riski, selgelt eristada konkurentsivastaste tagajärgede tõendamisest kõnealuses sättes kehtestatud alternatiivi teise võimaluse alusel. Konteksti arvesse võtmine konkurentsivastase eesmärgi tuvastamisel saab üksnes kinnitada või neutraliseerida oletatava keelatud kokkuleppe enda tingimuste analüüsi. See ei saa mitte kuidagi konkurentsivastase eesmärgi tegelikult tuvastamata jätmist korvata asjaomaste meetmete võimalike tagajärgede näitamisega. Teisisõnu, ja olenemata selle alternatiivi kahe võimaluse vahelisest mõistete sarnasusest, ei saa „eesmärgil põhineva" piirangu tuvastamise puhul teha majanduslikule ja õiguslikule kontekstile tuginemise tulemusena hinnangut süüdistatavate ettevõtjate kahjuks, kui kokkuleppe tingimustest ei ilmne selle kahjulikkus konkurentsile. [15]

44. Neid täpsustusi silmas pidades analüüsingi vaidlusaluseid kokkuleppeid, tuletades kõigepealt kokkuvõtlikult meelde nende üldist konteksti ja väljatöötamise viisi.

2. Vaidlusaluste kokkulepete üldise konteksti ja väljatöötamise viisi kirjeldus

45. Põhikohtuasjas vaidluse all olevad kahepoolsed kokkulepped, mis erapensionifondide valdusühingud sõlmisid mitme fondiga liitunute ärajaotamiseks, kuuluvad konteksti, kus alates 2007. aastast muutus kuni 35-aastaste isikute jaoks (teise samba alla kuuluvad isikud) kohustuslikuks liituda ühega kaheksateistkümnest erapensionifondist, mis on saanud vastava loa.

46. Arvestades teise samba alla kuuluvate isikute liitumise kohustuslikkust ühe (ja ainuüksi ühe) pensionifondiga, ei saanud ette näha, et umbes neljakuuse esialgse liitumise perioodi lõpus ei loeta asjaomaseid isikuid ühe kindla pensionifondi liikmeteks.

47. Neil asjaoludel on oluline märkida, et vastavalt kehtivatele õigusaktidele hakkab pensionifondiga liitumine õiguslikult kehtima alles siis, kui see on registreeritud CNPAS-is. Enne seda registreerimist ei ole konkreetse fondiga liitumisel mingit kehtivust ja ei saa eeldada, et sellega on liitutud. Samuti tuleb rõhutada, et isikul, kes liitus mõne eraõiguslikult hallatava pensionifondiga ja kes registreeriti CNPAS-is selle fondiga liitunuks, ei ole võimalik muuta oma liitumist enne kahe aasta möödumist, ilma et ta kannaks suuri kulusid; ning see seiskab teatud mõttes liitumised tulevikku silmas pidades.

13 — Kohtuotsus CB *vs.* komisjon (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punktid 53 ja 54 ning seal viidatud kohtupraktika).

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

15 — *Ibidem*, punktid 44 ja 45.

48. Seega juhul, kui liitujaid on nimetatud mitme valdusühingu aruannetes (mitme fondiga liitunud) ja ühel või teisel põhjusel ei olnud võimalik liitumislepingut kontrollida, nägi seadusandja ette, et liitujad tuleb jaotada ära „juhuslikult” ja otseses vastavuses iga erapensionifondi nende liikmete arvuga, kelle liitumine on kehtivaks tunnistatud; võttes arvesse kõikide erapensionifondide nende liikmete koguarvu, kelle liitumine on kehtivaks tunnistatud.

49. Seega peegeldas see jaotamine sisuliselt osalevate pensionifondide vahelist konkurentsi liitumisperioodil, sest see oli proportsionaalne iga fondi puhul kinnitatud liikmete arvuga jaotamise hetkel. Euroopa Kohtule Consiliul Concurenței poolt esitatud teabest selgub, et jaotamine kehtivaks tunnistatud liitumislepingute arvu alusel oli meede, mis innustas turuosaliste aktiivsemat osalemist, et tuua juurde liikmeid ning tagada konkurentsil põhinev turustruktuur.

