Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 23 kwietnia 2015 r.[1]

Sprawa C-172/14

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumunia)]

Odesłanie prejudycjalne — Konkurencja — Porozumienia, decyzje i uzgodnione praktyki — Sposób podziału klientów na rumuńskim rynku obowiązkowych funduszy emerytalnych zarządzanych przez podmioty prywatne — Istnienie ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE — Wpływ na handel między państwami członkowskimi

1. Niniejsza sprawa ma swoje źródło w sporze między ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (zwaną dalej „ING Pensii”), spółką zarządzającą prywatnym funduszem emerytalnym a Consiliul Concurenței (rumuńskim urzędem ds. konkurencji) w przedmiocie wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji nakazującej tej spółce zapłatę grzywny za uczestnictwo w porozumieniu mającym na celu ograniczenie konkurencji na rynku prywatnych funduszy emerytalnych. Dotyczy ona w szczególności wprowadzonych przez podmioty zarządzające obowiązkowymi prywatnymi funduszami emerytalnymi porozumień o podziale podwójnych członków, czyli osób, które w wyniku nieznajomości obowiązujących w tym zakresie przepisów lub poprzez zaniedbanie pewnych przedstawicieli handlowych, przystąpiły do dwóch lub więcej funduszy w początkowym okresie przystępowania rozpoczętym zgodnie z prawem w 2007 r. (zwanych dalej „podwójnymi członkami”).

2. Niniejsze odesłanie prejudycjalne, uzasadnione w dużym stopniu istnieniem rozbieżnych interpretacji sądów rumuńskich, skłania Trybunał do dokonania pewnego doprecyzowania pojęć ograniczenia ze względu na cel oraz znaczącego wpływu na konkurencję. Stwarza ono w szczególności okazję do przypomnienia okoliczności, które należy uwzględniać oraz metody analizy, którą należy stosować, aby ustalić, czy dane porozumienie ma antykonkurencyjny cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE.

I – Krajowe ramy prawne

3. System podziału podwójnych członków, o którym mowa w niniejszej sprawie, wpisuje się w ramy rumuńskiego ustawodawstwa krajowego dotyczącego tworzenia, organizacji i funkcjonowania rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi.

1 — Język oryginału: francuski.

4. Obowiązujące prawo krajowe bez wątpienia charakteryzuje się pewnym stopniem złożoności. Nie zamierzając wyczerpywać zagadnienia, dla potrzeb poniższej analizy, należy podkreślić poniżej kilka kwestii.

A – *Ogólne zasady dotyczące przystąpienia do prywatnych funduszy emerytalnych*

5. Rumuński system emerytalny składa się z następujących części:

— pierwszy filar: komponent obowiązkowy, opierający się na redystrybucji zarządzanej przez państwo;

— drugi filar: komponent obowiązkowy, opierający się na zasadzie kapitalizacji, zarządzany prywatnie przez spółki akcyjne, których celem jest zarządzanie funduszami emerytalnymi, regulowany ustawą nr 411/2004 o prywatnie zarządzanych funduszach emerytalnych (legea privind fondurile e pensii administrate privat) [2];

— trzeci filar: komponent fakultatywny, opierający się na zasadzie kapitalizacji, również zarządzany prywatnie.

6. Na mocy ustawy nr 411/2004 Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (komisja nadzoru nad systemem emerytur prywatnych, zwana dalej „CSSPP") w okresie od dnia 25 lipca 2007 r. do dnia 9 października 2007 r. zatwierdziła 18 spółek handlowych, których wyłącznym celem było zarządzanie funduszami emerytalnymi, przy czym każda ze spółek mogła zarządzać wyłącznie jednym funduszem emerytalnym w Rumunii.

7. Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy nr 411/2004, osoby poniżej 35 roku życia, które należą do publicznego systemu emerytalnego (pierwszy filar) i do niego odprowadzają składki, są zobowiązane przystąpić także do prywatnie zarządzanego funduszu emerytalnego (drugi filar).

8. Osoby powyżej 45 roku życia oraz osoby, które nie odprowadzają składek do publicznego systemu emerytalnego (pierwszy filar) nie mogą przystąpić do drugiego filaru. Osoby pomiędzy 35 a 45 rokiem życia, które odprowadzają składki do pierwszego filaru mogą same zdecydować o przystąpieniu bądź nie do drugiego filaru (art. 30 ust. 2 ustawy nr 41/2004). Bez względu na uiszczanie składek do pierwszego i drugiego filaru, każda osoba fizyczna może odprowadzać składki do trzeciego filaru, nawet jeśli nie może to prowadzić do zastąpienia opłacania składek do pierwszego i drugiego filaru w wypadku osób, które są zobowiązane do odprowadzania składek do tych systemów emerytalnych.

9. W odniesieniu do uczestników drugiego filaru, wyłącznie tych, których dotyczy postępowanie główne, art. 31 ustawy nr 411/2004 stanowi, że dana osoba nie może w tym samym czasie należeć do kilku funduszy emerytalnych i może mieć tylko jedno konto w funduszu emerytalnym, w którym uczestniczy.

10. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy nr 411/2004 członkiem funduszu emerytalnego zostaje się poprzez podpisanie indywidualnego aktu przystąpienia, z własnej inicjatywy lub w wyniku przypisania do funduszu przez instytucję odpowiedzialną za rejestracje.

11. Artykuł 33 ustawy nr 411/2004 stanowi, że osoba, która nie przystąpiła do prywatnego funduszu emerytalnego w określonym terminie, zostaje losowo przypisana do funduszu emerytalnego przez instytucję odpowiedzialną za rejestracje. Przydział ten jest proporcjonalny do udziału w rynku uzyskanego przez poszczególne spółki zarządzające (art. 33 ust. 2).

2 — Ustawa nr 411/2004 ponownie opublikowana w *Monitorul Oficial al României* nr 482 z dnia 18 lipca 2007 r. oraz zmieniona i uzupełniona nadzwyczajnym rozporządzeniem rządu nr 112/2007, opublikowanym w *Monitorul Oficial al României* nr 710 z dnia 22 października 2007 r. (zwana dalej „ustawą nr 411/2004").

