Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 23. travnja 2015.[1]

Predmet C-172/14

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Înalta Curte de Casație şi Justiție (Rumunjska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Tržišno natjecanje – Zabranjeni sporazumi – Načini raspoređivanja klijenata na rumunjskom tržištu privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima – Postojanje ograničavanja tržišnog natjecanja ‚[s obzirom na] cilj' u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a – Utjecaj na trgovinu između država članica"

1. Ovaj predmet ima svoje izvorište u sporu između društva ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (u daljnjem tekstu: ING Pensii), koje upravlja privatnim mirovinskim fondom, i Consiliul Concurenței (rumunjsko Vijeće za tržišno natjecanje), u vezi sa zahtjevom za poništenje odluke kojom se tom društvu nalaže plaćanje novčane kazne zbog sudjelovanja u sporazumu čiji je cilj ograničavanje tržišnog natjecanja na tržištu privatnih mirovinskih fondova. Preciznije, predmet se odnosi na sporazume upravitelja obveznih privatnih mirovinskih fondova o raspoređivanju dvostrukih osiguranika, odnosno osoba koje su povredom mjerodavnih pravila ili nemarom određenih poslovnih agenata pristupile u dva fonda ili više njih tijekom početnog razdoblja pristupa koji je zakonski proveden u 2007., u daljnjem tekstu: dvostruki osiguranici.

2. Zahtjev za prethodnu odluku, velikim dijelom potaknut postojanjem različitih tumačenja rumunjskih sudova, daje Sudu mogućnost davanja određenih pojašnjenja o pojmovima ograničavanja „[s obzirom na] cilj" i znatnog utjecaja na tržišno natjecanje. Zahtjev osobito pruža priliku da se podsjeti koji se elementi moraju uzeti u obzir i koja se analitička metoda mora primijeniti kako bi se utvrdilo ima li sporazum protutržišni cilj u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a.

I – Nacionalni pravni okvir

3. Sustav raspoređivanja dvostrukih osiguranika, o kojem je riječ u ovom slučaju, uređen je rumunjskim nacionalnim zakonodavstvom o uspostavi, organizaciji i funkcioniranju tržišta privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima.

4. Nije sporno da mjerodavno nacionalno pravo ima određenu složenost. Ne nastojeći dati sveobuhvatan prikaz, u svrhe analize koja slijedi treba istaknuti sljedeće elemente.

1 — Izvorni jezik: francuski

A – *Opća pravila o pristupu privatnim mirovinskim fondovima*

5. Mirovinski sustav u Rumunjskoj čine:

— prvi stup: obvezna sastavnica koja se temelji na preraspodjeli i kojom se javno upravlja;

— drugi stup: obvezna sastavnica koja se temelji na kapitalizaciji i kojom privatno upravljaju dionička društva s ciljem upravljanja fondovima, uređena Zakonom br. 411/2004 o mirovinskim fondovima s privatnim upravljanjem (legea privind fondurile de pensii administrate privat) [2];

— treći stup: dobrovoljna sastavnica koja se temelji na kapitalizaciji i kojom se također privatno upravlja.

6. Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (Komisija za nadzor sustava privatnih mirovina) (u daljnjem tekstu: CSSPP) u razdoblju između 25. srpnja 2007. i 9. listopada 2007. primjenom Zakona br. 411/2004 odobrila je 18 trgovačkih društava s isključivim ciljem upravljanja mirovinskim fondovima, a svako od tih društava moglo je upravljati samo jednim mirovinskim fondom u Rumunjskoj.

7. U skladu s člankom 30. stavkom 1. Zakona br. 411/2004, osiguranici koji nisu navršili 35 godina starosti i doprinose u javni mirovinski sustav (prvi stup) dužni su također pristupiti u mirovinski fond s privatnim upravljanjem (drugi stup).

8. Osobe koje su navršile 45 godina starosti ili koje ne doprinose u javni mirovinski sustav (prvi stup) ne mogu pristupiti u drugi stup. Osobe između 35 i 45 navršenih godina starosti koje doprinose u prvi stup mogu odabrati sudjelovanje ili nesudjelovanje u drugom stupu (članak 30. stavak 2. Zakona br. 411/2004). Neovisno o doprinosu u prvi i drugi stup, svaka fizička osoba može doprinositi u treći stup, iako za osobe koje su dužne doprinositi u prvi i drugi stup to ne može zamijeniti doprinose u te stupove.

9. Što se tiče članova u drugom stupu, na koje se jedino odnosi predmet u glavnom postupku, članak 31. Zakona br. 411/2004 propisuje da jedna osoba ne može istodobno pristupiti većem broju fondova i da može imati samo jedan račun u mirovinskim fondovima u kojima sudjeluje.

10. U skladu s člankom 32. stavkom 1. Zakona br. 411/2004, osoba postaje član mirovinskog fonda potpisivanjem pojedinačnog akta o pristupu, bilo na vlastitu inicijativu, bilo upisom institucije zadužene za registraciju.

11. U skladu s člankom 33. Zakona br. 411/2004, svaka osoba koja u određenom roku ne pristupi jednom od privatnih mirovinskih fondova nasumično se upisuje u jedan od mirovinskih fondova posredstvom institucije zadužene za registraciju. To je raspoređivanje provedeno proporcionalno tržišnim udjelima koje je ostvario svaki od upravitelja (članak 33. stavak 2.).

2 — Zakon br. 411/2004, kako je ponovno objavljen u *Monitorul Oficial al României* br. 482 od 18. srpnja 2007. te izmijenjen i dopunjen hitnom uredbom vlade br. 112/2007, objavljenom u *Monitorul Oficial al României* br. 710 od 22. listopada 2007. (u daljnjem tekstu: Zakon br. 411/2004)

B – *Posebna pravila o početnom pristupu privatnom mirovinskom fondu, o postupku potvrđivanja pristupa i o nasumičnom raspoređivanju neosiguranih članova*

12. Postupak početnog pristupa privatnom mirovinskom fondu kao i postupak potvrđivanja i nasumičnog raspoređivanja članova uređeni su Pravilnikom br. 18/2007 o početnom pristupu i o registraciji članova u privatnim mirovinskim fondovima [3], kako je izmijenjen i dopunjen Pravilnikom br. 31/2007 [4], u daljnjem tekstu: Pravilnik br. 18/2007.