50. Endiselt Consiliul Concurenței esitatud teabest selgub viimaks, et vaidlusaluste jaotamiskokkulepete mitteametlikult toimunud sõlmimine algas enne esialgset liitumisperioodi, mis algas 14. septembril 2007.[16] Sel ajal ei olnud aga võimalik teha kindlaks ega isegi mitte hinnata mitme fondiga liitunutena registreeritud liikmete lõplikku arvu. Teisisõnu, pensionifondide valdusühingud otsustasid kõnealuste kokkulepete sõlmimisega kalduda kõrvale mitme fondiga liitunute õiguspärase jaotamise süsteemist, jaotades ise oma kliente, teadmata lõpuks puudutatud isikute täpset arvu.

51. Viimasena märgin, et mitme fondiga liitunutena registreeritud liikmete jaotamine toimus enamasti kahepoolselt suurema osa pensionifondide valdusühingute vahel. Valdusühingute vahel võrdsete osadena toimunud jaotamise tulemusena eemaldati puudutatud isikud mitme fondiga liitunute registrist ja nende liitumine ühega kahest fondist kinnitati CNPAS-is. Kuna valdusühingud ei teostanud õigusnormides ette nähtud liitumiste ehtsuse kontrolli ja jaotamine toimus kriteeriumi 50%-50% põhjal, eirasid nad teadlikult norme, mis peegeldasid nende ühingute vahel toimuma pidanud konkurentsi tulemust.

52. Neid kaalutlusi arvesse võttes tulebki analüüsida, kas kõnealuseid kokkuleppeid saab pidada niisugusteks, et need ise on konkurentsi jaoks piisavalt kahjulikud ja seega „eesmärgilt” piiravad, või mitte.

3. Analüüs, kas vaidlusalustes mitme fondiga liitunute jaotamise kokkulepetes sisaldub „eesmärgil põhinev” piirang ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses

53. Selleks kasutan eespool kirjeldatud analüüsiskeemi, uurides üksteise järel jaotamise kokkulepete sisu, nendega taotletavaid eesmärke ning nende majanduslikku ja õiguslikku konteksti.

a) Vaidlusaluste jaotamise kokkulepete sisu

54. Vaidlusaluste kokkulepetega leppisid teatud valdusühingud esmapilgul kokku jagada kahepoolselt isikud, kes ei ole lõplikult liitunud ja kes on registreeritud kui isikud, kes on sõlminud erinevate pensionifondidega mitu liitumislepingut.

16 — Consiliul Concurenței uurimise käigus kogutud teabe kohaselt tegi üks valdusühingutest 15. augustil 2007 konkureerivatele ühingutele ettepaneku sõlmida kahe- ja mitmepoolseid kokkuleppeid, mis määravad kindlaks vastastikused kehtivaks tunnistamise kriteeriumid mitme fondiga sõlmitud liitumislepingute puhul ning millega määratakse rahaline karistus äriühingutele, kes neid kriteeriume ei järgi. Mitme fondiga liitunute ärajaotamise kokkuleppeid, millega kalduti kõrvale õigusnormidega kehtestatud korrast, pakuti välja ka Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (Rumeenia erapensionide haldamise ühendus) koosolekul.

55. Erapensionifondide valdusühingud, mille liikmete puhul oli selgunud, et nad olid kirjutanud alla mitmele individuaalsele liitumislepingule, leppisid nimelt kokku jaotada mitme fondiga liitunud (kes olid kõikide valdusühingute võimalikud kliendid) kahepoolselt, reegli 50%-50% põhjal, kuigi valdusühingud olid kohustatud eelnevalt kontrollima nende liikmete tegelikku tahet, kelle puhul ilmneb, et nad on sõlminud kaks liitumislepingut, ja vajadusel teatama igast liitumislepingust CNPAS-ile, kusjuures need liikmete liitumised tuleb tunnistada kehtetuks ning nad tuleb kanda juhusliku jaotamise süsteemi alla.