B – *Szczegółowe przepisy dotyczące pierwotnego przystępowania do prywatnych funduszy emerytalnych, procedury zatwierdzania przystąpień oraz przydziału losowego osób, które nie są członkami takich funduszy*

12. Procedura pierwotnego przystępowania do prywatnego funduszu emerytalnego oraz procedura zatwierdzania i przydziału losowego członków zostały uregulowane rozporządzeniem nr 18/2007 w sprawie przystąpienia i rejestracji członków prywatnych funduszy emerytalnych[3], zmienionym i uzupełnionym rozporządzeniem nr 31/2007[4] (zwanym dalej „rozporządzeniem nr 18/2007”)..

13. Na podstawie art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 18/2007, procedura pierwotnego przystępowania do prywatnie zarządzanego funduszu emerytalnego powinna była przebiegać w okresie czterech miesięcy, który rozpoczynał sie w dniu 17 września 2007 r. a kończył w dniu 17 stycznia 2008 r. (art. 5 ust. 6 rozporządzenia nr 18/2007). W tym okresie wszystkie osoby, które w dniu 31 grudnia 2007 r. nie ukończyły 35 roku życia lub które w tym dniu ukończyły 35 rok życia i które spełniają dodatkowo określone warunki są zobowiązane przystąpić do prywatnego funduszu emerytalnego (art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 3 rozporządzenia nr 18/2007).

14. Co się tyczy procedury zatwierdzenia i przydziału losowego członków (art. 19–31 rozporządzenia nr 18/2007), rozporządzenie nr 18/2007 przewidywało, że podmioty zarządzające były zobowiązane przekazać krajowemu urzędowi ds. emerytur i innych świadczeń z ubezpieczenia społecznego (Casa Națională de Pensii și alte Drepturi de Asigurări Sociale, zwanemu dalej „CNPAS”), dwa razy w miesiącu (1. i 15. każdego miesiąca), sprawozdanie zawierające informacje na temat osób, które podpisały akt przystąpienia w okresie dwóch tygodni poprzedzających sporządzenie wspomnianego sprawozdania. W razie zgłoszenia w ramach takich sporządzanych dwa razy w miesiącu przez jednego lub kilka podmiotów zarządzających sprawozdań, że dana osoba podpisała kilka indywidualnych aktów przystąpienia lub w razie stwierdzenia, że jej przystąpienie zostało tymczasowo zatwierdzone w ramach wcześniejszych sprawozdań, CNPAS umieszczało taką osobę w elektronicznej tabeli podwójnych członków (art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 18/2007). W takim przypadku, podmioty zarządzające funduszami były prawnie zobowiązane do sprawdzenia autentyczności indywidualnego aktu przystąpienia oraz kopii dowodu tożsamości, na których widniał własnoręczny podpis osoby, która została zgłoszona jako osoba, która podpisała kilka indywidualnych aktów przystąpienia. W razie stwierdzenia autentyczności aktu przystąpienia, podmioty zarządzające mogły ponownie, w ramach kolejnego przedkładanego dwa razy w miesiącu sprawozdania, przekazać CNPAS informacje dotyczące przystąpienia danej osoby.

15. Na końcu procedury pierwotnego przystępowania osoby, których przystąpienie było tymczasowo zatwierdzone były rejestrowane jako zatwierdzeni członkowie a osoby, które podpisały więcej niż jeden akt przystąpienia były wpisywane do rejestru członków jako niezatwierdzone i przydzielane losowo do funduszy[5]. W konsekwencji przydział losowy miał mieć zastosowanie do osób, które, mimo iż były zobowiązane przystąpić do prywatnego funduszu emerytalnego na etapie pierwotnego przystępowania, nie uczyniły tego, a także do osób wpisanych do rejestru jako osoby, których przystąpienie nie zostało zatwierdzone. CNPAS dokonał przydziału osób do jednego z funduszy prywatnych w sposób wprost proporcjonalny do liczby osób, których przystąpienie zostało zatwierdzone do każdego z prywatnych funduszy w stosunku do całkowitej liczby osób, których przystąpienie zostało zatwierdzone do wszystkich prywatnych funduszy emerytalnych.

3 — Opublikowanym w *Monitorul Oficial al României* nr 503 z dnia 27 lipca 2007 r.

4 — Opublikowanym w *Monitorul Oficial al României* nr 746 z dnia 2 listopada 2007 r.

5 — W wyniku zmian wprowadzonych rozporządzeniem nr 31/2007, zatwierdzenie lub niezatwierdzenie osób, które podpisały więcej niż jeden akt przystąpienia odbywało się raz w miesiącu: w dniu 15 listopada (dla sporządzanych dwa razy w miesiącu sprawozdań z 1 i 15 października, a także 15 listopada), w dniu 15 grudnia (dla sporządzanych dwa razy w miesiącu sprawozdań z 1 i 15 grudnia) oraz w dniu 17 stycznia 2008 r. (dla sporządzanych dwa razy w miesiącu sprawozdań z 1 i [1]5 stycznia 2008 r.).

16. Rozporządzenie nr 31/2007, zmieniające i uzupełniające rozporządzenie nr 18/2007 przewidywało ponadto, że podmioty zarządzające były zobowiązane w terminie piętnastu dni od daty zatwierdzenia powiadomić członków, do którego funduszu emerytalnego zatwierdzono ich przystąpienie. Jeżeli powiadomieni członkowie nie podpisali aktu przystąpienia do powyższego funduszu, mieli oni możliwość złożenia pisemnego wniosku do CSSPP, która po rozpatrzeniu wniosku informowała podmiot zarządzający o przynależności członka do prywatnie zarządzanego funduszu lub jej braku.

II – Okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu i pytanie prejudycjalne

17. ING Pensii jest spółką prywatną, zarządzającą funduszami emerytalnymi. Działa ona na rynku obowiązkowych emerytur prywatnych w Rumunii.

18. U podstaw niniejszej sprawy leży dochodzenie prowadzone przez Consiliul Concurenței w sprawie ewentualnego naruszenia art. 5 ust. 1 ustawy o konkurencji (legea concurenței) nr 21/1996[6] oraz art. 81 WE (obecnie art. 101 TFUE) na rumuńskim rynku prywatnego zarzadzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi (drugi filar).

19. W wyniku tego dochodzenia Consiliul Concurenței stwierdził między innymi, że na wspomnianym rynku istniały porozumienia antykonkurencyjne mające na celu podział klientów pomiędzy spółki handlowe zarządzające tymi funduszami.

