Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 23 april 2015 [1]

Mål C-172/14

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

(begäran om förhandsavgörande från Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumänien))

”Begäran om förhandsavgörande — Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Villkor för fördelning av kunder inom den rumänska marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder — Förekomst av en inskränkning av konkurrensen ’genom syfte’ i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF — Inverkan på handeln mellan medlemsstaterna”

1. Förevarande mål har sitt ursprung i en tvist mellan ING Pensii Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA (nedan kallat ING Pensii), ett privat pensionsfondsförvaltningsbolag, och Consiliul Concurenței (rumänska konkurrensmyndigheten) angående en talan om ogiltigförklaring av ett beslut genom vilket detta bolag förpliktas att betala böter för att ha deltagit i en överenskommelse i syfte att begränsa konkurrensen på marknaden för privata pensionsfonder. Det rör närmare bestämt de avtal som ingåtts mellan förvaltare av obligatoriska privata pensionsfonder om fördelning av dubbelanslutna personer, det vill säga personer som, genom överträdelse av tillämpliga bestämmelser på området eller genom vissa kommersiella agenters oaktsamhet, har anslutit sig till två eller flera fonder under den ursprungliga anslutningsperiod som inrättades genom lag år 2007 (nedan kallade dubbelanslutna personer).

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande, som till stor del är grundad på att det förekommer olika tolkningar inom de rumänska domstolarna, föranleder domstolen att göra vissa förtydliganden beträffande begreppen begränsning ”genom syfte” och märkbar påverkan av konkurrensen. Den ger i synnerhet domstolen tillfälle att erinra om de omständigheter som ska beaktas och den analysmetod som ska tillämpas för att fastställa huruvida en överenskommelse har ett konkurrensbegränsande syfte i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.

I – **De rumänska bestämmelserna**

3. Systemet för fördelning av dubbelanslutna personer som avses i förevarande mål omfattas av den rumänska lagstiftningen om uppbyggnad och organisation av marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder och om denna marknads funktion.

1 — Originalspråk: franska.

4. Den tillämpliga nationella rätten präglas onekligen av en viss komplexitet. Utan att göra anspråk på att behandla ämnet fullständigt och till nytta för analysen nedan, ska följande omständigheter understrykas:

A – *Allmänna bestämmelser om anslutning till privata pensionsfonder*

5. Pensionssystemet i Rumänien består av följande uppdelning:

— Första pelaren: Obligatorisk del, grundad på omfördelning, förvaltad av offentliga myndigheter.

— Andra pelaren: Obligatorisk del, grundad på kapitalisering, förvaltad privat av aktiebolag som har som bolagssyfte att förvalta pensionsfonder och regleras genom lag no 411/2004 om privatförvaltade pensionsfonder (legea privind fondurile de pensii administrate privat), [2]

— Tredje pelaren: fakultativ del, grundad på kapitalisering, också privat förvaltad.

6. Med tillämpning av lag nr 411/2004 godkändes 18 kommersiella bolag med pensionsfondförvaltning som enda bolagssyfte av Comisia de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private (kommissionen för tillsyn över systemet för privatpension) (nedan kallad CSSPP) under perioden mellan den 25 juli 2007 och den 9 oktober 2007, varvid vart och ett av dessa bolag endast kunde förvalta en pensionsfond i Rumänien.

7. Enligt artikel 30.1 i lag nr 411/2004, ska de som inte har fyllt 35 år och som är försäkrade och betalar in avgifter till det allmänna pensionssystemet (första pelaren) även ansluta sig till en privatförvaltad pensionsfond (andra pelaren).

8. De som har fyllt 45 år och de som inte betalar in till det allmänna pensionssystemet (första pelaren) kan inte ansluta sig till den andra pelaren. Personer mellan 35 och 45 år som betalar in avgifter till den första pelaren kan välja att ansluta sig till den andra pelaren eller inte (artikel 30.2 i lag nr 411/2004). Varje fysisk person kan, oberoende av huruvida vederbörande betalar in avgifter till den första och den andra pelaren, betala in avgifter till den tredje pelaren, även om detta inte kan komma att ersätta inbetalning till den första och den andra pelaren, för personer som är skyldiga att betala in avgifter till dessa pensionssystem.

9. När det gäller dem som är anslutna till den andra pelaren, vilka är de enda som avses i målet, föreskrivs i artikel 31 i lag nr 411/2004 att en person inte kan ansluta sig till flera pensionsfonder samtidigt och att personen endast kan ha ett konto i den pensionsfond till vilken vederbörande har anslutit sig.

10. Enligt artikel 32.1 i lag nr 411/2004, ansluter en person sig till en pensionsfond genom att underteckna en individuell anslutningshandling, antingen på eget initiativ eller genom tilldelning som sker genom folkbokföringsmyndighetens försorg.

11. Enligt artikel 33 i lag nr 411/2004, blir den som inte har anslutit sig till någon privat pensionsfond inom viss tid genom folkbokföringsmyndighetens försorg slumpmässigt tilldelad en pensionsfond. Denna tilldelning sker i direkt proportion till de marknadsdelar som varje förvaltare har uppnått (artikel 33.2).

2 — Lag nr 411/2004, såsom den åter offentliggjorts i *Monitorul Oficial al României* nr 482, av den 18 juli 2007 samt ändrad och kompletterad genom regeringens nödförordning nr 112/2007, offentliggjord i *Monitorul Oficial al României* nr 710, av den 22 oktober 2007 (nedan kallad lag nr 411/2004).