56. Kuigi, nagu ING Pensii oma seisukohtades väitis, võis mõnes mõttes eeldada, et need isikud on üles näidanud teatud eelistust liitumiseks ühega kahest asjassepuutuvast fondist, nähtub asjakohastest siseriiklikest õigusaktidest, et isik saab pensionfondi liikmeks siiski ainuüksi individuaalse liitumislepingu sõlmimisega, mis peab seejärel olema nõuetekohaselt registreeritud pädevas asutuses (seaduse nr 411/2004 artikli 32 lõiked 1-4).

b) Vaidlusaluste kokkulepete objektiivsed eesmärgid

57. On üsna selge, et kõnealuste kokkulepete sõlmimise eesmärk oli kalduda kõrvale mitme fondiga liitunute juhusliku jaotamise süsteemist, mis on ette nähtud kehtivate õigusnormide alusel.

58. Nende õigusaktide kohaselt tuli mitme fondiga liitunute liitumised nimelt kehtetuks tunnistada ja nad tuli juhuslikult ära jaotada *kõigi* valdusühingute vahel, keda esialgse liitumise perioodil oli kokku 18. Vaidlusaluste kokkulepete sõlmimisega tagasid asjassepuutuvad valdusühingud liikmete arvu jaotamise omavahel võrdsete osadena.

59. Vaidlusaluste kokkulepete sisu ja objektiivseid eesmärke arvestades selgub, et need kokkulepped on lähedased klientide jagamise kokkulepetele, mis võivad juba oma laadi poolest olla piisavalt kahjulikud. Nimelt selgub, et need kokkulepped võivad kahjustada kohustuslike erapensionide turul konkurentsi turu kujunemise võtmestaadiumis.

60. Neil asjaoludel on minu arvates oluline meenutada, et valdusühingute vahel jaotamiskokkulepete sõlmimise ajal, mis leidis sageli aset lausa enne liitumisperioodi algust, ei olnud mitme fondiga liitunute registris nimetatavate isikute arv kindel. Seda, kas kõnealused kokkulepped võisid turgu märgatavalt mõjutada, tuleb aga analüüsida nende kokkulepete sõlmimise ajal teada olnud asjaolusid arvestades ja arvesse ei saa võtta pärast nende kokkulepete sõlmimist tehtud faktilisi järeldusi.

61. Käesolevas asjas ei saa eitada seda, et kõnealused kokkulepped võisid muuta turu struktuuri, viies teatud hulga kliente pensionifondide vahelise konkurentsi alt välja. See võimalus on olemas sõltumatult konkreetsetest tagajärgedest, mida täheldati või oleks võinud täheldada.

62. Minu analüüsi praeguses staadiumis olen seega seisukohal, et need kokkulepped on *prima facie* konkurentsi piiravad, tulenevalt nende eesmärgist endast.

63. Nagu ma alljärgnevalt näitan, ei saa majandusliku ja õigusliku konteksti arvesse võtmine minu arvates seda esmast järeldust ümber lükata.

c) Vaidlusaluste kokkulepete tegemise majandusliku ja õigusliku konteksti arvesse võtmine

64. Nagu ma eespool märkisin, tähendab vajadus eristada kindlalt teineteisest „eesmärgil põhineva” ja „tagajärjel põhineva” piirangu tuvastamist, et asjaomaste kokkulepete tegemise konteksti uurimine ei saa sarnaneda kokkuleppe tagajärgede endi uurimisega. Kuigi liikmesriigi kohus peab igal juhul hindama kokkuleppeid eraldi nende sõlmimise õiguslikus ja majanduslikus kontekstis, ei tähenda see hindamine kokkulepete põhjustatud tegelike ja võimalike tagajärgede ning vajadusel nende tagajärgede olulisuse täpset analüüsi.