20. Decyzją nr 39 z dnia 7 września 2010 r. Consiliul Concurenței nałożył karę na czternaście spośród nich, w tym na skarżącą. Przedmiotowe porozumienia, które były najczęściej zawierane dwustronnie i przybierały rozmaite formy, dotyczyły podwójnych członków. Zawierając takie porozumienia, zarządzający prywatnymi funduszami emerytalnymi dokonali między sobą podziału podwójnych członków w częściach równych (według kryterium 50 na 50) i w ten sposób starali się uniknąć rozdziału podwójnych członków przez CNPAS.

21. W dniu 4 października 2010 r. ING Pensii wniosła do Curtea de Apel București (sądu apelacyjnego w Bukareszcie), tytułem żądania głównego, o stwierdzenie nieważności wspomnianej decyzji nr 39, zaś tytułem ewentualnym, o częściowe stwierdzenie nieważności tej decyzji, domagając się obniżenia wysokości nałożonej na nią grzywny.

22. Spółka skarżąca podniosła, że przedmiotowe porozumienie nie było niezgodne z art. 5 ust. 1 ustawy o konkurencji oraz że nie zostały ponadto spełnione warunki stosowania art. 101 ust. 1 TFUE. Utrzymywała ona w szczególności, że podział członków zarejestrowanych jako podwójni członkowie nie wywołał żadnych skutków polegających na ograniczeniu, zapobieżeniu lub zakłóceniu konkurencji na rumuńskim rynku prywatnego zarzadzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi lub na jego znacznej części. ING Pensii argumentowała również, że konkurencja między zarządzającymi prywatnymi funduszami emerytalnymi nie została wyeliminowana, ponieważ konkurowali oni ze sobą w pierwotnym okresie przystępowania.

23. Consiliul Concurenței stwierdził ze swojej strony, że w celu ustalenia antykonkurencyjnego charakteru porozumienia, które zostało zawarte między zarządzającymi prywatnymi funduszami emerytalnymi, w tym ING Pensii, należy wziąć pod uwagę ramy prawne stanowiące podstawę stworzenia i funkcjonowania rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi, a także specyfikę rynku, na którym porozumienie to zostało zawarte.

6 — Ustawa w brzmieniu zmienionym i uzupełnionym, ponownie opublikowana (*Monitorul Oficial al României nr* 240 z dnia 3 kwietnia 2014 r.). Zgodnie z tym przepisem „[z]akazane są wszelkie – wyraźne lub milczące – porozumienia między przedsiębiorstwami czy związkami przedsiębiorstw, decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji na rynku rumuńskim lub na jego części, w szczególności te, które polegają na: […]
c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia […]”.

24. Wyrokiem nr 749 z dnia 6 lutego 2012 r. Curtea de Apel București oddalił skargę wniesioną przez ING Pensii.

25. Od tego wyroku spółka skarżąca wniosła odwołanie do sądu odsyłającego. Podniosła ona w szczególności, że wybór innej niż przewidzianej w ustawie metody obliczeniowej podwójnych członków nie stanowił naruszenia ustawy o konkurencji, lecz co najwyżej naruszenie uregulowania szczególnego dotyczącego sektora obowiązkowych emerytur prywatnych. Ponadto, ponieważ porozumienie ograniczało się do podziału podwójnych członków, nie mogło ono zakłócić konkurencji na przedmiotowym rynku, skoro podwójni członkowie, stanowiący mniej niż 1,5% rynku, nie byli przedmiotem konkurencji między zarządzającymi prywatnymi funduszami emerytalnymi.

26. ING Pensii argumentowała również, że nie miała żadnego interesu natury praktycznej, czy gospodarczej w podziale podwójnych członków w częściach równych, jako że w dniu 15 października 2007 r. miała już największy udział w rynku. Ponadto porozumienie wywarło pozytywne skutki, prowadząc do nadania większej skuteczności procesowi przystępowania do obowiązkowych prywatnych funduszy emerytalnych, ponieważ członkowie posiadali większą szansę na poszanowanie ich wyboru niż w przypadku przydziału losowego.

27. Skarżąca zauważyła wreszcie, że w niniejszej sprawie nie wykazano skutku w postaci wprowadzenia barier na krajowym rynku obowiązkowych emerytur prywatnych w wyniku wyboru innej metody obliczeniowej podwójnych członków. W związku z tym, że chodzi o porozumienie dotyczące marginalnej części rynku rumuńskiego, jest oczywiste, że jego rzeczywiste lub potencjalne skutki są nieznaczące i nie mogą w żadnym wypadku mieć wpływu na rynek Unii Europejskiej.

28. Consiliul Concurenței domagał się oddalenia odwołania, utrzymując zasadniczo, że porozumienie o podziale podwójnych członków mogło zakłócić konkurencję na rynku obowiązkowych emerytur prywatnych, a zatem miało jako takie antykonkurencyjny cel. Według tego urzędu możliwość wywołania przez dane porozumienie negatywnych skutków oraz stwierdzenie naruszenia polegającego na podziale rynku i źródeł zaopatrzenia nie są uzależnione od liczby klientów faktycznie podzielonych, gdyż ten aspekt wiąże się z konkretnymi skutkami porozumienia.

29. W tych okolicznościach sąd odsyłający postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy w przypadku praktyki polegającej na podziale klientów, ostateczna konkretna liczba tych klientów ma znaczenie w odniesieniu do spełnienia warunku dotyczącego znaczącego wpływu na konkurencję w rozumieniu art. 101 ust. 1 lit. c) TFUE?”

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, rząd rumuński oraz Komisja Europejska przedstawili Trybunałowi uwagi na piśmie i zostali wysłuchani na rozprawie w dniu 11 lutego 2015 r.

III – Analiza pytania prejudycjalnego

31. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zwrócono się do Trybunału o wyjaśnienie, czy i w jakim zakresie liczba osób, których dotyczy porozumienie o podziale, takie jak będące przedmiotem sprawy w postępowaniu głównym, jest istotnym elementem dla ustalenia, czy porozumienie to jest objęte zakresem stosowania zakazu porozumień określonego w art. 101 ust. 1 TFUE.