B – *Specifika bestämmelser avseende den ursprungliga anslutningen till en privat pensionsfond, förfarandet för godkännande av anslutningar och den slumpmässiga fördelningen av icke-anslutna personer*

12. Det ursprungliga förfarandet för anslutning till en privat pensionsfond och förfarandet för godkännande och slumpmässig fördelning av icke-anslutna personer har reglerats genom beslut nr 18/2007 om ursprunglig anslutning och tilldelning av privata pensionsfonder,[3] i ändrad lydelse enligt beslut nr 31/2007[4] (nedan kallat beslut nr 18/2007).

13. Enligt artikel 17.1 i beslut nr 18/2007, skulle det ursprungliga förfarandet för anslutning till en privatförvaltad pensionsfond löpa under en period på fyra månader, som började den 17 september 2007 och avslutades den 17 januari 2008 (artikel 5.6 i beslut nr 18/2007). Under denna period var alla personer som inte hade fyllt 35 år före den 31 december 2007 eller som uppnådde denna ålder det datumet, om de uppfyllde vissa andra villkor, skyldiga att ansluta sig till en privat pensionsfond (artikel 4.1 och 5.3 i beslut nr 18/2007).

14. När det gäller förfarandet för godkännande och slumpmässig fördelning av fondtagarna (artiklarna 19–31 i beslut nr 18/2007), föreskrevs att förvaltarna hade en skyldighet att var 14:e dag (den 1 och den 15 varje månad) till den nationella myndigheten för pensioner och andra socialförsäkringsrättigheter (*Casa Națională de Pensii și Alte Drepturi de Asigurări Sociale*) (nedan kallad CNPAS), inlämna en rapport innehållande uppgifter beträffande de personer som undertecknat en individuell anslutningsakt under de två veckor som föregått utfärdandet av denna rapport. Om en person, inom ramen för de 14-dagarsrapporterna, förekom i rapporter skickade av en eller flera förvaltare och hade undertecknat flera individuella anslutningsakter eller om det konstaterades att vederbörandes anslutning hade godkänts tillfälligt i tidigare rapporter, registrerade CNPAS denna person i den elektroniska tabellen över ”dubbelanslutna personer” (artikel 21.1 i beslut nr 18/2007). I det fallet hade fondförvaltarna en lagstadgad skyldighet att kontrollera överensstämmelsen mellan den individuella anslutningsakten och kopian av den egenhändigt undertecknade identitetshandlingen beträffande den person som det visade sig hade undertecknat flera individuella anslutningsakter. Om anslutningsaktens överensstämmelse fastställdes kunde förvaltarna på nytt, i följande 14-dagarsrapport, till CNPAS översända uppgifterna beträffande den berörda personens anslutning.

15. Vid utgången av det ursprungliga anslutningsförfarandet registrerades de personer vars anslutning var registrerad som tillfälligt godkänd, och dem avseende vilka det framgick att de hade undertecknat mer än en individuell anslutningsakt, i registret som icke-godkända och fördelades slumpmässigt.[5] Således skulle den slumpmässiga fördelningen tillämpas på personer som, även om de var skyldiga att ansluta sig till privata pensionsfonder under det ursprungliga anslutningsskedet, inte hade gjort det, och på personer som var registrerade som personer vars anslutning inte hade godkänts. Fördelningen till en av de privata fonderna gjordes av CNPAS, i direkt proportion till det antal personer vars anslutning hade godkänts för varje privat pensionsfond i förhållande till det totala antal personer vars anslutning hade godkänts för alla de privata pensionsfonderna.

3 — Offentliggjord i *Monitorul Oficial al României* nr 503, av den 27 juli 2007.

4 — Offentliggjord i *Monitorul Oficial al României* nr 746, av den 2 november 2007.

5 — Till följd av ändringar i beslut nr 31/2007, gjordes godkännandet eller icke-godkännandet av personer som undertecknat mer än en anslutningsakt månadsvis, den 15 november (för 14-dagarsrapporterna av den 1 och den 15 oktober samt den 15 november), den 15 december (för rapporterna av den 1 och den 15 december) och den 17 januari 2008 (för 14-dagarsrapporterna av den 1 och den [1] 5 januari 2008).

16. I beslut nr 31/2007, som ändrade och kompletterade beslut nr 18/2007, föreskrevs bland annat att förvaltarna hade en skyldighet att, inom 15 dagar räknat från dagen för godkännandet, för fondtagarna ange beträffande vilken pensionsfond deras anslutning hade godkänts. Om de informerade personerna inte hade undertecknat någon individuell anslutningsakt med nämnda fond, hade de en möjlighet att lämna in en skriftlig ansökan till CSSPP och efter det att CSSPP tagit ställning i frågan informerade denna myndighet förvaltaren om personen anslutits till den privata pensionsfonden eller inte.

II – **Bakgrund till tvisten och tolkningsfrågan**

17. ING Pensii är ett privat pensionsfondsförvaltningsbolag. Det agerar bland annat på marknaden för obligatorisk privatpension i Rumänien.

18. Förevarande mål har sitt ursprung i en undersökning som gjordes av Consiliul Concurenței och som avsåg en eventuell överträdelse av artikel 5.1 i konkurrenslagen (legea concurenței) nr 21/1996[6] och artikel 81 EG (sedermera artikel 101 FEUF) på den rumänska marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder (andra pelaren).

19. Genom denna undersökning kom Consiliul Concurenței bland annat fram till att det på nämnda marknad fanns konkurrensbegränsande avtal som avsåg en fördelning av kunderna mellan de kommersiella bolag som förvaltade dessa fonder.

20. Genom beslut nr 39 av den 7 september 2010 vidtog Consiliul Concurenței åtgärder mot 14 av dessa, bland vilka sökanden fanns. De aktuella avtalen, som oftast hade ingåtts bilateralt och som antog olika former, avsåg dubbelanslutna personer). Genom att ingå sådana avtal, fördelade förvaltarna av de privata pensionsfonderna de dubbelanslutna personerna lika (enligt regeln 50/50) mellan sig och försökte således undvika att de dubbelanslutna personerna fördelades av CNPAS.