13. Na temelju članka 17. stavka 1. Pravilnika br. 18/2007, postupak početnog pristupa mirovinskom fondu s privatnim upravljanjem morao se provesti u razdoblju od četiri mjeseca, koje je počelo 17. rujna 2007. i završilo 17. siječnja 2008. (članak 5. stavak 6. Pravilnika br. 18/2007). Tijekom tog razdoblja sve osobe koje zaključno s 31. prosinca 2007. nisu navršile 35 godina bile su dužne, ako su usto ispunjavale određene pretpostavke, pristupiti jednom privatnom mirovinskom fondu (članak 4. stavak 1. i članak 5. stavak 3. Pravilnika br. 18/2007).

14. Što se tiče postupka potvrđivanja i nasumičnog raspoređivanja članova (članci 19. do 31. Pravilnika br. 18/2007), Pravilnik br. 18/2007 propisao je da su upravitelji dužni dva puta mjesečno (1. i 15. u svakom mjesecu) Nacionalnom uredu za mirovine i druga socijalna prava (Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale, u daljnjem tekstu: CNPAS) dostaviti izvješće s podacima o osobama koje su potpisale pojedinačni akt o pristupu tijekom dva tjedna koja prethode izradi tog izvješća. Ako bi se u okviru tih polumjesečnih izvješća neka osoba pojavila u izvješćima jednog ili više upravitelja na način da je potpisala više pojedinačnih akata o pristupu ili ako bi bilo utvrđeno da je njezin pristup bio privremeno potvrđen u okviru ranijih izvješća, CNPAS bi tu osobu upisao u elektroničku tablicu dvostrukih osiguranika (članak 21. stavak 1. Pravilnika br. 18/2007). U tom su slučaju upravitelji fondova bili zakonski dužni provjeriti vjerodostojnost pojedinačnog akta o pristupu i preslike osobne iskaznice, koji su sadržavali vlastoručne potpise osobe koja se prikazala kao potpisnik višestrukih pojedinačnih akata o pristupu, te su mogli u sljedećem polumjesečnom izvješću, ako bi se utvrdila vjerodostojnost akta, CNPAS-u ponovno poslati podatke o pristupu dotične osobe.

15. Na kraju postupka početnog pristupa, osobe čiji je pristup bio prikazan kao privremeno potvrđen bile su registrirane kao potvrđeni članovi, a one za koje se prikazalo da su potpisale više pojedinačnih akata o pristupu bile su upisane u registar nepotvrđenih članova te su nasumično raspoređene [5]. Slijedom navedenoga, nasumično raspoređivanje trebalo se primijeniti na osobe koje tijekom početnog razdoblja pristupa nisu pristupile privatnom mirovinskom fondu, iako su to bile dužne, kao i na osobe upisane u registar kao osobe čiji pristup nije bio potvrđen. CNPAS je raspoređivanje u jedan od privatnih fondova provodio na izravno proporcionalan način, prema broju osoba čiji je pristup potvrđen za svaki privatni mirovinski fond u odnosu na ukupan broj osoba čiji je pristup potvrđen za sve privatne mirovinske fondove.

16. Pravilnik br. 31/2007, kojim je izmijenjen i dopunjen Pravilnik br. 18/2007, također je propisao da su upravitelji dužni u roku od petnaest dana od datuma potvrđivanja obavijestiti članove za koji im je fond potvrđen pristup. Ako obaviješteni članovi nisu potpisali pojedinačni akt o pristupu navedenom fondu, tada su imali mogućnost podnošenja pisane pritužbe CSSPP-u, koji bi nakon njezina rješavanja obavijestio upravitelja o tome je li član ili nije osiguran u privatnom mirovinskom fondu.

3 — Objavljeno u *Monitorul Oficial al României* br. 503 od 27. srpnja 2007.

4 — Objavljeno u *Monitorul Oficial al României* br. 746 od 2. studenoga 2007.

5 — Nastavno na izmjene donesene Pravilnikom br. 31/2007, potvrđivanje ili nepotvrđivanje osoba koje su potpisale više akata o pristupu provodilo se mjesečno, 15. studenoga (za polumjesečna izvješća od 1. i 15. listopada i od 15. studenoga), 15. prosinca (za izvješća od 1. i 15. prosinca) i 17. siječnja 2008. (za polumjesečna izvješća od 1. i od [1]5. siječnja 2008.).

II – **Činjenice iz kojih proizlazi spor i prethodno pitanje**

17. ING Pensii privatno je društvo za upravljanje mirovinskim fondom. Ono djeluje na tržištu obveznih privatnih mirovina u Rumunjskoj.

18. Ovaj predmet proizišao je iz istrage Consiliul Concurenței, a odnosi se na moguću povredu članka 5. stavka 1. Zakona o tržišnom natjecanju (legea concurenței) br. 21/1996[6] i članka 81. UEZ-a (koji je postao članak 101. UFEU-a) na rumunjskom tržištu privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima (drugi stup).

19. Consiliul Concurenței u toj je istrazi zaključio da su na navedenom tržištu postojali protutržišni zabranjeni sporazumi čiji je cilj bilo raspoređivanje klijenata između trgovačkih društava koja upravljaju tim fondovima.

20. Odlukom br. 39 od 7. rujna 2010. Consiliul Concurenței kaznio je 14 trgovačkih društava, među kojima se nalazi i tužitelj. Predmetni sporazumi, koji su u različitim oblicima najčešće bili sklapani dvostrano, odnosili su se na dvostruke osiguranike. Sklapanjem tih sporazuma upravitelji privatnih mirovinskih fondova međusobno su rasporedili dvostruke osiguranike na jednake dijelove (prema pravilu 50/50) te na taj način nastojali izbjeći CNPAS-ovo raspoređivanje dvostrukih osiguranika.