65. Konteksti arvessevõtmine konkurentsivastase eesmärgi tuvastamisel võib seega üksnes *kinnitada või neutraliseerida* oletatava keelatud kokkuleppe enda tingimuste ja objektiivsete eesmärkide analüüsi. See ei saa mitte kuidagi korvata konkurentsivastase eesmärgi tegelikult tuvastamata jätmist asjaomaste meetmete võimalike tagajärgede näitamisega. Selle järelduse saab minu arvates täiesti loomulikult teha Euroopa Kohtu kasutatud sõnastusest, millega on piisavalt selgelt väljendatud, et juhul, kui kokkuleppe *sisu* analüüsist ei ilmne konkurentsi kahjustamine piisavas ulatuses, tuleb uurida kokkuleppe tagajärgi ning selle keelatuks tunnistamiseks peavad esinema kõik asjaolud, mis tõendavad, et konkurentsi tegelikult märgatavalt takistati, piirati või kahjustati.[17]

66. See täpsustus on minu arvates käesolevas asjas oluline, sest asjaomaste kokkulepete sisu ja objektiivsete eesmärkide analüüsi järel selgub, et need on oma laadilt konkurentsi jaoks sedavõrd kahjulikud, et tuleb nentida, et need sisaldavad *a priori* „eesmärgil põhinevat" piirangut ELTL artikli 101 lõike 1 tähenduses.

67. Konteksti analüüsimine sellistel asjaoludel, nagu on tegemist põhikohtuasjas, peab samuti võimaldama kindlaks teha, kas, vaatamata kokkulepete *prima facie* konkurentsivastasele olemusele, saab erapensionifondide valdusühinguid süüst vabastada vaidlusaluste jaotamise kokkulepete sõlmimise majanduslikku ja õiguslikku konteksti arvestades või selle konteksti uurimise tulemus hoopiski kinnitab kokkulepete tingimuste ja sõlmimisel taotletud eesmärkide analüüsimise järel tehtud järeldust, et nendel kokkulepetel on konkurentsivastane eesmärk.

68. Majandusliku ja õigusliku konteksti osas, mis käesoleval juhul on omavahel tugevalt seotud, nähtub nii eelotsusetaotluse esitanud kohtu kui ka huvitatud poolte esitatud teabest, et vaidlusaluste jaotamise kokkulepete tegemise konteksti iseloomustavad järgmised asjaolud.

69. Esiteks, kokkulepped sõlmiti Rumeenias uue turu („infant market"), st kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turu tekkimise kontekstis, mille loomine algas 2007. aastal, kui CSSPP andis loa teatud hulgale äriühingutele, mille ainus tegevusala on kõnealune haldamine. Selle turu kujunemisel, mis oli Consiliul Concurenței andmetel suunatud umbes neljale miljonile inimesele, oli esialgse liitumise periood vaieldamatult otsustav etapp selle turu struktuuri ja igale loa saanud valdusühingule kuuluvate osade kindlaksmääramiseks.

70. Seda silmas pidades pidi õigusaktidega ette nähtud arvutusviis, millega jaotatakse juhuslikult ja proportsionaalselt ära isikud, kes ei ole mõne pensionifondiga liitunud või kelle puhul ei ilmne, et nad on teinud kehtiva valiku (nagu mitme fondiga liitunud), ja kelle arvu ei olnud võimalik teada, valdusühingute vahelise konkurentsi innustamise kontekstis eelkõige säilitama ja tagama selle uue kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turu struktuuri, mis vastab iga valdusühingu tehtud pingutustele, et tõmmata esialgse liitumise järgus ligi kõige rohkem liikmeid, ning isikute tegelikult ja õiguspäraselt väljendatud valikule.

71. Teiseks tuleb märkida, et kohustuslike pensionifondide eraõigusliku haldamise turu loomine sai teoks suhteliselt lühikese aja jooksul, st nelja kuuga, mille järel iga valdusühingu positsioon võib otsustavalt mõjutada nendele seejärel kuuluvaid turuosasid. Juba selle turu olemus ja asjaolu, et liikmed võivad saada olulise rahalise karistuse (seaduses nr 411/2004 ette nähtud üleminekutrahv) oma fondi valiku muutmise korral, eeldab, et asjaomaste tarbijate liikuvus on piiratud, ja kinnistab teatud mõttes liitumisperioodi lõpus asjaomastele valdusühingutele kuuluvad turuosad.

72. Kolmandaks, kuigi ING Pensii märkuste kohaselt väitsid teatud valdusühingud, et jaotamise kokkulepete eesmärk oli korvata praktilist laadi raskusi ja parandada õigusnormide kohast jaotamise korda, mida peeti tegelikkuses ebatõhusaks, tuleb märkida, et väga tõenäoliselt sõlmiti vaidlusalused kokkulepped veel enne, kui tekkis mis tahes raskus seoses esialgse liitumise protsessi rakendamisega.