32. Biorąc pod uwagę informacje dostarczone przez sąd odsyłający, niezbędne jest dokonanie dwóch wstępnych uściśleń.

33. W pierwszej kolejności uważam, że chociaż wydaje się, iż w sporze w postępowaniu głównym zakwestionowano w sposób bezpośredni wyłącznie zastosowanie rumuńskich przepisów krajowych w dziedzinie konkurencji, w tym w szczególności art. 5 ust. 1 ustawy o konkurencji, należy w sposób stanowczy uznać dopuszczalność pytania prejudycjalnego. W niniejszej sprawie ING Pensii zakwestionowała zastosowanie art. 101 TFUE, lecz jej zastrzeżenie zostało odrzucone przez sąd odsyłający. Zważywszy, że to właśnie warunki stosowania wymienionego przepisu stanowią sedno niniejszej sprawy, nie można się nie zgodzić z podejściem sądu odsyłającego.

34. Należy zauważyć ponadto, że wspomniany przepis krajowy w obecnie obowiązującym brzmieniu stanowi niemal dokładne powtórzenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, ustanowionego w art. 101 ust. 1 TFUE. W takich okolicznościach uważam, że zgodnie z rozwiązaniami przyjętymi w licznych poprzednio rozpatrywanych sprawach dotyczących praktyk ograniczających w stosowaniu krajowego prawa konkurencji[7], należy uznać niniejsze odesłanie prejudycjalne za dopuszczalne. Istnieje bowiem określony interes Unii w tym, by celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni, przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii były interpretowane w sposób jednolity, bez względu na warunki, w jakich mają być stosowane[8].

35. W drugiej kolejności należy podkreślić, że chociaż w postępowaniu głównym to kwestia istnienia ograniczenia konkurencji ze względu na cel wydaje się stanowić centralny punkt dyskusji i będzie ona przedmiotem najważniejszych rozważań w niniejszej opinii, ogólność sformułowań użytych przez sąd odsyłający w pytaniu prejudycjalnym zachęca mnie również do zajęcia się bardziej ogólnie warunkiem dotyczącym wywierania znaczącego wpływu na konkurencję. Sąd odsyłający podkreślił zresztą, że w niniejszej sprawie chodzi zarówno o ustosunkowanie się do charakteru antykonkurencyjnego przedmiotowego porozumienia, jak i do tego, czy porozumienia o podziale podwójnych członków mogły spowodować zmianę struktury rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi, wywierając na niego znaczący wpływ.

A – *W przedmiocie znaczenia liczby osób, których konkretnie dotyczą sporne porozumienia przy ustalaniu celu ograniczającego konkurencję*

36. W niniejszej sprawie, dla udzielenia odpowiedzi na pytanie postawione przez sąd odsyłający, konieczne jest moim zdaniem, po przypomnieniu istotnego dla sprawy orzecznictwa, przeprowadzenie analizy spornych porozumień o podziale. O ile ocena, czy wspomniane porozumienia mogą być objęte zakazem porozumień określonym w art. 101 ust. 1 TFUE należy ostatecznie wyłącznie do sądu odsyłającego, o tyle jednak zadaniem Trybunału jest dostarczenie sądowi krajowemu wskazówek w celu ustalenia, czy porozumienia te mają antykonkurencyjny cel lub, w przypadku odpowiedzi przeczącej, czy wywierają one antykonkurencyjne skutki.

1. Przypomnienie nauki płynącej z orzecznictwa

37. Należy przypomnieć, że zakazem przewidzianym w art. 101 ust. 1 TFUE są objęte porozumienie, decyzja związku przedsiębiorstw czy też uzgodniona praktyka, których „celem *lub* skutkiem”[9] jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego.

7 — Zobacz w szczególności wyroki: Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, pkt 12–22); ETI i in. (C-280/06, EU:C:2007:775, pkt 19–29); Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, pkt 13–23) oraz Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 17–23).

8 — Zobacz wyrok Allianz Hungária Biztosító i in., EU:C:2013:160, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo.

9 — Podkreślenie moje.

38. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, od czasu wydania wyroku w sprawie LTM [10], alternatywny charakter tej przesłanki wyrażony przy pomocy spójnika „lub" prowadzi w pierwszej kolejności do konieczności zbadania samego celu porozumienia z uwzględnieniem kontekstu gospodarczego, w jakim ma być ono stosowane. W ten sposób, jeżeli ustalono istnienie antykonkurencyjnego celu porozumienia, nie ma potrzeby poszukiwać jego skutków dla konkurencji.

39. W odniesieniu do rozróżnienia „naruszeń ze względu na cel" i „naruszeń ze względu na skutek", z utrwalonego orzecznictwa, podkreślonego niedawno mocno w sprawie zakończonej wyrokiem CB/Komisja [11], wynika ponadto, że jest ono związane z okolicznością, iż pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami są *szkodliwe dla konkurencji w stopniu wystarczającym* do tego, aby *nie było konieczności badania ich skutków*.

40. W tym względzie, przyjmuje się odtąd, że pewne rodzaje współpracy między przedsiębiorstwami można, z uwagi na sam ich charakter, uznać za szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania normalnej konkurencji. Należy zatem przyjąć, że pewne mające znamiona zmowy zachowania, takie jak te, które prowadzą do horyzontalnego ustalania cen przez kartele, można uznać za tak bardzo mogące wywołać negatywne skutki dla, w szczególności, ceny, ilości czy jakości towarów czy usług, iż dla celów zastosowania art. 101 ust. 1 TFUE nie ma potrzeby wykazania, że wywołują one faktyczne skutki rynkowe. Z doświadczenia wynika bowiem, że tego rodzaju zachowania skutkują obniżeniem wielkości produkcji i zwyżką cen, pociągając za sobą ostatecznie nieprawidłowy podział zasobów, czego szkodliwe konsekwencje ponoszą w szczególności konsumenci [12].

41. Aby ocenić, czy dane porozumienie między przedsiębiorstwami czy też decyzja związku przedsiębiorstw wykazuje taki stopień szkodliwości, aby można je było uznać za ograniczenia konkurencji ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE, należy skupić się na treści ich postanowień, na celach, do których osiągnięcia zmierzają, a także na kontekście gospodarczym i prawnym, w jaki się wpisują. W ramach oceny tego kontekstu należy również wziąć pod uwagę charakter dóbr lub usług, których to porozumienie dotyczy, jak również rzeczywiste warunki funkcjonowania oraz strukturę spornego rynku lub spornych rynków. Ponadto, choć zamiar stron nie stanowi koniecznej przesłanki ustalenia ograniczającego charakteru porozumienia pomiędzy przedsiębiorstwami, nic nie stoi na przeszkodzie, aby krajowe lub unijne organy ochrony konkurencji lub sądy go uwzględniły [13].