21. ING Pensii 4. listopada 2010. zatražio je pred Curtea de Apel Bucureşti (Žalbeni sud u Bukureštu), kao glavno, poništenje navedene odluke br. 39 i, kao podredno, djelomično poništenje te odluke radi smanjenja iznosa izrečene novčane kazne.

22. Trgovačko društvo tužitelj tvrdilo je da predmetni sporazum nije bio u suprotnosti s člankom 5. stavkom 1. Zakona o tržišnom natjecanju te da nisu bile ispunjene pretpostavke za primjenu članka 101. stavka 1. UFEU-a. Tužitelj je osobito naveo da raspoređivanje članova registriranih kao dvostruki osiguranici nije proizvelo nijednu posljedicu koja bi ograničavala, sprečavala ili narušavala tržišno natjecanje na rumunjskom tržištu privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima ili u njegovu znatnom dijelu. ING Pensii naveo je i da tržišno natjecanje među upraviteljima privatnih mirovinskih fondova nije bilo isključeno, s obzirom na to da su oni bili u tržišnom natjecanju tijekom početnog razdoblja pristupa.

23. Consiliul Concurenței istaknuo je pak da je radi utvrđivanja protutržišne naravi sporazuma koji je bio sklopljen među upraviteljima privatnih mirovinskih fondova, među kojima je bio i ING Pensii, valjalo uzeti u obzir pravni okvir na kojem su se temeljili uspostava i funkcioniranje tržišta privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima kao i pojedinosti tržišta na kojem je taj sporazum bio sklopljen.

24. Curtea de Apel Bucureşti presudom br. 749 od 6. veljače 2012. odbio je tužbu ING Pensiija.

25. Trgovačko društvo tužitelj uložilo je zatim žalbu pred sudom koji je uputio zahtjev. Ono je osobito navelo da izbor drukčijeg algoritma izračuna dvostrukih osiguranika od onog predviđenog zakonom nije bila povreda Zakona o tržišnom natjecanju, nego u najgorem slučaju povreda posebnog zakonodavstva u području obveznih privatnih mirovina. Usto, s obzirom na to da se zabranjeni sporazum ograničio na raspoređivanje dvostrukih osiguranika, on nije mogao utjecati na tržišno natjecanje na predmetnom tržištu jer dvostruki osiguranici, koji su predstavljali manje od 1,5% tržišta, ne bi bili predmet tržišnog natjecanja među upraviteljima privatnih mirovinskih fondova.

6 — Izmijenjen, dopunjen i ponovno objavljen Zakon (*Monitorul Oficial al României* br. 240 od 3. travnja 2014.). Prema toj odredbi „[n]edopušteni su svi zabranjeni sporazumi, izričiti ili prešutni, između gospodarskih subjekata ili udruženja gospodarskih subjekata, sve odluke koje donesu udruženja gospodarskih subjekata i svako usklađeno djelovanje koji imaju za cilj ili posljedicu ograničavanje, sprečavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na rumunjskom tržištu ili na njegovu dijelu, a osobito oni kojima se: [...]
(c) vrši podjela tržišta ili izvora nabave [...]“.

26. ING Pensii također je naveo da nije imao nikakav praktičan ili gospodarski interes za raspoređivanje dvostrukih osiguranika na jednake dijelove jer je na dan 15. listopada 2007. već posjedovao najveći dio tržišta. Usto, sporazum bi stvorio pozitivne učinke, dovodeći do veće učinkovitosti postupka pristupa obveznim privatnim mirovinskim fondovima jer bi članovi imali više mogućnosti da se poštuje njihov odabir nego što je to u slučaju nasumičnog raspoređivanja.

27. Tužitelj je naposljetku istaknuo da u ovom slučaju nije dokazana nijedna posljedica u smislu zatvaranja nacionalnog tržišta obveznih privatnih mirovinskih fondova zbog izbora drukčijeg algoritma za izračun dvostrukih osiguranika. Kad je riječ o sporazumu koji obuhvaća granični postotak rumunjskog tržišta, očito je da su njegovi stvarni ili mogući učinci beznačajni i da ni u jednom slučaju ne proizvodi učinke na tržištu Europske unije.

28. Consiliul Concurenței zatražio je odbijanje žalbe navodeći u biti da je sporazum o raspoređivanju dvostrukih osiguranika narušio tržišno natjecanje na tržištu obveznih privatnih mirovinskih fondova i da je kao takav imao protutržišni cilj. Prema njegovu mišljenju, mogućnost sporazuma da proizvodi negativne posljedice i utvrđenje povrede, koja se sastoji u podjeli tržišta i izvora nabave, nisu uvjetovani brojem stvarno raspoređenih klijenata jer se taj aspekt odnosi na stvarne posljedice zabranjenog sporazuma.

29. U tim okolnostima sud koji je uputio zahtjev odlučio je prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Kada je riječ o praksi raspoređivanja kupaca, je li njihov stvaran i konačan broj relevantan kako bi se utvrdilo je li ispunjen uvjet znatnog narušavanja tržišnog natjecanja u smislu odredaba članka 101. stavka 1. točke (c) UFEU-a?“

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, rumunjska vlada i Europska komisija podnijeli su Sudu pisana očitovanja i saslušani su na raspravi 11. veljače 2015.

III – **Analiza prethodnog pitanja**

31. Zahtjevom za prethodnu odluku poziva se Sud da navede je li i u kojoj mjeri broj osoba na koje se odnose sporazumi o raspoređivanju kao što su oni o kojima je riječ u glavnom postupku relevantan element u svrhu određivanja jesu li ti sporazumi obuhvaćeni zabranom zabranjenih sporazuma iz članka 101. stavka 1. UFEU-a.