21. Den 4 oktober 2010 begärde ING Pensii, vid Curtea de Apel București (domstol i andra instans i Bukarest), i första hand, ogiltigförklaring av nämnda beslut nr 39 och, i andra hand, delvis ogiltigförklaring av detta beslut, som avsåg en nedsättning av det utdömda bötesbeloppet.

22. Sökandebolaget har gjort gällande att det aktuella avtalet inte stred mot artikel 5.1 i konkurrenslagen och att villkoren för tillämpning av artikel 101.1 FEUF inte heller var uppfyllda. Det har särskilt gjort gällande att fördelningen av de personer som registrerats som dubbelanslutna personer inte hade medfört någon verkan som bestod i att inskränka, hindra eller snedvrida konkurrensen på den rumänska marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder eller på en betydande del av denna. ING Pensii har även gjort gällande att konkurrensen mellan förvaltarna av de privata pensionsfonderna inte hade eliminerats, eftersom de konkurrerade med varandra under den ursprungliga anslutningsperioden.

23. Consiliul Concurenței har i sin tur anfört att det, för att fastställa att den överenskommelse som hade gjorts mellan förvaltarna av de privata pensionsfonderna, bland annat ING Pensii, var konkurrensbegränsande, skulle tas hänsyn till de bestämmelser som hade legat till grund för uppbyggnaden och funktionen av marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder och de särdrag som präglade den marknad på vilken denna överenskommelse hade gjorts.

24. Genom dom nr 749 av den 6 februari 2012 ogillade Curtea de Apel București ING Pensiis talan.

6 — Lag i ändrad, kompletterad och åter offentliggjord version (Monitorul Oficial al României nr 240 av den 3 april 2014). I denna bestämmelse föreskrivs följande: ”Uttryckta eller underförstådda avtal mellan ekonomiska aktörer eller sammanslutningar av ekonomiska aktörer, beslut av sammanslutningar av ekonomiska aktörer och samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den rumänska marknaden eller en del därav är förbjudna. Detta gäller särskilt sådana som innebär att: …
c) marknader eller inköpskällor delas upp …”

25. Sökandebolaget överklagade den domen till den hänskjutande domstolen. Bolaget gjorde bland annat gällande att valet av en annan metod för beräkning av de dubbelanslutna personerna än den som föreskrevs i lagen inte utgjorde en överträdelse av konkurrenslagen utan på sin höjd en överträdelse av den särskilda lagstiftningen avseende obligatorisk privatpension. Vidare kunde avtalet, eftersom det endast avsåg fördelningen av de dubbelanslutna personerna, inte ha påverkat konkurrensen på den aktuella marknaden, då de dubbelanslutna personerna, vilka motsvarar mindre än 1,5 procent av marknaden, inte var föremål för konkurrens mellan förvaltarna av privata pensionsfonder.

26. ING Pensii har även gjort gällande att bolaget inte hade något praktiskt eller ekonomiskt intresse av att fördela de dubbelanslutna personerna lika, eftersom det redan hade den största marknadsandelen per den 15 oktober 2007. Vidare har avtalet medfört positiva verkningar genom att ge förfarandet för anslutning till de obligatoriska privata pensionsfonderna en större effektivitet, då fondtagarna har större chanser att få sina val respekterade än vid en slumpmässig fördelning.

27. Sökanden har slutligen angett att ingen verkan avseende fördelning av den nationella marknaden för obligatoriska privata pensionsfonder, beroende på val av en annan metod för beräkning av de dubbelanslutna personerna, har påvisats. Eftersom det är fråga om ett avtal som omfattar en marginell procentandel av den rumänska marknaden, är det uppenbart att dess faktiska eller potentiella verkningar är försumbara och inte under några omständigheter kan medföra verkningar på Europeiska unionens marknad.

28. Consiliul Concurenței har yrkat att överklagandet ska ogillas och, i huvudsak, gjort gällande att avtalet om fördelning av de dubbelanslutna personerna kunde snedvrida konkurrensen på marknaden för obligatoriska privata pensionsfonder och därmed hade ett konkurrensbegränsande syfte. Enligt Consiliul Concurenței är inte ett avtals förmåga att medföra negativa verkningar och konstaterandet av en överträdelse genom uppdelning av marknaden och försörjningskällorna villkorat av antalet faktiskt fördelade kunder, eftersom denna aspekt omfattas av de konkreta verkningarna av ett avtal.

29. Under dessa omständigheter beslutade den hänskjutande domstolen att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är det slutliga faktiska antalet kunder till följd av ett förfarande för fördelning av kunder av betydelse för att det ska anses föreligga en betydande snedvridning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 c FEUF?”

30. ING Pensii, Consiliul Concurenței, den rumänska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen och yttrade sig vid förhandlingen den 11 februari 2015.

III – **Bedömning av tolkningsfrågan**

31. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande ombeds domstolen att ange huruvida och i vilken utsträckning antalet personer som påverkas av sådana avtal om fördelning som det som avses i det nationella målet är en relevant omständighet när det gäller att fastställa huruvida dessa avtal omfattas av det förbud mot samverkan som föreskrivs i artikel 101.1 FEUF.

32. Mot bakgrund av de uppgifter som den hänskjutande domstolen har lämnat, bör två preciseringar inledningsvis göras.

33. För det första anser jag att även om det, i det nationella målet, endast tycks vara tillämpningen av nationella rumänska bestämmelser på konkurrensområdet som har ifrågasatts, nämligen bland annat artikel 5.1 i konkurrenslagen, är det uppenbart att frågan kan tas upp till sakprövning. ING Pensii har i förevarande fall ifrågasatt tillämpningen av artikel 101 FEUF, men den hänskjutande domstolen har ogillat denna invändning. Eftersom det är just villkoren för tillämpning av denna bestämmelse som utgör kärnfrågan i målet, instämmer jag med den hänskjutande domstolens synsätt.