17 — Vt eelkõige kohtuotsused LTM (56/65, EU:C:1966:38, lk 359) ja Football Association Premier League jt (C-403/08 ja C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 135 ning seal viidatud kohtupraktika).

73. Isegi kui eeldada, et tuleks nõustuda kassatsioonkaebuse esitaja argumentidega, mille kohaselt pensionifondide eraõigusliku haldamise turu rajamisega kaasnenud õiguslikule raamistikule olid iseloomulikud mitmed lüngad, ei saa see lükata ümber järeldust, et need haldajad eirasid tahtlikult õigusnormide kohaselt liikmete jaotamise jaoks ette nähtud korda, tehes seda viisil, mis võis muuta turu struktuuri, mis tuleneb nende tegelikult tehtud pingutustest, mille reaalseks tagajärjeks olid õiguspäraselt kehtivad liitumised.

74. Tuletan nimelt meelde, et asjakohaste õigusaktide kohaselt tuli mitme fondiga liitumised tunnistada kehtetuks ja liitujad tuli jaotada juhuslikult ja proportsionaalselt liitumiste kinnitamise menetluse järel ühingutele kuuluvate turuosadega. Sõlmides kahepoolselt kokkuleppeid, et jaotada omavahel ära mitme fondiga liitunud, ilma et nende fondidega liitumise kohta oleks õigusnormide alusel tehtud selgelt kehtiv valik, hoidusid valdusühingud läbipaistvate eeskirjade kohaldamisest, kahjustades vaba konkurentsi.

75. Neist kaalutlustest nähtub, et põhikohtasja konteksti puudutavad asjaolud ei lükka minu arvates ümber järeldust, et jaotamise kokkulepetel on konkurentsivastane eesmärk, vaid need hoopis kinnitavad seda järeldust.

76. Leian, et sedalaadi kokkulepped on ilmselgelt vastuolus konkurentsi puudutavate ELTL sätete mõttega, mille kohaselt peab iga ettevõtja otsustama sõltumatult, millisel viisil ta kavatseb turul tegutseda, ja vabalt konkureerima turul iga kliendi pärast. Kõnealuste kokkulepete sõlmimine kujutas endast valdusühingute vahelist kooskõlastust, mille eesmärgiks oli vähendada konkurentsiriske. [18]

77. Sellest tulenevalt olen seisukohal, et mitmele liitumislepingule alla kirjutanud liikmete jaotamise kokkulepped, mis sõlmiti eraõiguslikult hallatavate pensionifondide valdusühingute vahel, kaldudes kõrvale õigusaktides ette nähtud korrast, täidavad kõiki tingimusi selleks, et need kvalifitseerida „eesmärgil põhinevaks” piiravateks kokkulepeteks.

78. Jääb veel üle uurida, kas jaotamise kokkulepetega konkreetselt mõjutatud isikute arv võib omada tähtsust selleks, et järeldada, et konkurentsi on märgatavalt mõjutatud.

B. *Konkreetselt mõjutatud isikute arvu asjakohasus konkurentsi olulise või märgatava mõjutamise esinemise uurimisel*

79. Kokkuvõttes ja käesoleva asja asjaolusid arvestades peab selles esitatud küsimuse tulemusena kindlaks tegema, kas vaidlusaluste jaotamise kokkulepete, millel paistab tõepoolest olevat konkurentsivastane eesmärk, konkreetne tagajärg võib olla asjakohane selleks, et tuvastada konkurentsipiirangu olemasolu.

80. Minu arvates tuleb sellele küsimusele vastata eitavalt. Kui on järeldatud, et kokkuleppel on konkurentsivastane eesmärk, ei ole vaja uurida selle konkreetseid tagajärgi.

81. Kui nende kokkulepete konkurentsivastane eesmärk on tuvastatud, ei ole nimelt enam vaja uurida küsimust, kas need mõjutavad turul märgatavalt konkurentsi. Kuivõrd konkurentsivastane tegevus on keelatud selle olemuse enda tõttu, arvestades seda, millisel määral see on konkurentsile kahjulik, ei ole mitte sugugi vajalik, et sellel oleks täpne majanduslik mõju või geograafiline ulatus.