32. S obzirom na podatke koje je dostavio sud koji je uputio zahtjev, potrebno je navesti dva uvodna pojašnjenja.

33. Kao prvo, mislim da je pitanje očito dopušteno, iako se čini da se u sporu u glavnom postupku izravno dovodi u pitanje samo primjena nacionalnih odredaba rumunjskog prava u području tržišnog natjecanja, tj. osobito članak 5. stavak 1. Zakona o tržišnom natjecanju. ING Pensii doveo je u ovom slučaju u pitanje primjenjivost članka 101. UFEU-a, ali taj je prigovor odbio sud koji je uputio zahtjev. S obzirom na to da se u predmetu radi upravo o uvjetima primjene te odredbe, moguće je samo zauzeti pristup suda koji je uputio zahtjev.

34. Osim toga, istaknuto je da ta nacionalna odredba, u verziji koja je sada na snazi, prenosi gotovo od riječi do riječi zabranu tržišno ograničavajućih sporazuma propisanu u članku 101. stavku 1. UFEU-a. U tim okolnostima smatram da ovaj zahtjev za prethodnu odluku treba dopustiti, slijedom rješenja usvojenih u mnogobrojnim presedanima sudske prakse koji su se odnosili na ograničavajuće prakse u

primjeni nacionalnog prava tržišnog natjecanja[7]. Naime, očiti je interes Unije da se, radi sprečavanja budućih razlika u tumačenju, odredbe ili pojmovi preuzeti iz prava Unije tumače ujednačeno, bez obzira na okolnosti u kojima se primjenjuju[8].

35. Kao drugo, valja navesti da, iako je u predmetu u glavnom postupku riječ o postojanju ograničenja tržišnog natjecanja „[s obzirom na] cilj“, koje se čini da je u središtu rasprave i koje će biti predmet najvažnijih razmatranja u ovom mišljenju, općenitost izraza koje je upotrijebio sud koji je uputio zahtjev u postavljanju prethodnog pitanja poziva i nas da općenitije promotrimo pretpostavku koja se odnosi na znatnost utjecaja na tržišno natjecanje. Uostalom, sud koji je uputio zahtjev naglasio je da je u ovom slučaju riječ o donošenju odluke o protutržišnoj naravi predmetnog zabranjenog sporazuma, ali i o pitanju jesu li sporazumi o raspoređivanju dvostrukih osiguranika mogli promijeniti strukturu tržišta privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima utječući na znatan način na to tržište.

A – *Relevantnost broja osoba na koje se konkretno odnose sporni sporazumi prilikom određivanja cilja koji ograničava tržišno natjecanje*

36. U ovom slučaju radi odgovora na pitanje koje je postavio sud koji je uputio zahtjev čini mi se nužnim da se nakon navođenja relevantne sudske prakse ispitaju sporni sporazumi o raspoređivanju. Iako je u konačnici samo na sudu koji je uputio zahtjev prosudba jesu li ti sporazumi obuhvaćeni zabranom zabranjenih sporazuma iz članka 101. stavka 1. UFEU-a, Sud je ipak pozvan dati pojašnjenja nacionalnom sudu radi utvrđivanja imaju li ti sporazumi protutržišni cilj ili, ako ga nemaju, protutržišne posljedice.

1. Pregled rješenja iz sudske prakse

37. Valja podsjetiti da – kako bi sporazum, odluka udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje bili obuhvaćeni zabranom propisanom u članku 101. stavku 1. UFEU-a – oni moraju „ima[ti] za cilj *ili* posljedicu“[9] sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu.

38. Prema ustaljenoj sudskoj praksi od presude LTM[10], alternativnost te pretpostavke, označena veznikom „ili“, dovodi ponajprije do nužnosti razmatranja samog cilja sporazuma uzimajući u obzir gospodarski kontekst u kojem se treba primijeniti. Na taj način, kad je utvrđen protutržišni cilj sporazuma, nije potrebno ispitivati njegove posljedice na tržišno natjecanje.

39. U vezi s razlikovanjem između povreda „[s obzirom na] cilj“ i „[s obzirom na] posljedicu“, iz također ustaljene sudske prakse na koju se nedavno podsjetilo u predmetu koji je doveo do presude CB/Komisija[11] proizlazi da su neke vrste koordinacije između poduzetnika *toliko štetne* za tržišno natjecanje da se može smatrati da *ispitivanje njihovih posljedica nije potrebno*.

40. U tom je pogledu već prihvaćeno da se određeni oblici koordinacije između poduzetnika mogu smatrati po svojoj naravi štetnima za dobro i uobičajeno funkcioniranje tržišnog natjecanja. Stoga valja priznati da se može smatrati toliko vjerojatnim da će određena koluzivna ponašanja, koja vode do toga da karteli horizontalno određuju cijene, imati negativne učinke, osobito na cijenu, količinu ili kvalitetu

7 — Vidjeti osobito presude Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, t. 12. do 22.); Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, t. 13. do 23.); ETI i dr. (C-280/06, EU:C:2007:775, t. 19. do 29.) i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 17. do 23.).

8 — Vidjeti presudu Allianz Hungária Biztosító i dr., C-32/11, EU:C:2013:160, t. 20. kao i navedenu sudsku praksu.

9 — Moje isticanje

10 — 56/65, EU:C:1966:38

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

proizvoda i usluga, da nije potrebno dokazivati da imaju konkretne posljedice na tržište, u svrhu primjene članka 101. stavka 1. UFEU-a. Naime, iskustvo pokazuje da takva ponašanja uzrokuju smanjenje proizvodnje i povećanje cijena, koje dovodi do loše raspodjele sredstava, osobito na štetu potrošača [12].

41. Kako bi se ocijenilo sadržava li neki sporazum između poduzetnika ili odluka udruženja poduzetnika dovoljan stupanj štetnosti da bi se mogla smatrati ograničenjem tržišnog natjecanja „[s obzirom na] cilj“ u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a, valja uzeti u obzir tekst njihovih odredaba, ciljeve koji se njima žele postići te gospodarski i pravni kontekst u koji su smješteni. U okviru procjene navedenog konteksta valja također uzeti u obzir narav obuhvaćene robe ili usluga kao i stvarne uvjete funkcioniranja i strukture jednog ili više tržišta u pitanju. Osim toga, iako namjera stranaka ne predstavlja element potreban za utvrđivanje ograničavajućeg karaktera sporazuma između poduzetnika, ništa ne brani tijelima nadležnima za zaštitu tržišnog natjecanja ili nacionalnim sudovima ili sudovima Unije da o tome vode računa [13].