42. Jak już wspomniałem w mojej opinii w sprawie CB/Komisja [14], choć bardziej standardowa ocena, do której prowadzi posłużenie się pojęciem ograniczenia ze względu na cel, zakłada konieczność szczegółowego i indywidualnego badania spornego porozumienia, to badanie to należy jednak wyraźnie odróżnić od badania rzeczywistych lub potencjalnych skutków kwestionowanych zachowań przedsiębiorstw.

43. W mojej ocenie, uwzględnienie kontekstu gospodarczego i prawnego w celu ustalenia antykonkurencyjnego celu należy – ze względu na ryzyko wypaczenia brzmienia art. 101 ust. 1 TFUE – wyraźnie odróżnić od wykazania antykonkurencyjnych skutków na podstawie drugiej części alternatywy wskazanej w tym postanowieniu. Uwzględnienie kontekstu w celu ustalenia, czy cel porozumienia ma charakter antykonkurencyjny, może jedynie wzmocnić lub osłabić wynik badania treści postanowień rzekomego porozumienia. Nie może ono w żadnym razie zaradzić brakowi faktycznego ustalenia antykonkurencyjnego celu poprzez wykazanie potencjalnych skutków rozpatrywanych środków. Innymi słowy, niezależnie od koncepcyjnych podobieństw między dwiema

10 — 56/65, EU:C:1966:38.

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

12 — Wyrok CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 49–51 i przytoczone tam orzecznictwo.

13 — Wyrok CB/Komisja, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, pkt 53 i 54 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

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

częściami tej alternatywy posłużenie się kontekstem gospodarczym i prawnym przy ustalaniu, czy mamy do czynienia z ograniczeniem ze względu na cel, nie może prowadzić do postawienia zarzutów przedsiębiorstwu, którego zachowanie jest kwestionowane, jeżeli treść porozumienia nie wskazuje na jego szkodliwość z punktu widzenia konkurencji [15].

44. Właśnie w świetle tych uściśleń proponuję zbadanie spornych porozumień, po krótkim przypomnieniu, w pierwszej kolejności, ogólnego kontekstu i warunków ich wprowadzenia.

2. Przedstawienie ogólnego kontekstu i warunków wprowadzenia spornych porozumień

45. Dwustronne porozumienia o podziale podwójnych członków zawarte pomiędzy prywatnymi spółkami zarządzającymi funduszami emerytalnymi i zakwestionowane w postępowaniu głównym wpisują się w kontekst przystąpienia do jednego z 18 zatwierdzonych w tym celu prywatnych funduszy emerytalnych, które to przystąpienie było począwszy od 2007 r. obowiązkowe w odniesieniu do osób w wieku poniżej 35 lat (osoby należące do drugiego filaru).

46. Biorąc pod uwagę obowiązkowy charakter przystąpienia do jednego (i tylko jednego) funduszu emerytalnego przez osoby należące do drugiego filaru, po upływie pierwotnego okresu przystępowania, trwającego około czterech miesięcy, wymienione osoby nie mogły być uważane jako niezapisane do określonego funduszu.

47. W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z obowiązującymi przepisami, przynależność do funduszu emerytalnego staje się prawnie wiążąca wyłącznie w przypadku, gdy zostaje zarejestrowana przez CNPAS. Przed taką rejestracją, przynależność do określonego funduszu nie jest ważna ani nie można jej w żaden sposób domniemywać. Należy również podkreślić, że osoba, która przystąpiła do prywatnie zarządzanego funduszu emerytalnego i która została wpisana do rejestru CNPS jako członek tego funduszu nie mogła dokonać zmiany w zakresie swego przystąpienia przed upływem dwóch lat, pod rygorem poniesienia znacznych kosztów, co w pewnym sensie utrwala przynależność do danego funduszu na przyszłość.

48. I tak, w przypadku, gdy dani członkowie widnieli w sprawozdaniach kilku zarządzających (jako podwójni członkowie) i z różnych powodów nie można było dokonać weryfikacji aktu przystąpienia, ustawodawca przewidział, że należało dokonać przydziału „losowego" członków wprost proporcjonalnie do liczby osób zapisanych w sposób ważny do każdego z prywatnych funduszy w stosunku do całkowitej liczby osób zapisanych w sposób ważny do wszystkich prywatnych funduszy emerytalnych.

49. Nie ulega wątpliwości, że przydział taki odzwierciedlał zasadniczo istnienie konkurencji między uczestniczącymi w okresie przystępowania funduszami emerytalnymi, ponieważ dokonywany był on proporcjonalnie do liczby osób zatwierdzonych w każdym z funduszy w chwili przydziału. Z informacji przedstawionych Trybunałowi przez Consiliul Concurenței wynika, że przydział w zależności od liczby zatwierdzonych aktów przystąpienia stanowił zachętę do większego udziału uczestników rynku w celu pozyskania członków i zapewnienia struktury rynku opartego na konkurencyjnych zasadach.

15 — Ibidem pkt 44–45.

50. Wreszcie, zgodnie z informacjami przedstawionymi przez Consiliul Concurenței zawieranie porozumień o spornym podziale, które odbywało się w sposób nieformalny, rozpoczęło się przed okresem pierwotnego przystępowania, w dniu 14 września 2007 r.[16].. Tymczasem w tym okresie nie było możliwe określenie ani nawet oszacowanie ostatecznej liczby uczestników zarejestrowanych jako podwójni członkowie. Innymi słowy, poprzez zawieranie rozpatrywanych porozumień, zarządzający funduszami emerytalnymi zdecydowali odstąpić od przewidzianego w obowiązujących przepisach prawa systemu podziału podwójnych członków, samodzielnie dokonując podziału klientów, bez znajomości dokładnej liczby osób, które zostaną w ostateczności nim objęte.

51. Wreszcie, podział członków zarejestrowanych jako podwójni członkowie odbywał się najczęściej na zasadzie dwustronności pomiędzy większością spółek zarządzających funduszami emerytalnymi. Skutkiem rozpatrywanego podziału, dokonywanego w częściach równych pomiędzy zarządzającymi, było wykreślenie takich zainteresowanych osób z rejestru podwójnych członków i zatwierdzenie ich przystąpienia do jednego z dwóch funduszy przez CNPAS. Nie przeprowadzając przewidzianej przez prawo kontroli autentyczności aktów przystąpień i dokonując ich podziału według kryterium 50 na 50, zarządzający świadomie odstąpili od stosowania reguł konkurencji, jakim powinni się oni poddać.