18 — Vt selle kohta kohtuotsus Beef Industry Development Society ja Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 34).

82. Siinkohal on taas oluline meenutada, et „eesmärgilt” piirav kokkulepe on keelatud olenemata sellest, milliseid tagajärgi see lõpuks põhjustab, ainuüksi ohu tõttu, mida see kokkulepe võib konkurentsile tekitada. Nagu Euroopa Kohus eelkõige rõhutas kohtuasjas, milles tehti otsus Expedia[19], tuleb asuda seisukohale, et kokkulepe, mis võib mõjutada liikmesriikidevahelist kaubandust ja millel on konkurentsivastane eesmärk, piirab oma olemuselt ja sõltumata selle konkreetsetest tagajärgedest märgatavalt konkurentsi (kohtuotsuse punkt 37).

83. Kõikidest nendest kaalutlustest tuleneb, et niisugustel asjaoludel nagu käesolevas asjas ei ole asjakohane näitaja nende (mitme fondiga liitunud) klientide arv, kes tegelikult erapensionifondide valdusühingute vahel ära jaotati, sest see küsimus kuulub keelatud kokkuleppe konkreetsete tagajärgede alla, mida „eesmärgil põhinevate” piiravate kokkulepete puhul ei tule analüüsida. Jaotamise kokkuleppe konkurentsivastane eesmärk, täpsemalt võimalus, et see kokkulepe põhjustab turul negatiivseid tagajärgi, ei saa sõltuda mitte tegelikult jaotatud klientide konkreetsest arvust, vaid ainuüksi selle kokkuleppe tingimustest ja objektiivsetest eesmärkidest, arvestades selle sõlmimise majanduslikku ja õiguslikku konteksti.

84. Kuigi „eesmärgil põhineva” konkurentsipiirangu olemasolu tuvastamiseks ei ole vaja läbi viia kokkuleppe tagajärgede täielikku analüüsi, peab see kokkulepe siiski objektiivselt saama piirangut põhjustada. Teisisõnu ei saa kohus kokkulepete majandusliku ja õigusliku konteksti raames täielikult eirata nende võimalikke tagajärgi, arvestades nende sõlmimise ajal teada olevaid andmeid.

85. Olen nimelt arvamusel, et nõuet, mille kohaselt asjaomane piirang peab olema märgatav, ei saa „eesmärgil põhineva” piirangu esinemise korral kõrvale jätta, vaid see nõue on teatud mõttes hõlmatud majandusliku ja õigusliku konteksti uurimisega, mis viiakse läbi selleks, et teha kindlaks, kas kokkuleppel saab tegelikult olla selline piirav tagajärg. Juhul, kui kohus järeldab majandusliku ja õigusliku konteksti uurimise tulemusena, et kokkuleppel võivad olla üksnes väheolulised tagajärjed konkurentsile, arvestades eelkõige asjaomaste isikute nõrka positsiooni kõnealuste toodete turul, võib see kohus jõuda järeldusele, et selle kokkuleppe suhtes ei kohaldata ELTL artikli 101 lõiget 1.

86. Käesoleval juhul ei ilmne, et kokkulepete eespool kirjeldatud õiguslikud ja majanduslikud asjaolud võiksid seada kahtluse alla piirangu, mis võib konkurentsi märgatavalt mõjutada.

IV. **Ettepanek**

87. Kõiki eespool esitatud kaalutlusi arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumeenia) esitatud eelotsuse küsimusele järgmiselt:

ELTL artikli 101 lõike 1 punkti c tuleb tõlgendada nii, et põhikohtuasjas pensionifondide vahel sõlmitud klientide ärajaotamise kokkuleppe puhul, mis on oma olemuselt konkurentsivastase eesmärgiga rikkumine, ei ole ärajaotatud klientide konkreetne ja lõplik arv asjakohane selle otsustamisel, kas on täidetud konkurentsi piiramist käsitlev tingimus ELTL artikli 101 lõike 1 punkti c tähenduses.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.