42. Kao što sam to naveo u mišljenju u predmetu CB/Komisija [14], iako standardnija ocjena do koje vodi uporaba pojma ograničenja „[s obzirom na] cilj“ pretpostavlja obrazloženo i pojedinačno preispitivanje spornog sporazuma, to bi se preispitivanje ipak trebalo jasno razlikovati od preispitivanja stvarnih ili mogućih posljedica ponašanja optuženih poduzetnika.

43. Prema mojem mišljenju, uzimanje u obzir gospodarskog i pravnog konteksta pri istraživanju protutržišnog cilja mora se jasno razlikovati od dokazivanja protutržišnih posljedica na temelju drugog dijela alternative iz te odredbe, kako ne bi došlo do štetnog utjecaja na ispravno tumačenje članka 101. stavka 1. UFEU-a. Uzimanje u obzir konteksta pri utvrđivanju protutržišnog cilja može samo potvrditi ili osporiti ispitivanje samih odredaba navodnog zabranjenog sporazuma. Ono ne može dokazivanjem mogućih posljedica dotičnih mjera nadomjestiti nepostojanje djelotvornog utvrđenja protutržišnog cilja. Drugim riječima i neovisno o konceptualnim sličnostima između dvaju dijelova te alternative, uporaba gospodarskog i pravnog konteksta pri utvrđivanju ograničenja „[s obzirom na] cilj“ ne može dovesti do kvalifikacije na štetu optuženih poduzetnika u slučaju sporazuma čije se odredbe ne čine štetnima u pogledu tržišnog natjecanja [15].

44. U svjetlu tih pojašnjenja ispitat ću sporne sporazume nakon sažetog pregleda općeg konteksta i načina njihove izrade.

2. Opis općeg konteksta i načina izrade spornih sporazuma

45. Dvostrani sporazumi o raspoređivanju dvostrukih osiguranika sklopljeni između upravitelja privatnih mirovinskih fondova, koji su sporni u predmetu u glavnom postupku, javljaju se u okviru pristupa u jedan od 18 u tu svrhu odobrenih privatnih mirovinskih fondova, koji je od 2007. obvezan za osobe s barem 35 navršenih godina starosti (osobe obuhvaćene drugim stupom).

46. S obzirom na obveznost pristupa jednom (i samo jednom) mirovinskom fondu za osobe obuhvaćene drugim stupom, nije bilo moguće zamisliti da se po isteku početnog razdoblja pristupa, u trajanju od otprilike četiri mjeseca, dotične osobe ne smatraju osiguranicima u jednom određenom fondu.

12 — Presuda CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 49. do 51. i navedena sudska praksa).

13 — Presuda CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 53. i 54. kao i navedena sudska praksa)

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

15 — *Ibidem*, t. 44. i 45.

47. U tom je kontekstu važno navesti da, u skladu s važećim zakonodavstvom, osiguranje u mirovinskom fondu postaje zakonski valjano tek registracijom pri CNPAS-u. Prije te registracije ne postoji nikakva valjanost ili pretpostavka osiguranja u pojedinom fondu. Valja također naglasiti da osoba koja je pristupila u mirovinski fond s privatnim upravljanjem i koja je na taj način registrirana pri CNPAS-u ne može prije isteka razdoblja od dvije godine promijeniti svoje članstvo, osim uz izlaganje znatnim troškovima, što na neki način određuje buduće pristupe.

48. Na taj način, u slučaju kad su članovi bili navedeni u izvješćima većeg broja upravitelja (dvostruki osiguranici) i kad, zbog jednog ili drugog razloga, nije bilo moguće nastaviti s provjerom akta o pristupu, zakonodavac je propisao da se članovi moraju „nasumično“ rasporediti na izravno proporcionalan način prema broju osoba čiji je pristup bio potvrđen za svaki privatni mirovinski fond u odnosu na ukupan broj osoba čiji je pristup potvrđen za sve privatne mirovinske fondove.

49. To je raspoređivanje u biti odražavalo odnos konkurentnosti između sudjelujućih mirovinskih fondova tijekom razdoblja pristupa jer je bilo proporcionalno broju osoba koje je svaki fond potvrdio u trenutku raspoređivanja. Iz podataka koje je Consiliul Concurenței dostavio Sudu proizlazi da je raspoređivanje prema broju potvrđenih akata o pristupu bila mjera koja potiče aktivnije sudjelovanje aktera na tržištu radi privlačenja članova i jamčenja konkurentne tržišne strukture.

50. Naposljetku, prema podacima koje je dostavio Consiliul Concurenței, sklapanje spornih sporazuma o raspoređivanju, koje je provedeno neformalno, pokrenuto je prije početnog razdoblja pristupa koje je započelo 14. rujna 2007.[16]. Međutim, u to vrijeme nije bilo moguće odrediti, pa čak ni procijeniti, konačan broj članova registriranih kao dvostruki osiguranici. Drugim riječima, upravitelji mirovinskim fondovima sklapanjem predmetnih sporazuma odlučili su odstupiti od zakonskog sustava raspoređivanja dvostrukih osiguranika raspoređujući sami svoje klijente, a da nisu znali točan broj osoba koje bi u konačnici bile obuhvaćene.

51. Naposljetku, raspoređivanje članova registriranih kao dvostruki osiguranici najčešće je bilo provođeno dvostrano između većine trgovačkih društava upravitelja mirovinskim fondovima. Predmetno raspoređivanje, koja je izvršeno na jednake dijelove između upravitelja, dovelo je do uklanjanja dotičnih osoba iz registra dvostrukih osiguranika i potvrđivanja njihova pristupa jednom od dvaju fondova pri CNPAS-u. Ne provodeći zakonom predviđen nadzor vjerodostojnosti pristupa i provodeći raspoređivanje 50/50, upravitelji su svjesno zaobišli pravila koja odražavaju rezultat tržišnog natjecanja, a koja su bili dužni poštovati.