52. W świetle tych właśnie rozważań należy zbadać, czy rozpatrywane porozumienia mogą być uznane, same w sobie, za szkodliwe w stopniu wystarczającym dla konkurencji czy też nie, a zatem czy można je uznać za ograniczenia ze względu na cel.

3. Analiza kwestii, czy sporne porozumienia o podziale podwójnych członków stanowią ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE

53. W tym celu zastosuję schemat analizy, który przedstawiłem powyżej i zbadam kolejno treść porozumień o podziale, cele, do których osiągnięcia one zmierzają, a także kontekst gospodarczy i prawny, w jaki się wpisują.

a) W przedmiocie treści spornych porozumień o podziale

54. W spornych porozumieniach, na pierwszy rzut oka, określeni zarządzający funduszami uzgodnili, na zasadzie dwustronności, podział osób, które nie zostały definitywnie członkami określonego funduszu, lecz zostały zarejestrowane jako osoby, które podpisały kilka aktów przystąpienia do różnych funduszy emerytalnych.

55. I tak, zarządzający prywatnymi funduszami emerytalnymi, wśród członków których były osoby, które podpisały kilka indywidualnych aktów przystąpienia, uzgodnili dokonanie między sobą podziału podwójnych członków (stanowiących potencjalnych klientów wszystkich spółek zarządzających) według zasady 50 na 50, podczas gdy mieli oni obowiązek uprzedniego sprawdzenia faktycznej woli członków, stanowiących osoby, które podpisały dwa akty przystąpienia oraz w odpowiednim przypadku zgłoszenia CNPAS informacji o każdym akcie przystąpienia, ponieważ przystąpienie tych członków powinno zostać unieważnione i osoby te powinny zostać objęte systemem przydziału losowego.

16 — Zgodnie z informacjami zebranymi podczas dochodzenia Consiliul Concurenței, w dniu 15 sierpnia 2007 r. jeden z zarządzających zaproponował innym konkurującym spółkom zawarcie dwustronnych i wielostronnych porozumień ustanawiających wspólne kryteria zatwierdzania w przypadku kilku aktów przystąpienia do różnych funduszy i sankcjonujące finansowo spółki, które nie zastosowały tych kryteriów. Porozumienia o podziale podwójnych członków, stanowiące obejście obowiązującej regulacji prawnej, zostały również zaproponowane podczas zebrania Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (stowarzyszenia prywatnych emerytur w Rumunii).

56. Nawet jeśli, jak podniosła w swoich uwagach ING Pensii, można domniemywać w pewnym sensie, że wspomniane osoby wyraziły pewną preferencję co do przystąpienia do jednego z dwóch zainteresowanych funduszy, nie zmienia to faktu, że zgodnie z tym, co przewidują stosowne przepisy krajowe, można zostać członkiem funduszu emerytalnego wyłącznie poprzez podpisanie indywidualnego aktu przystąpienia, który musi zostać następnie zarejestrowany przez właściwy organ (art. 32 ust. 1–4 ustawy nr 411/2004).

b) W przedmiocie obiektywnych celów spornych porozumień

57. Jest dość oczywiste, że celem zawarcia rozpatrywanych porozumień było odstąpienie od przewidzianego na mocy obowiązujących przepisów prawa systemu przydziału losowego podwójnych członków.

58. Na podstawie tych przepisów, zapisy podwójnych członków powinny bowiem zostać unieważnione a oni sami rozdzieleni losowo pomiędzy *wszystkie* spółki zarządzające, których liczba w pierwotnym okresie przystępowania wynosiła 18. Poprzez zawarcie spornych porozumień zainteresowani zarządzający zapewnili sobie podział w częściach równych pomiędzy sobą.

59. W świetle treści i obiektywnych celów spornych porozumień, można je zakwalifikować jako porozumienia o podziale klientów, które przez swój charakter mogą wykazywać wystarczający stopień szkodliwości. Porozumienia te mogły bowiem zakłócać konkurencję na rynku obowiązkowych emerytur prywatnych na kluczowym etapie kształtowania się rynku.

60. W tym kontekście należy przypomnieć, że w momencie zawierania porozumień o podziale pomiędzy zarządzającymi, co miało często miejsce jeszcze przed rozpoczęciem okresu przystępowania, nie była znana liczba osób, które miały znaleźć sie w rejestrze podwójnych członków. Tymczasem możliwość wywierania przez te porozumienia odczuwalnego wpływu na rynek powinna być analizowana w świetle okoliczności znanych w momencie zawierania tych porozumień, a nie może uwzględniać ustaleń faktycznych po ich zawarciu.

61. W niniejszej sprawie nie można zanegować możliwości zmiany struktury rynku przez przedmiotowe porozumienia poprzez wyłączenie pewnej liczby klientów z konkurencji między funduszami emerytalnymi. Możliwość ta istnieje niezależnie od faktycznych skutków, jakie nastąpiły lub mogły nastąpić.

62. Na tym etapie mojej analizy uważam zatem, że na pierwszy rzut oka porozumienia ograniczają konkurencję ze względu na sam ich cel.

63. Uwzględnienie właściwego kontekstu gospodarczego i prawnego nie może moim zdaniem, jak zostanie to wykazane poniżej, podważyć tego pierwszego wniosku.

c) W przedmiocie uwzględnienia kontekstu gospodarczego i prawnego wprowadzenia spornych porozumień

64. Jak zauważyłem wcześniej, konieczność rozróżnienia wskazania ograniczenia ze względu na cel oraz ograniczenia „ze względu na skutek” oznacza, że analiza kontekstu wprowadzenia przedmiotowych porozumień nie może przerodzić się w badanie skutków porozumienia jako takich. O ile sąd krajowy musi we wszystkich wypadkach dokonywać indywidualnej oceny porozumień w kontekście prawnym i gospodarczym ich zawarcia, o tyle ocena ta nie jest równoznaczna z dokładną analizą rzeczywistych i potencjalnych skutków wywieranych przez takie porozumienia oraz, w stosownym przypadku, znaczenia tych skutków.