34. Vidare har det påpekats att denna nationella bestämmelse, i den version som nu är i kraft, nästan ordagrant upprepar det förbud mot konkurrensbegränsande avtal som föreskrivs i artikel 101.1 FEUF. Under dessa omständigheter anser jag att förevarande begäran om förhandsavgörande ska tas upp till sakprövning, i förlängningen av de lösningar som funnits i flera tidigare mål avseende begränsande beteenden med tillämpning av nationella konkurrensbestämmelser.[7] Det föreligger nämligen ett visst intresse för unionen av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de ska tillämpas, för att i framtiden undvika att det förekommer tolkningar som skiljer sig åt.[8]

35. För det andra bör det påpekas att även om frågan, i målet vid den nationella domstolen, huruvida det föreligger en konkurrensbegränsning ”genom syfte” förefaller vara huvudfrågan och kommer att utvecklas vidare i detta förslag till avgörande, ger den hänskjutande domstolens allmänt hållna termer i formuleringen av tolkningsfrågan också mig anledning att mer allmänt undersöka villkoret avseende betydande snedvridning av konkurrensen. Den hänskjutande domstolen har för övrigt påpekat att det, i förevarande fall, rör sig om att uttala sig såväl om det aktuella avtalets konkurrensbegränsande art som om frågan huruvida avtalen om fördelning av de dubbelanslutna personerna kunde ändra strukturen av marknaden för den privata förvaltningen av obligatoriska pensionsfonder genom att snedvrida den på ett betydande sätt.

A – *Relevansen av antalet personer som konkret berörs av de omtvistade avtalen vid fastställandet av huruvida ett konkurrensbegränsande syfte föreligger*

36. För att besvara den hänskjutande domstolens fråga är det i förevarande fall enligt min uppfattning oundvikligt att, efter att ha erinrat om relevant rättspraxis, undersöka de omtvistade avtalen om fördelning. Även om det slutgiltigt endast ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida dessa avtal är av sådan art att de omfattas av det förbud mot samverkan som avses i artikel 101.1 FEUF, har domstolen icke desto mindre ombetts att upplysa den nationella domstolen, för att den ska kunna fastställa huruvida dessa avtal har ett konkurrensbegränsande syfte eller, om detta inte är fallet, konkurrensbegränsande verkningar.

1. Erinran om rättspraxis

37. Det ska erinras om att för att omfattas av artikel 101.1 EG ska ett avtal, beslut av företagssammanslutningar eller ett samordnat förfarande ha ”till syfte *eller* resultat”[9] att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

7 — Se, bland annat, dom Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, punkterna 12–22), dom Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, punkterna 13–23); dom ETI m.fl. (C-280/06, EU:C:2007:775, punkterna 19–29) och dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkterna 17–23).

8 — Se dom Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 20 och där angiven rättspraxis.

9 — Min kursivering.

38. Enligt fast rättspraxis, efter domen LTM [10], leder den omständigheten att detta villkor är alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, först och främst till att man måste beakta själva syftet med avtalet med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det ska tillämpas. Om det fastställs att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte saknas det således anledning att undersöka dess verkningar på konkurrensen.

39. Beträffande åtskillnaden mellan överträdelser ”genom syfte” och överträdelser ”genom verkan”, framgår det återigen av fast rättspraxis som det nyligen åter starkt erinrats om i målet som ledde fram till domen CB/kommissionen, [11] att vissa typer av samordning mellan företag är *så pass skadliga* för konkurrensen att det kan anses att *någon bedömning av dess effekter inte behöver göras*.

40. Det är i detta hänseende numera fastställt att vissa former av samverkan mellan företag till arten kan anses skadliga för fungerandet av en normal konkurrens. Det ska således slås fast att viss underförstådd samverkan, såsom den som leder till kartellers horisontella fastställande av priser, så till den grad kan anses kunna få negativa verkningar, i synnerhet på priset, kvantiteten eller kvaliteten, att det kan anses onödigt att, med hänsyn till tillämpningen av artikel 101.1 FEUF, visa att den har konkreta verkningar på marknaden. Erfarenheten visar nämligen att sådana beteenden minskar produktionen och leder till prisökningar, och därmed en felaktig fördelning av resurserna, vilket särskilt drabbar konsumenterna. [12]

41. Frågan huruvida ett avtal mellan företag eller ett beslut av en företagssammanslutning är tillräckligt skadligt för konkurrensen för att anses utgöra en konkurrensbegränsning ”genom syfte” i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF ska prövas i förhållande till innehållet i avtalets eller beslutets bestämmelser, de mål som eftersträvas med avtalet eller beslutet samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet eller beslutet ingår i. Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna. Vidare finns det, även om parternas uppsåt inte är avgörande för bedömningen av huruvida ett avtal mellan företag är konkurrensbegränsande, inget som hindrar konkurrensmyndigheter, nationella domstolar eller unionsdomstolen från att beakta detta. [13]

42. Som jag nämnde i mitt förslag till avgörande i målet CB/kommissionen, [14] krävs visserligen vid den mer standardiserade bedömning som föranleds av tillämpningen av begreppet inskränkning av konkurrens ”genom syfte” en ingående och individuell granskning av det omtvistade avtalet. Denna bedömning ska emellertid tydligt skiljas från granskningen av den faktiska eller potentiella verkan av de ifrågasatta företagens beteende.