52. S obzirom na ta razmatranja valja ispitati može li se ili ne može smatrati da su predmetni sporazumi sami po sebi dovoljno štetni za tržišno natjecanje i stoga ograničavajući „[s obzirom na] cilj“.

3. Ispitivanje jesu li sporni sporazumi o raspoređivanju dvostrukih osiguranika ograničavajući „[s obzirom na] cilj“ u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a

53. U tu ću svrhu primijeniti analitičku metodu koju sam ranije izložio ispitujući, redom, sadržaj sporazuma o raspoređivanju, ciljeve koje nastoje postići kao i gospodarski i pravni kontekst u kojem se nalaze.

16 — Prema podacima prikupljenima tijekom istrage koju je vodio Consiliul Concurenței, jedan od upravitelja 15. kolovoza 2007. predložio je konkurentskim trgovačkim društvima sklapanje dvostranih i višestranih sporazuma o utvrđivanju uzajamnih kriterija potvrđivanja u slučaju višestrukih akata o pristupu većem broju fondova i financijsko kažnjavanje trgovačkih društava koja se ne bi podložila tim kriterijima. Sporazumi o raspoređivanju dvostrukih osiguranika kojima se odstupa od zakonom predviđenog rješenja bili su predloženi i tijekom sastanka Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (udruženje za privatne mirovine u Rumunjskoj).

a) Sadržaj spornih sporazuma o raspoređivanju

54. Na prvi pogled, određeni upravitelji fondova dvostrano su se dogovorili da spornim sporazumima rasporede osobe koje nisu konačno osigurane i registrirane su da su potpisale višestruke akte o pristupu različitim mirovinskim fondovima.

55. Na taj su se način upravitelji privatnim mirovinskim fondovima čiji su članovi prikazani da su potpisali višestruke pojedinačne akte o pristupu sporazumjeli da dvostrano rasporede dvostruke osiguranike (koji su predstavljali potencijalne klijente svih trgovačkih društava za upravljanje) prema pravilu 50/50, iako su bili dužni prethodno provjeriti stvarnu volju članova za koje se pokazalo da su potpisali dva akta o pristupu i, ako je potrebno, obavijestiti CNPAS o svakom aktu o pristupu s obzirom na to da je te članove trebalo poništiti te uključiti u sustav nasumičnog raspoređivanja.

56. Iako se na neki način, kao što je to naveo ING Pensii u svojem očitovanju, moglo pretpostaviti da su navedene osobe izrazile određenu sklonost pristupanju jednom od dvaju dotičnih fondova, osoba stječe svojstvo člana u mirovinskom fondu tek potpisivanjem pojedinačnog akta o pristupu koji zatim mora biti uredno registriran pri nadležnoj instituciji, kao što to proizlazi iz relevantnog nacionalnog zakonodavstva (članak 32. stavci 1. do 4. Zakona br. 411/2004).

b) Objektivne svrhe spornih sporazuma

57. Čini se prilično očitim da je cilj sklapanja predmetnih sporazuma bilo odstupanje od sustava nasumičnog raspoređivanja dvostrukih osiguranika predviđenog na temelju primjenjivog zakonodavstva.

58. Naime, na temelju tog zakonodavstva, dvostruki osiguranici trebali su biti poništeni i nasumično raspoređeni među *svim* upraviteljima, kojih je u početnom razdoblju pristupa bilo 18. Sklapanjem spornih sporazuma dotični upravitelji osigurali su si međusobno raspoređivanje na jednake dijelove.

59. S obzirom na tekst i objektivne svrhe spornih sporazuma, čini se da oni pripadaju sporazumima o raspoređivanju klijenata koji po samoj svojoj naravi mogu sadržavati dovoljan stupanj štetnosti. Naime, čini se da ti sporazumi mogu narušiti tržišno natjecanje na tržištu obveznih privatnih mirovina u ključnoj fazi oblikovanja tržišta.

60. U tom mi se kontekstu čini važnim podsjetiti da je u trenutku sklapanja sporazuma o raspoređivanju između upravitelja, do čega je često dolazilo čak i prije početka razdoblja za pristup, postojala nesigurnost u vezi s brojem osoba koje se navode u registru dvostrukih osiguranika. Međutim, mogućnost tih sporazuma da stvore znatne učinke na tržište mora se ispitati s obzirom na elemente koji su bili poznati prilikom sklapanja navedenih sporazuma, a nije moguće uzeti u obzir činjenične tvrdnje nakon njihova sklapanja.

61. U ovom slučaju ne može se poreći svojstvo predmetnih sporazuma da promijene strukturu tržišta, izuzimanjem određenog broja klijenata od tržišnog natjecanja između mirovinskih fondova. To svojstvo postoji neovisno o konkretnim učincima koji su bili zamijećeni ili koje je bilo moguće zamijetiti.

62. U ovoj fazi mojeg ispitivanja, mišljenja sam da su navedeni sporazumi zbog samog svojeg cilja *prima facie* ograničavajući za tržišno natjecanje.

63. Ne čini mi se da je uzimanje u obzir relevantnog gospodarskog i pravnog konteksta takve naravi da osporava taj prvi zaključak, kao što ću to izložiti u nastavku.

c) Uzimanje u obzir gospodarskog i pravnog konteksta izrade spornih sporazuma

64. Kao što sam to ranije naveo, potreba jasnog razlikovanja ograničavanja „[s obzirom na] cilj“ od ograničavanja „[s obzirom na] posljedicu“ podrazumijeva da se ispitivanje konteksta izrade predmetnih sporazuma ne može primijeniti na ispitivanje njihovih posljedica kao takvih. Iako nacionalni sud mora u svim slučajevima provesti pojedinačnu ocjenu sporazuma u pravnom i gospodarskom kontekstu njihova sklapanja, ta ocjena ne ispituje precizno stvarne i moguće posljedice koje proizvode ti sporazumi kao ni, ako je primjenjivo, značaj tih posljedica.