65. Uwzględnienie kontekstu w celu ustalenia, czy cel porozumienia ma charakter antykonkurencyjny, może jedynie *potwierdzić lub neutralizować* badanie samej treści i obiektywnych celów domniemanego porozumienia. Nie może ono w żadnym razie zaradzić brakowi faktycznego ustalenia antykonkurencyjnego celu poprzez wykazanie potencjalnych skutków rozpatrywanych środków. Wniosek ten może być w naturalny sposób wywiedziony ze sformułowania przyjętego przez Trybunał, które dość jasno wskazuje, że jeżeli analiza *treści* porozumienia nie wskazuje na wystarczający stopień szkodliwości dla konkurencji, to należy wówczas zbadać skutki porozumienia, a do objęcia go zakazem wymagane jest spełnienie przesłanek, które wskazują na faktyczne zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji w odczuwalny sposób [17].

66. To uściślenie wydaje mi się ważne w niniejszej sprawie, ponieważ w wyniku badania treści i obiektywnych celów przedmiotowych porozumień okazuje się, że ze względu na ich charakter są one szkodliwe dla konkurencji, tak samo jak należy przyjąć, iż stanowią one a priori ograniczenie ze względu na cel w rozumieniu art. 101 ust. 1 TFUE.

67. Podobnie badanie kontekstu w okolicznościach, takich jak występujące w postępowaniu głównym ma służyć ustaleniu, czy pomimo antykonkurencyjnego charakteru spornych porozumień, możliwe jest oczyszczenie z zarzutów spółek zarządzających prywatnymi funduszami emerytalnymi, biorąc pod uwagę kontekst gospodarczy i prawny zawierania spornych porozumień o podziale czy też przeciwnie, zbadanie tego kontekstu potwierdzi wniosek przyjęty w wyniku analizy treści i celów, do których zmierzało zawieranie tych porozumień, zgodnie z którym miały one antykonkurencyjny cel.

68. Tymczasem, co się tyczy kontekstu gospodarczego i prawnego, które w niniejszej sprawie są ze sobą ściśle powiązane, z informacji dostarczonych zarówno przez sąd odsyłający, jak i zainteresowane strony wynika, że kontekst wprowadzenia spornych porozumień o podziale charakteryzują następujące okoliczności.

69. W pierwszej kolejności, porozumienia te zostały zawarte w kontekście powstania nowego rynku („infant market") w Rumunii, a mianowicie rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi, który został wprowadzony w 2007 r. poprzez udzielenie zezwolenia przez CSSPP pewnej liczbie spółek mających wyłącznie na celu zarządzanie tymi funduszami. W ramach kształtowania się rynku, który zgodnie z informacjami dostarczonymi przez Consiliul Concurenței miał obejmować około czterech milionów osób, okres pierwotnego przystępowania stanowił bez wątpienia decydujący etap w określeniu struktury tego rynku oraz udziałów posiadanych przez każdą spółkę zarządzającą, której udzielono zezwolenia.

70. W tej perspektywie, przewidziana w prawie zasada arytmetyczna dotycząca przydziału losowego i proporcjonalnego osób, które nie przystąpiły do funduszu emerytalnego lub, które nie dokonały ważnego wyboru (jak podwójni członkowie) i których liczba nie mogła być znana, miała na celu w szczególności – w kontekście stymulowania konkurencji między zarządzającymi – utrzymanie i zagwarantowanie struktury tego nowego rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi, co odpowiada wysiłkom podejmowanym przez każdą spółkę zarządzającą w celu przyciągnięcia jak największej liczby członków w pierwotnym etapie przystępowania oraz wyborom faktycznie i w sposób prawnie określony wyrażonym przez dane osoby.

71. W drugiej kolejności należy zauważyć, że kształtowanie się rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi dokonało się w stosunkowo krótkim okresie, a mianowicie czterech miesięcy, po upływie którego pozycja każdego z zarządzających funduszami ma potencjalnie decydujący wpływ na udziały w rynku, które będą następnie posiadali. Sam charakter tego rynku oraz

17 — Zobacz w szczególności wyroki: LTM (56/65, EU:C:1966:38, s. 359); Football Association Premier League i in. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631, pkt 135).

okoliczność, że w przypadku zmiany wyboru funduszu członkowie narażają się na wysoką sankcję pieniężną (karę związaną z przeniesieniem przewidzianą w ustawie nr 411/2004) wiąże się z ograniczoną mobilnością danych konsumentów i ustala w pewnym sensie udziały w rynku posiadane przez zainteresowane spółki z końcem okresu przystępowania.

72. W trzeciej kolejności, choć, jak wspomniała ING Pensii, niektórzy zarządzający podnieśli, że porozumienia o podziale miały na celu zniwelowanie trudności natury praktycznej oraz konieczność zaradzenia przepisowi prawnemu dotyczącego podziału uznanego za nieskuteczny w praktyce, należy zauważyć, że sporne porozumienia zostały najprawdopodobniej zawarte zanim jeszcze pojawiła się jakakolwiek trudność związana z wprowadzeniem pierwotnego procesu przystępowania.

73. Gdyby nawet należało przyjąć przedstawioną przez skarżącą argumentację, zgodnie z którą ramy prawne, w które wpisuje się wprowadzenie rynku prywatnego zarządzania obowiązkowymi funduszami emerytalnymi charakteryzowały się licznymi lukami, nie mogłaby ona podważyć ustalenia, zgodnie z którym zarządzający świadomie odstąpili od przewidzianych w prawie zasad podziału członków w taki w sposób, że mogło to prowadzić do zmiany struktury rynku w wyniku wysiłków, które rzeczywiście podjęli i które zostały uwieńczone prawnie wiążącymi przystąpieniami.

74. Pragnę bowiem przypomnieć, że zgodnie ze stosownymi przepisami zapisy podwójnych członków miały zostać unieważnione a oni sami przydzieleni losowo oraz proporcjonalnie do udziałów w rynku posiadanych przez spółki na końcu procesu zatwierdzania przystąpień. Poprzez zawarcie między sobą dwustronnych porozumień dotyczących podziału podwójnych członków, odrzucając w sposób wyraźny prawnie wiążące rozwiązanie, zarządzający funduszami odstąpili od stosowania przejrzystych zasad ze szkodą dla konkurencji.