43. Beaktandet av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget vid undersökningen av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte bör enligt min mening tydligt skiljas från påvisandet av en konkurrensbegränsande verkan enligt den andra delen av villkoret i denna bestämmelse. I annat fall riskerar man en skadlig glidning i tolkningen av artikel 101.1 FEUF. Beaktandet av sammanhanget vid fastställandet av huruvida det föreligger ett konkurrensbegränsande syfte kan endast stärka eller neutralisera granskningen av själva ordalydelsen i ett avtal om en misstänkt konkurrensbegränsande samverkan. Det kan inte på något sätt kompensera för avsaknaden av ett faktiskt identifierat konkurrensbegränsande syfte genom att åtgärdernas potentiella verkan påvisas. Med andra ord, och oavsett de konceptuella likheterna mellan de båda delarna av villkoret i denna bestämmelse, kan en

10 — Dom 56/65, EU:C:1966:38.

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

12 — Dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkterna 49–51 och där angiven rättspraxis).

13 — Dom CB/Commission (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkterna 53 och 54 och där angiven rättspraxis).

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

granskning av det ekonomiska och rättsliga sammanhanget för att fastställa huruvida det föreligger en begränsning ”genom syfte” inte leda till att de ifrågasatta företagen anses ha överträtt konkurrensreglerna, om man inte av avtalsbestämmelserna kan sluta sig till att samverkan är skadlig för konkurrensen. [15]

44. Det är mot bakgrund av dessa preciseringar som jag nedan kommer att undersöka de omtvistade avtalen efter att i korthet först ha erinrat om i vilket allmänt sammanhang och på vilket sätt de utarbetats.

2. Beskrivning av i vilket allmänt sammanhang och på vilket sätt de omtvistade avtalen utarbetats

45. De bilaterala avtal om fördelning av de dubbelanslutna personerna som ingåtts mellan förvaltare av privata pensionsfonder och som har ifrågasatts i målet vid den nationella domstolen, ingår i anslutningen, som blev obligatorisk år 2007 för personer som fyllt 35 år (personer som omfattas av den andra pelaren), till en av de 18 privata pensionsfonder som godkänts i detta syfte.

46. Mot bakgrund av den obligatoriska karaktären av anslutningen till en (och endast en) pensionsfond för personer som omfattas av den andra pelaren, kunde det inte vid utgången av den ursprungliga anslutningsperioden, på cirka fyra månader, anses att de aktuella personerna inte skulle anses vara anslutna till en bestämd fond.

47. Det ska i detta sammanhang påpekas att enligt gällande lagstiftning blir anslutningen till en pensionsfond lagenlig först när den har registrerats hos CNPAS. Före denna registrering finns ingen giltighet eller presumtion om anslutning till en viss fond. Det ska även understrykas att det inte är möjligt för en person som har anslutit sig till en privatförvaltad pensionsfond och som har registrerats som sådan hos CNPAS att ändra sin anslutning innan en två-årsperiod, utan att det medför stora kostnader, vilket på sätt och vis fryser anslutningarna för framtiden.

48. I de fall då personer fanns i flera förvaltares rapporter (de dubbelanslutna personerna) och det, av en eller annan anledning, inte var möjligt att kontrollera anslutningsakten, hade lagstiftaren föreskrivit att personerna skulle fördelas ”slumpmässigt” och direkt i proportion till det antal personer vars anslutning hade godkänts för varje privat pensionsfond jämfört med det totala antalet personer vars anslutning hade godkänts för alla privata pensionsfonder.

49. Det framgår att denna fördelning, i huvudsak, återspeglade den normala konkurrensen mellan de deltagande pensionsfonderna under anslutningsperioden, eftersom den stod i proportion till det antal personer som hade godkänts av varje fond vid tidpunkten för fördelningen. Det framgår av de uppgifter som Consiliul Concurenței har lämnat till domstolen att fördelningen i förhållande till antalet godkända anslutningsakter var en åtgärd som kunde uppmuntra ett aktivare deltagande från marknadsaktörernas sida för att locka fondtagare och garantera en konkurrensmässigt baserad struktur på marknaden.

15 — Ibidem, punkterna 44 och 45.

50. Slutligen, fortfarande enligt de uppgifter som Consiliul Concurenței har lämnat, började ingåendet av de omtvistade avtalen om fördelning, vilket skedde informellt, före den ursprungliga anslutningsperioden som hade börjat den 14 september 2007. [16] Vid denna tidpunkt var det emellertid inte möjligt att beräkna eller ens uppskatta det slutliga antalet fondtagare som registrerats som dubbelanslutna personer. Med andra ord beslutade pensionsfondförvaltarna att avvika från systemet för lagenlig fördelning av de dubbelanslutna personerna genom att själva fördela sina kunder utan att veta exakt hur många personer som slutligen skulle beröras.

51. Slutligen gjordes fördelningen av fondtagare som registrerats som dubbelanslutna personer oftast på en bilateral grund mellan majoriteten av bolagen som förvaltar pensionsfonder. Den aktuella fördelningen som gjordes med lika delar mellan förvaltarna ledde till att de berörda personerna togs bort från registret över dubbelanslutna personer och att deras anslutning till en av de båda fonderna godkändes av CNPAS. Genom att inte göra den i lag föreskrivna autenticitetskontrollen av anslutningarna och genom att göra en fördelning 50/50, frångick förvaltarna medvetet bestämmelser som återspeglade resultatet av den konkurrens som förvaltarna skulle ha utsatt sig för.

52. Det är mot bakgrund av dessa överväganden som det ska undersökas huruvida de aktuella avtalen i sig kan anses vara tillräckligt skadliga i konkurrenshänseende och följaktligen begränsande ”genom syfte”.