65. Uzimanje u obzir konteksta pri utvrđivanju protutržišnog cilja može samo potvrditi ili osporiti ispitivanje samih odredaba i objektivne svrhe navodnog zabranjenog sporazuma. Ono ne može dokazivanjem mogućih posljedica dotičnih mjera nadomjestiti nepostojanje stvarnog utvrđenja protutržišnog cilja. Čini mi se da se takav zaključak može jasno izvesti iz izričaja koji je usvojio Sud, koji prilično jasno navodi da, u slučaju kad analiza *sadržaja* sporazuma ne otkriva dovoljan stupanj štetnosti za tržišno natjecanje, valja ispitati njegove posljedice i radi njegove zabrane zahtijevati postojanje elemenata koji dokazuju da je tržišno natjecanje zapravo bilo na znatan način spriječeno, ograničeno ili narušeno [17].

66. To mi se pojašnjenje u ovom slučaju čini važnim jer iz ispitivanja sadržaja i objektivne svrhe predmetnih sporazuma proizlazi da su oni po svojoj naravi u tolikom stupnju štetni za tržišno natjecanje da ih je potrebno *a priori* smatrati ograničavajućima „[s obzirom na] cilj“ u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a.

67. Također, ispitivanje konteksta u okolnostima kao što su one o kojima je riječ u predmetu u glavnom postupku mora služiti utvrđivanju je li, unatoč *prima facie* protutržišnom obilježju, moguće opravdati društva koja upravljaju privatnim mirovinskim fondovima imajući u vidu gospodarski i pravni kontekst sklapanja spornih sporazuma o raspoređivanju ili, naprotiv, ispitivanje tog konteksta dovodi do potvrde zaključka, donesenog nakon ispitivanja izričaja i ciljeva koji se nastoje ostvariti sklapanjem tih sporazuma, prema kojem oni imaju protutržišni cilj.

68. Međutim, kad je riječ o gospodarskom i pravnom kontekstu, koji su u ovom slučaju snažno povezani, iz podataka što su ih dostavili sud koji je uputio zahtjev i zainteresirane stranke proizlazi da je kontekst izrade spornih sporazuma o raspoređivanju obilježen sljedećim elementima.

69. Kao prvo, sporazumi su sklopljeni u kontekstu stvaranja novog tržišta („infant market“) u Rumunjskoj, odnosno tržišta privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima, čija je uspostava započela u 2007. CSSPP-ovim davanjem odobrenja određenom broju društava čiji je isključivi cilj bilo to upravljanje. U okviru stvaranja tog tržišta, koje se prema podacima što ih je dostavio Consiliul Concurenței odnosilo na otprilike četiri milijuna osoba, razdoblje početnog pristupa nedvojbeno je bilo ključna faza radi određivanja strukture navedenog tržišta i udjela svakog ovlaštenog društva za upravljanje.

70. U tom se smislu, u kontekstu poticanja tržišnog natjecanja između upravitelja, zakonski predviđeno aritmetičko pravilo nasumičnog i proporcionalnog raspoređivanja osoba koje nisu pristupile u mirovinski fond ili za koje se javio prikaz da su izvršile nevaljan odabir (kao što su to dvostruki osiguranici), čiji broj nije mogao biti poznat, osobito odnosilo na očuvanje i osiguranje strukture tog novog tržišta privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima, koje odgovara naporima što ih je svaki od upravitelja poduzeo radi privlačenja što većeg broja članova tijekom početnog razdoblja pristupa i izboru koji su osobe stvarno i zakonski izrazile.

17 — Vidjeti osobito presude LTM (56/65, EU:C:1966:38, t. 359.) i Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, t. 135. kao i navedenu sudsku praksu).

71. Kao drugo, valja navesti da je uspostava tržišta privatnog upravljanja obveznim mirovinskim fondovima ostvarena tijekom relativno kratkog razdoblja, odnosno tijekom četiri mjeseca, nakon čijeg isteka položaj svakog od upravitelja fondova ima potencijalno odlučujući utjecaj na tržišne udjele koje će zatim posjedovati. Sama narav tog tržišta i činjenica da se članovi izlažu znatnoj novčanoj kazni (kazne za prijenos predviđene Zakonom br. 411/2004) u slučaju promjene odabira njihova fonda podrazumijevaju smanjenu mobilnost odnosnih potrošača i na neki način utvrđuju tržišne udjele koje posjeduju dotična društva po isteku razdoblja za pristup.

72. Kao treće, iako su, kao što je to spomenuo ING Pensii, određeni upravitelji naveli da su se sporazumi o raspoređivanju odnosili na rješavanje praktičnih problema i nužnost ispravljanja zakonske odredbe o raspoređivanju koja se činjenično smatrala neučinkovitom, valja navesti da su sporni sporazumi najvjerojatnije bili sklopljeni čak i prije nego što se pojavio bilo koji problem povezan s provedbom početnog postupka pristupa.

73. Čak i pod pretpostavkom da treba prihvatiti tužiteljevu argumentaciju prema kojoj je zakonski okvir koji prati uspostavu tržišta privatnog upravljanja mirovinskim fondovima imao mnogobrojne praznine, nije moguće osporiti tvrdnju da su se navedeni upravitelji namjerno izuzeli od zakonom predviđenih pravila raspoređivanja članova, i to na način koji je mijenjao strukturu tržišta koje je odražavalo stvarno uložene napore koji su doveli do zakonski valjanih pristupa.

74. Naime, podsjećam da su se, u skladu s relevantnim zakonodavstvom, dvostruki osiguranici morali poništiti i dodijeliti nasumično i proporcionalno tržišnim udjelima nakon postupka potvrde pristupa. Sklapajući dvostrane sporazume o međusobnom raspoređivanju dvostrukih osiguranika, a da se na njih ne odnosi zakonski valjan odabir, upravitelji fondova izuzeli su se od primjene transparentnih pravila na štetu slobode tržišnog natjecanja.

