

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
F.G. JACOBS

fremSAT den 23. marts 2000 *

Indhold

I — Indledning	I-6457
II — Nationale retsfor skrifter	I-6458
1. Loven om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsordning	I-6459
2. Vedtægterne og pensionsregulativet for Speciallægerne s Pensionsfond	I-6463
3. Speciallægerne s pensionsordning	I-6465
III — Hovedsagerne	I-6467
IV — Formaliteten	I-6469
V — Rækkevidden af de forelagte spørgsmål	I-6469
VI — Det andet spørgsmål: artikel 5 og 85	I-6470
1. Konkurrenceretten og de liberale erhverv	I-6471
2. Den materielle anvendelighed af artikel 85, stk. 1	I-6476
3. Vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder	I-6479
a) Er speciallæger virksomheder?	I-6479
b) Handler speciallæger som forbrugere eller som virksomheder, når de opretter en erhvervspensionsordning?	I-6481
c) Optrådte LSV som en sammenslutning af virksomheder?	I-6482
4. Konkurrencebegrænsning	I-6484
a) Det materielle element: harmoniseringen inden for erhvervet af de med tillægspensionerne forbundne omkostninger og ydelser	I-6484
b) Det institutionelle element: oprettelsen af en juridisk person til at føre tilsyn med, at pensionsordningen overholdes, og til at administrere denne	I-6486
c) Det politiske element: begæringen til ministeren	I-6488
5. Forholdet mellem artikel 5 og artikel 85, stk. 1	I-6488
VII — Det første spørgsmål: Skal Fonden betragtes som en virksomhed?	I-6490
VIII — Det tredje spørgsmål: traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86	I-6492
1. Anvendeligheden af artikel 90, stk. 1, og artikel 86	I-6493

* Originalsprog: engelsk.

2. Tilsidesættelse af artikel 90, stk. 1, og artikel 86	I-6494
a) De regler, der indrømmer Fonden en eksklusiv rettighed til at yde forsikring.	I-6494
b) Reglerne om fritagelse for tilslutningspligten	I-6495
IX — Forslag til afgørelse	I-6496

I — Indledning

1. Domstolen er i nærværende sager, som er blevet forelagt af Kantongerecht, Nijmegen, blevet anmodet om at besvare en række spørgsmål om, hvorvidt det nederlandske system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsordninger er foreneligt med EF-traktatens konkurrenceregler. Spørgsmålene er blevet rejst i fem sager, som en række speciallæger har anlagt til prøvelse af pålæg udstedt af Speciallægernes Pensionsfond i Nederlandene om betaling af bidrag til fondens tillægspensionsordning.

2. Problemet i relation til fællesskabsretten drejer sig i det væsentlige om, hvorvidt de nederlandske regler om obligatorisk tilslutning til erhvervstilknyttede tillægspensionsordninger er i strid med enten EF-traktatens artikel 5 og 85 (nu artikel 10 og 81 EF) eller artikel 90, stk. 1, og artikel 86 (nu artikel 86, stk. 1, og artikel 82 EF). Med hensyn til artikel 5 og 85 er spørgsmålet indledningsvis, om, og i bekræftende fald under hvilke omstændigheder, en erhvervsorganisations beslutning om at oprette en erhvervspensionsordning med tilslutningspligt kan være i strid med artikel 85, stk. 1.

Med hensyn til artikel 90, stk. 1, og artikel 86 er spørgsmålet indledningsvis, om en fond som den i sagen omhandlede skal betragtes som en virksomhed i relation til traktatens konkurrenceregler.

3. De forelagte spørgsmål og den retlige og processuelle baggrund er i det væsentlige sammenfaldende med de tre sidste spørgsmål, som Hoge Raad forelagde for Domstolen i Van Schijndel-sagen¹. I den sag var det imidlertid på grund af de svar, som Domstolen gav på de øvrige spørgsmål, ikke fornødent, at den realitetsbehandlede spørgsmålene vedrørende konkurrenceretten.