3. Prövning av frågan huruvida de omtvistade avtalen om fördelning av de dubbelanslutna personerna innebär en inskränkning ”genom syfte” i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF

53. För att göra detta kommer jag att upprepa den analysmall som jag tidigare har angett och successivt pröva innehållet i fördelningsavtalen, de syften som de avser att uppnå samt det ekonomiska och juridiska sammanhang de ingår i.

a) Innehållet i de omtvistade fördelningsavtalen

54. Genom de omtvistade avtalen har vissa förvaltare, vid en första anblick, kommit överens om att på en bilateral basis fördela de personer som inte definitivt anslutit sig och registrerats såsom undertecknare av flera akter för anslutning till olika pensionsfonder.

55. Således har de förvaltare av privata pensionsfonder vars fondtagare föreföll ha undertecknat flera individuella anslutningsakter kommit överens om att bilateralt fördela de dubbelanslutna personerna (som motsvarade potentiella kunder från alla förvaltningsbolag) enligt regeln 50/50, trots att de hade en skyldighet att i förväg kontrollera den faktiska önskan hos de fondtagare som angavs ha undertecknat de båda anslutningsakterna och att, i förekommande fall, till CNPAS signalera varje anslutningsakt till CNPAS, eftersom nämnda fondtagare måste avvisas och inkluderas i systemet för slumpmässig fördelning.

56. Även om det, som ING Pensii har gjort gällande i sina yttranden, så att säga kunde presumeras att nämnda personer hade angett en viss preferens för att ansluta sig till en av de båda berörda fonderna, uppnår en person icke desto mindre, vilket framgår av gällande nationella bestämmelser, egenskapen av fondtagare i en pensionsfond endast genom att underteckna en individuell anslutningsakt, vilken därefter ska registreras vid den behöriga institutionen (artikel 32.1–32.4 i lag nr 411/2004).

16 — Enligt de uppgifter som inhämtades vid Consiliul Concurenței undersökning föreslog en av förvaltarna, den 15 augusti 2007, att de konkurrerande bolagen skulle ingå bilaterala och multilaterala avtal om fastställande av ömsesidiga kriterier för godkännande vid fall av multipla akter avseende anslutning till flera fonder och ekonomiska sanktioner för bolag som inte underställer sig dessa kriterier. Avtal om fördelning av dubbelanslutna personer som avvek från lagstiftningen hade även föreslagits vid ett sammanträde inom Asociația pentru Pensiile Administrate Privat din România (sammanslutning för privata pensioner i Rumänien).

b) De objektiva syftena med de omtvistade avtalen

57. Det förefaller uppenbart att det syfte som eftersträvats med ingåendet av de aktuella avtalen var att frångå det system för slumpmässig fördelning av dubbelanslutna personer som föreskrevs i den tillämpliga lagstiftningen.

58. Enligt denna lagstiftning skulle dubbelanslutningarna ogiltigförklaras och fördelas slumpmässigt mellan alla förvaltare som, under den ursprungliga anslutningsperioden, var 18 stycken. Genom ingåendet av de omtvistade avtalen kom de berörda förvaltarna överens om en fördelning i lika delar sinsemellan.

59. Mot bakgrund av innehållet i och de objektiva syftena med de omtvistade avtalen, framgår det att dessa avtal omfattas av de avtal om fördelning av kunder som, enbart genom deras karaktär, kan innebära en tillräcklig nivå av skadlighet. Det framgår nämligen att nämnda avtal kan snedvrida konkurrensen på marknaden för obligatorisk privatpension i ett avgörande skede i marknadens uppbyggnad.

60. Det är enligt min mening i detta sammanhang viktigt att erinra om att det, vid tidpunkten för ingåendet av fördelningsavtalen mellan förvaltarna, vilket ofta inträffade före själva anslutningsperiodens början, förelåg en osäkerhet beträffande det antal personer som skulle nämnas i registret över dubbelanslutna personer. Dessa avtals förmåga att medföra betydande verkningar på marknaden ska emellertid undersökas mot bakgrund av de omständigheter som var kända när dessa avtal ingicks. Omständigheter som konstaterats efter ingåendet av samma avtal kan inte beaktas.

61. De aktuella avtalens förmåga att ändra marknadsstrukturen, genom att undandra ett visst antal kunder från den normala konkurrensen mellan pensionsfonder kan i förevarande fall inte förnekas. Denna förmåga föreligger oberoende av de konkreta verkningar som har, eller skulle kunna ha, observerats.

62. I detta skede i min undersökning anser jag således att nämnda avtal, vid första påseendet, är konkurrensbegränsande redan genom sitt syfte.

63. Beaktandet av det relevanta ekonomiska och juridiska sammanhanget förefaller inte, som jag kommer att redogöra för nedan, kunna vederlägga denna första slutsats.

c) Beaktandet av det ekonomiska och juridiska sammanhanget vid utarbetandet av de omtvistade avtalen

64. Som jag har nämnt ovan innebär nödvändigheten att särskilja fastställandet av en begränsning ”genom syfte” från fastställandet av en begränsning ”genom verkan” att undersökningen av de aktuella avtalen inte kan omfatta en undersökning av avtalets verkningar i sig. Även om den nationella domstolen under alla omständigheter måste göra en individuell bedömning av avtalen i det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket de ingås, utgör denna bedömning ingen exakt undersökning av de faktiska och potentiella verkningarna och, i förekommande fall, av deras betydande karaktär, till följd av nämnda avtal.