75. Iz tih razmatranja proizlazi da se ne čini kako su kontekstualni elementi svojstveni predmetu u glavnom postupku takve naravi da poništе zaključak prema kojem sporazumi o raspoređivanju imaju protutržišni cilj, nego ga, naprotiv, potvrđuju.

76. Čini mi se da takva vrsta sporazuma na očit način krši koncept svojstven odredbama UFEU-a o tržišnom natjecanju, prema kojem svaki gospodarski subjekt mora samostalno odrediti politiku koju namjerava slijediti na tržištu i slobodno konkurirati za svakog klijenta na tržištu. Sklapanjem tih sporazuma upravitelji fondova uskladili su se radi smanjenja rizika tržišnog natjecanja [18].

77. Posljedično, smatram da sporazumi o raspoređivanju članova koji su potpisnici više akata o pristupu, a koje su sklopili upravitelji privatnih mirovinskih fondova odstupajući od zakonski predviđenih pravila, ispunjavaju sve pretpostavke da se smatraju ograničavajućima „[s obzirom na] cilj“.

78. Preostaje ispitati može li eventualno broj osoba koje su konkretno obuhvaćene sporazumima o raspoređivanju biti relevantan za zaključak o postojanju znatnog utjecaja na tržišno natjecanje.

B – *Relevantnost broja konkretno obuhvaćenih osoba prilikom ispitivanja postojanja znatnog ili osjetnog utjecaja na tržišno natjecanje*

79. Razmotrivši i uzevši u obzir okolnosti ovog slučaja, predmetno postavljeno pitanje odnosi se na utvrđenje može li se pokazati da je konkretna posljedica spornih sporazuma o raspoređivanju, za koje se čini da imaju protutržišni cilj, relevantna za zaključak o postojanju ograničenja tržišnog natjecanja.

18 — Vidjeti u tom smislu presudu Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 34.).

80. Čini mi se da je na to pitanje potrebno odgovoriti negativno. Čim je zaključeno da sporazum ima protutržišni cilj, ne treba ispitivati njegove konkretne posljedice.

81. Naime, nakon što je utvrđen protutržišni cilj navedenih sporazuma, nije više potrebno ispitivati utječu li oni znatno na konkurentnost na tržištu. S obzirom na to da su protutržišna ponašanja zabranjena po samoj svojoj naravi, imajući na umu stupanj štetnosti koji predstavljaju za tržišno natjecanje, nije nužno odrediti ih preciznim gospodarskim utjecajem ili zemljopisnim opsegom.

82. Nadalje, valja podsjetiti da je zabranjeni sporazum koji ograničava „[s obzirom na] cilj“ zabranjen koje god bile njegove krajnje posljedice zbog same činjenice potencijalne opasnosti koju predstavlja za tržišno natjecanje. Kao što je to Sud naglasio u predmetu koji je doveo do presude Expedia[19], valja smatrati da sporazum koji može utjecati na trgovinu između država članica i koji ima protutržišni cilj znatno ograničava tržišno natjecanje po svojoj naravi i neovisno o svim svojim konkretnim posljedicama (točka 37. te presude).

83. Iz svih tih razmatranja proizlazi da u uvjetima kao što su oni o kojima je riječ u ovom slučaju nije relevantan broj klijenata (dvostrukih osiguranika) koji su stvarno bili raspoređeni između upravitelja privatnih mirovinskih fondova jer se to pitanje odnosi na konkretne posljedice zabranjenog sporazuma, posljedice koje u slučaju ograničavajućih sporazuma „[s obzirom na] cilj“ nije potrebno ispitati. Protutržišni cilj sporazuma o raspoređivanju, osobito mogućnost navedenog sporazuma da proizvodi negativne posljedice na tržištu, ne može ovisiti o konkretnom broju stvarno raspoređenih klijenata, nego jedino o tekstu i krajnjoj svrsi tog sporazuma u svjetlu gospodarskog i pravnog konteksta njegova sklapanja.

84. Iako nije potrebno provesti cjelokupnu analizu posljedica sporazuma radi utvrđivanja postojanja ograničenja tržišnog natjecanja „[s obzirom na] cilj“, predmetni sporazum ipak mora objektivno moći proizvesti takvo ograničenje. Drugim riječima, sud ne može u gospodarskom i pravnom kontekstu sporazuma u potpunosti zanemariti njegove moguće posljedice s obzirom na podatke poznate na dan njegova sklapanja.

85. Mislim da se u slučaju postojanja ograničenja „[s obzirom na] cilj“ ne može odbaciti zahtjev prema kojem predmetno ograničenje mora biti znatno, nego je on na neki način obuhvaćen ispitivanjem gospodarskog i pravnog konteksta radi potvrđivanja stvarne mogućnosti predmetnog sporazuma da proizvede takvu ograničavajuću posljedicu. U slučaju da nakon ispitivanja gospodarskog i pravnog konteksta sud zaključi da je predmetni sporazum potencijalno takve naravi da proizvodi beznačajne posljedice na tržišno natjecanje, uzevši osobito u obzir slabiji položaj zainteresiranih osoba na predmetnom tržištu proizvoda, on može doći do zaključka da se na taj sporazum ne primjenjuje članak 101. stavak 1. UFEU-a.

86. Kad je riječ o ovom slučaju, ne čini se da su pravne i gospodarske okolnosti koje se gore navode, a u kojima se nalaze sporazumi, takve naravi da dovode u sumnju postojanje ograničenja koje znatno utječe na tržišno natjecanje.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795

IV – **Zaključak**

87. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodno pitanje koje je uputio Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumunjska) odgovori na sljedeći način:

Članak 101. stavak 1. točku (c) UFEU-a treba tumačiti na način da, kad postoji sporazum o raspoređivanju klijenata kao što su to sporazumi sklopljeni između mirovinskih fondova u predmetu u glavnom postupku, što po naravi predstavlja povredu s protutržišnim ciljem, konkretan konačan broj raspoređenih klijenata nije relevantan za ispunjenje pretpostavke koja se odnosi na ograničenje tržišnog natjecanja u smislu članka 101. stavka 1. točke (c) UFEU-a.