75. Z powyższych rozważań wynika, że elementy kontekstu właściwe dla sprawy w postępowaniu głównym nie wydają się podważać wniosku, zgodnie z którym porozumienia o podziale mają antykonkurencyjny cel, a przeciwnie, potwierdzają ten wniosek.

76. Wydaje mi się, że ten rodzaj porozumień jest wyraźnie sprzeczny z koncepcją właściwą postanowieniom TFUE dotyczącym konkurencji, zgodnie z którą każdy podmiot gospodarczy winien określać w sposób autonomiczny politykę, jaką zamierza realizować na rynku oraz swobodnie konkurować o wszelkich klientów na rynku. Poprzez zawarcie tych porozumień spółki zarządzające funduszami dokonały uzgodnień w celu zminimalizowania ryzyka konkurencji [18].

77. W konsekwencji uważam, że zawarte między zarządzającymi funduszami emerytalnymi zarządzanymi prywatnie porozumienia o podziale członków, którzy podpisali kilka aktów przystąpienia, w odstępstwie od zasad przewidzianych w prawie spełniają wszystkie warunki, aby zostać uznane za ograniczające konkurencję ze względu na cel.

78. Pozostaje zbadać, czy liczba osób, których dotyczyły faktycznie porozumienia o podziale może mieć znaczenie przy ustalaniu, czy mamy do czynienia z odczuwalnym wpływem na konkurencję.

B – *W przedmiocie znaczenia liczby osób, których faktycznie dotyczyły sporne porozumienia dla celów oceny istnienia odczuwalnego wpływu na konkurencję*

79. Reasumując, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, postawione pytanie sprowadza się do określenia, czy konkretne skutki spornych porozumień o podziale, które wydają się mieć antykonkurencyjny cel mogą mieć znaczenie przy ustalaniu, czy ma miejsce ograniczenie konkurencji.

18 — Zobacz podobnie wyrok Beef Industry Development Society i Barry Brothers, C-209/07, EU:C:2008:643, pkt 34.

80. Moim zdaniem na to pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Jeżeli zostanie stwierdzone, że porozumienia mają antykonkurencyjny cel, nie będzie potrzeby badania ich konkretnych skutków.

81. Ponieważ zostało ustalone, że porozumienia te mają antykonkurencyjny cel, nie ma już potrzeby badania, czy wpływają one w odczuwalny sposób na konkurencję na rynku. W zakresie, w jakim zachowania antykonkurencyjne, które z samej swej natury są szkodliwe dla konkurencji, są zabronione, nie jest konieczne określenie ich wpływu gospodarczego lub dokładnego zakresu geograficznego.

82. Należy ponownie przypomnieć, że porozumienie ograniczające konkurencję ze względu na cel jest zakazane, niezależnie od końcowych skutków, jakie wywołują, ze względu na sam fakt potencjalnego zagrożenia dla konkurencji. Jak podkreślił Trybunał w szczególności w sprawie zakończonej wyrokiem Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795, należy uznać, że porozumienie mogące wpłynąć na handel między państwami członkowskimi i mające antykonkurencyjny cel stanowi – z uwagi na swój charakter i bez względu na to, jakie są jego konkretne skutki – odczuwalne ograniczenie konkurencji (pkt 37 wyroku).

83. Z całości powyższych rozważań wynika, w okolicznościach takich jak w niniejszej sprawie, liczba klientów (podwójnych członków), którzy byli rzeczywiście podzieleni między zarządzającymi prywatnymi funduszami emerytalnymi jest bez znaczenia, ponieważ kwestia ta dotyczy konkretnych skutków porozumienia, które w przypadku porozumień stanowiących ograniczenia ze względu na cel nie podlegają ocenie. Ustalenie antykonkurencyjnego celu porozumienia o podziale, a w szczególności możliwości wywołania przez niego negatywnych skutków na rynku, nie może być uzależnione od konkretnej liczby klientów rzeczywiście podzielonych, lecz wyłącznie od treści i obiektywnych celów tego porozumienia w świetle kontekstu gospodarczego i prawnego jego zawarcia.

84. O ile przeprowadzenie pełnej analizy skutków porozumienia nie jest konieczne dla ustalenia ograniczenia konkurencji ze względu na cel, niemniej jednak przedmiotowe porozumienie powinno obiektywnie być w stanie powodować takie ograniczenie. Innymi słowy, sąd nie może w ramach badania kontekstu gospodarczego i prawnego porozumień pominąć całkowicie ich potencjalnych skutków w świetle informacji znanych w momencie ich zawierania.

85. Uważam bowiem, że wymóg, aby rozpatrywane ograniczenie było odczuwalne nie może zostać usunięty w przypadku ograniczenia ze względu na cel, lecz jest on w pewnym sensie „wchłonięty" podczas badania kontekstu gospodarczego i prawnego mającego na celu potwierdzenie rzeczywistej zdolności przedmiotowego porozumienia do wywołania takiego skutku ograniczającego. W przypadku gdyby sąd stwierdził, po dokonaniu badania kontekstu gospodarczego i prawnego, że przedmiotowe porozumienie może potencjalnie wywierać wyłącznie nieznaczący wpływ na konkurencję, biorąc pod uwagę w szczególności słabą pozycję zainteresowanych na rynku przedmiotowych produktów, może on dojść do wniosku, że porozumienie to nie jest objęte zakresem stosowania art. 101 ust. 1 TFUE.

86. W niniejszej sprawie nie wydaje się, aby wspomniane powyżej okoliczności prawne i gospodarcze, jakie towarzyszą zawarciu porozumień mogły podawać w wątpliwość istnienie ograniczenia mogącego odczuwalnie wpływać na konkurencję.

IV – Wnioski

87. Uwzględniając całość powyższych rozważań, proponuję, aby na pytanie prejudycjalne skierowane przez Înalta Curte de Casație și Justiție Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Artykuł 101 ust. 1 lit. c) TFUE należy interpretować w ten sposób, że w przypadku porozumienia o podziale klientów, takiego jak zawarte między funduszami emerytalnymi w postępowaniu głównym, które ze względu na swój charakter stanowi naruszenie mające antykonkurencyjny cel, ostateczna konkretna liczba podzielonych klientów nie ma znaczenia w odniesieniu do spełnienia warunku dotyczącego ograniczenia konkurenci w rozumieniu art. 101 ust. 1 lit. c) TFUE.