65. Beaktandet av sammanhanget vid fastställandet av det konkurrensbegränsande syftet kan således endast bekräfta eller neutralisera prövningen av själva termerna i och de objektiva syftena med det misstänkta avtalet. Det kan inte på något sätt ersätta avsaknaden av en faktisk identifiering av ett konkurrensbegränsande syfte genom att de åsyftade åtgärdernas potentiella verkningar påvisas. Denna slutsats kan enligt min uppfattning helt enkelt dras av den formulering som domstolen har valt, vilken ganska tydligt visar att om en analys av avtalets *innehåll* inte påvisar en tillräckligt stor skadlighet för konkurrensen, ska avtalets verkningar prövas. För att avtalet ska kunna omfattas av förbudet krävs att

det föreligger omständigheter som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. [17]

66. Denna precisering är enligt min uppfattning viktig i förevarande fall, eftersom det efter prövningen av innehållet i och de objektiva syftena med de aktuella avtalen framgår att dessa, till sin art, har en sådan nivå av skadlighet för konkurrensen att det måste erkännas att de, a priori, innebär en begränsning ”genom syfte” i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF.

67. Vidare ska undersökningen av sammanhanget under sådana omständigheter som dem som är aktuella i det nationella målet tjäna till att fastställa huruvida det, trots den konkurrensbegränsande karaktär som bolagen för förvaltning av de privata pensionsfonderna har, är möjligt att fria dem med hänsyn till det ekonomiska och juridiska sammanhanget vid ingåendet av de omtvistade fördelningsavtalen, eller om undersökningen av nämnda sammanhang tvärtom bekräftar den slutsats som dragits av undersökningen av villkoren och de eftersträvade syftena med ingåendet av dessa avtal, enligt vilken de har ett konkurrensbegränsande syfte.

68. När det gäller ekonomiska och juridiska sammanhang, som i förevarande fall i hög grad hänger samman, framgår det av de uppgifter som lämnats av såväl den hänskjutande domstolen som av de berörda parterna att det sammanhang i vilket de omtvistade fördelningsavtalen har utarbetats karakteriseras av följande omständigheter.

69. För det första har avtalen ingåtts i samband med uppkomsten av en ny marknad (”infant market”) i Rumänien, nämligen marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder, vars inrättande påbörjades år 2007 genom godkännande, beviljat av CSSPP, av ett visst antal bolag som hade denna förvaltning som enda bolagssyfte. Inom ramen för skapandet av denna marknad som, enligt de uppgifter som lämnats av Consiliul Concurenței, avsåg cirka fyra miljoner personer, utgjorde den ursprungliga anslutningsperioden onekligen en avgörande etapp vid fastställandet av strukturen på nämnda marknad och vilka andelar varje godkänt förvaltningsbolag skulle ha.

70. Ur detta perspektiv syftade den lagstadgade beräkningsregeln för slumpmässig och proportionerlig fördelning av personer som inte hade anslutit sig till en pensionsfond eller inte angavs ha gjort ett giltigt val (såsom de dubbelanslutna personerna), vars antal inte kunde vara känt, i ett sammanhang för stimulering av konkurrensen mellan förvaltarna, bland annat till att behålla och garantera en struktur för denna nya marknad för privat förvaltning av obligatoriska fonder som motsvarade de ansträngningar som varje förvaltare gjort i syfte att locka till sig största möjliga antal fondtagare i det ursprungliga anslutningsförfarandet samt de av personerna faktiskt och lagligt uttryckta valen.

71. Det ska för det andra påpekas att uppbyggnaden av marknaden för privat förvaltning av obligatoriska pensionsfonder genomfördes under en relativt kort period, nämligen fyra månader, vid utgången av vilken varje fondförvaltare potentiellt sett hade ett avgörande inflytande över de marknadsandelar som de senare skulle komma att ha. Själva arten av denna marknad och den omständigheten att fondtagarna riskerar en betydande ekonomisk sanktion (övergångsavgifter föreskrivna i lag nr 411/2004) för det fall de ändrar sitt val av fond, innebär en begränsad rörlighet för de berörda konsumenterna och fastställer på sätt och vis de berörda bolagens marknadsandelar vid utgången av anslutningsperioden.

72. För det tredje har visserligen, liksom ING Pensii har påpekat, vissa förvaltare gjort gällande att deras fördelningsavtal hade till syfte att kompensera de praktiska svårigheterna och nödvändigheten att avhjälpa en rättslig bestämmelse om fördelning som i realiteten ansågs ineffektiv. Det ska emellertid påpekas att de omtvistade avtalen, med största sannolikhet ingicks långt innan någon svårighet knuten till införandet av det ursprungliga anslutningsförfarandet ännu hade visat sig.

17 — Se, bland annat, dom LTM (56/65, EU:C:1966:38, s. 359) och dom Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 och C-429/08, EU:C:2011:631, punkt 135 och där angiven rättspraxis).

73. Även om det kan antas att sökandens argument, enligt vilket de rättsliga bestämmelser som åtföljde inrättandet av marknaden för privat förvaltning av pensionsfonder präglades av ett stort antal luckor, ska godtas, kan detta argument inte vederlägga konstaterandet att dessa förvaltare medvetet undandrog sig de bestämmelser om fördelning av fondtagarna som föreskrevs i lag, och detta på ett sätt som kunde ändra strukturen på marknaden som var resultatet av de ansträngningar som de faktiskt gjort och som genomförts genom lagliga anslutningar.

74. Det ska nämligen erinras om att dubbelanslutningarna, enligt den relevanta lagstiftningen, skulle ogiltigförklaras och fördelas slumpmässigt och i proportion till de marknadsandelar som bolagen hade vid utgången av förfarandet för godkännande av anslutningarna. Genom att bilateralt ingå avtal om fördelning av de dubbelanslutna personerna sinsemellan utan att ett lagligen giltigt val tydligt gjorts till förmån för dem, undandrog sig fondförvaltarna tillämpningen av offentliga bestämmelser på bekostnad av en fungerande konkurrens.

75. Det framgår av dessa överväganden att omständigheterna avseende sammanhanget i det nationella målet inte är sådana att de vederlägger slutsatsen att dessa fördelningsavtal har ett konkurrensbegränsande syfte, utan bekräftar tvärtom denna slutsats.

76. Enligt min uppfattning strider denna typ av avtal på ett uppenbart sätt mot den egentliga grundtanken bakom FEUF:s konkurrensregler, nämligen att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma vilken affärspolitik den har för avsikt att följa på marknaden och att fritt tävla om varje kund på marknaden. Genom ingåendet av dessa avtal har fondförvaltarna samverkat för att minimera riskerna med den fria konkurrensen. [18]

77. Följaktligen anser jag att de avtal om fördelning av de fondtagare som undertecknat flera anslutningsakter, som ingåtts mellan förvaltarna av de privatförvaltade pensionsfonderna, med avvikelse från de rättsliga bestämmelserna, uppfyller alla villkor för att kvalificeras som begränsande ”genom syfte”.

78. Det återstår att undersöka huruvida det antal personer som konkret påverkas av avtalen om fördelning eventuellt kan vara relevant för att dra slutsatsen att det föreligger en betydande konkurrenspåverkan.

B – *Relevansen av antalet personer som konkret påverkas för undersökningen av huruvida det föreligger en betydande påverkan på konkurrensen*

79. På det hela taget och mot bakgrund av omständigheterna i målet, består frågan i förevarande mål i att fastställa huruvida den konkreta verkan av de omtvistade avtalen om fördelning, som förefaller omfatta ett konkurrensbegränsande syfte, kan vara relevant för att fastställa att det föreligger en inskränkning av konkurrensen.

80. Det tycks mig oundgängligt att ge ett nekande svar på denna fråga. När det har fastställts att ett avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, saknas det anledning att undersöka de konkreta verkningarna av detta avtal.

81. När det har fastställts att nämnda avtal har ett konkurrensbegränsande syfte, behöver det nämligen inte undersökas huruvida dessa i betydande utsträckning påverkar konkurrensen på marknaden. Eftersom de konkurrensbegränsande beteendena är förbjudna på grund av deras art, med hänsyn till den skadlighet som de medför för konkurrensen, är det inte nödvändigt att karaktärisera dem genom en ekonomisk påverkan eller en exakt geografisk räckvidd.

18 — Se, för ett liknande resonemang, dom Beef Industry Development Society och Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, punkt 34).

82. Även här ska det erinras om att ett avtal som är begränsande ”genom syfte” är förbjudet, oavsett vilka konsekvenser detta i slutändan får, enbart på grund av den potentiella fara som det innebär för konkurrensen. Som domstolen bland annat angav i domen Expedia,[19] ska ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte, till sin natur och oavsett om det har något faktiskt resultat, anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen (punkt 37 i domen).

83. Det följer av det ovan anförda att under sådana omständigheter som dem som är aktuella i förevarande mål är antalet kunder (dubbelanslutna personer) som faktiskt har fördelats mellan förvaltarna av privata pensionsfonder irrelevant, eftersom denna punkt avser de konkreta verkningarna av ett avtal, verkningar som, beträffande avtal som är begränsande ”genom syfte”, inte ska undersökas. Det konkurrensbegränsande syftet med ett avtal om fördelning, närmare bestämt detta avtals förmåga att medföra negativa verkningar på marknaden kan inte bero på det konkreta antalet kunder som faktiskt har fördelats, utan endast på villkoren och de objektiva syftena i detta avtal, mot bakgrund av det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket det har ingåtts.

84. Även om det inte är nödvändigt att göra någon fullständig analys av verkningarna av ett avtal för att fastställa att det föreligger en konkurrensbegränsning genom syfte, måste det aktuella avtalet icke desto mindre objektivt sett kunna framkalla en sådan begränsning. Med andra ord kan en domstol inte, inom ramen för avtalens ekonomiska och juridiska sammanhang, helt bortse från avtalens potentiella verkningar med hänsyn till de uppgifter som är kända det datum då dessa avtal ingås.

85. Jag anser att det inte kan bortses från kravet att den aktuella begränsningen ska vara märkbar, när en begränsning genom syfte föreligger, men att det på sätt och vis ingår i den undersökning av det ekonomiska och juridiska sammanhang som gjorts i syfte att bekräfta det aktuella avtalets faktiska förmåga att medföra en sådan begränsande verkan. För det fall domstolen, efter sin undersökning av det ekonomiska och juridiska sammanhanget, skulle fastställa att det aktuella avtalet inte potentiellt är av sådan art att det endast kan medföra obetydliga verkningar för konkurrensen, bland annat mot bakgrund av den svaga ställning som de berörda företagen har på marknaden för de aktuella varorna, kan den komma att slå fast att nämnda avtal inte ska omfattas av artikel 101.1 FEUF.

86. Beträffande förevarande mål, framgår det inte att de ovannämnda juridiska och ekonomiska omständigheter under vilka dessa avtal tillkommit är sådana att de medför tvivel om huruvida det föreligger en begränsning som till sin art kan påverka konkurrensen märkbart.

IV – **Förslag till avgörande**

87. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara den tolkningsfråga som har ställts av Înalta Curte de Casație și Justiție (Rumänien) på följande sätt:

Artikel 101.1 c FEUF ska tolkas så att, beträffande avtal om fördelning av kunder, såsom de avtal som har ingåtts mellan pensionsfonderna i det nationella målet, vilka till sin art utgör en överträdelse med ett konkurrensbegränsande syfte, det slutliga faktiska antalet fördelade kunder inte är av betydelse för att det ska anses föreligga en begränsning av konkurrensen, i den mening som avses i artikel 101.1 c FEUF.

19 — C-226/11, EU:C:2012:795.