4. Endvidere rejser de foreliggende sager spørgsmål, der er sammenlignelige med dem, som Domstolen for nylig tog stilling til i sagerne Albany, Brentjens og Drijvende Bokken², og Domstolen besluttede at udsætte retsforhandlingerne i de aktuelle sager, indtil den havde truffet afgørelse i disse tidligere sager. For at undgå gentagelser vil jeg i vid udstrækning henvide til mit forslag til afgørelse og dommene i de

1 — Dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Sml. I, s. 4705.

2 — Jf. mit forslag til afgørelse af 28.1.1999 og domme af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens', Sml. I, s. 6025, og sag C-219/97, Drijvende Bokken, Sml. I, s. 6121.

tre nævnte sager. Når man drager paralleller, skal man dog erindre, at disse sager vedrørte branchetilknyttede erhvervspensionsfonde, som var oprettet på grundlag af kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, og som ydede tillægspension til ansatte inden for en bestemt økonomisk sektor, hvorimod de foreliggende sager drejer sig om en pensionsfond oprettet af udøvere af et liberalt erhverv, som yder pension til udøverne af det pågældende erhverv.

— Den anden søjle omfatter de tillægspensioner, der ydes i forbindelse med lønnet eller selvstændig erhvervsmæssig virksomhed, og som i de fleste tilfælde supplerer grundpensionen. Tillægspensionerne i anden søjle oprettes normalt i henhold til kollektive ordninger, der gælder for en økonomisk sektor, et erhverv eller de ansatte i en virksomhed.

II — Nationale retsforskrifter

5. Jeg erindrer om, at det nederlandske pensionssystem er baseret på tre søjler:

— Den første består i en lovbestemt pension, der ydes af staten i overensstemmelse med Algemene Ouderdomswet (lov om almindelig alderdomspension, herefter »AOW«) og Algemene Nabestaandenwet (lov om den almindelige forsikringsordning for efterladte). Denne første søjle i pensionssystemet har til formål at give hele befolkningen en pension på en fast procentdel af minimumslønnen. Pensionen nedsættes for hvert år, den pågældende ikke har været forsikret. Tilslutning er obligatorisk.

— Endelig udgøres den tredje søjle af de individuelle pensionsforsikrings- eller livsforsikringsaftaler, som kan indgås på frivillig basis for at supplere de to førstnævnte former for pensionsindkomst.

6. De foreliggende sager vedrører en pensionsfond tilhørende anden søjle, som yder tillægspension til udøverne af et liberalt erhverv, nemlig speciallægerne. Denne fond er i mange henseender sammenlignelig med den Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (en pensionsfond for fysioterapeuter), som Van Schijndel-sagen drejede sig om.

7. Fonde af denne art er først og fremmest undergivet bestemmelserne i Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (lov om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsordning,

herefter »WVD«) af 29. juni 1972³. Denne lov bygger i en vis udstrækning på *Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds af (lov om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsfond, herefter »BPW«) af 17. marts 1949*, som var omhandlet i ovennævnte sager Albany, Brentjens og Drijvende Bokken. De øvrige retsfor skrifter, som er relevante for den foreliggende sag, er fondenes vedtægter og regulativer.

ren, skal forinden have været offentliggjort, og de berørte kan fremsætte deres bemærkninger⁴. Inden der træffes afgørelse, kan ministeren høre Det Sociale og Økonomiske Råd (*Sociaal-Economische Raad*) og Forsikringstilsynet (*Verzekeringskamer*).

10. Ifølge artikel 2, stk. 2, i WVD kan en erhvervspensionsordning forekomme i en af følgende tre former:

1. *Loven om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsordning*

8. Ifølge artikel 1, stk. 1, i WVD er en *beroepsgeenoot* (erhvervsudøvende) en fysisk person, der inden for en bestemt erhvervsgren udøver det hertil svarende erhverv.

9. I artikel 2, stk. 1, i WVD bestemmes, at arbejds- og socialministeren — efter begæring herom fra en eller flere erhvervsorganisationer, som efter ministerens opfattelse er tilstrækkelig repræsentative for den pågældende erhvervsgren — kan gøre tilslutning til en af de erhvervsudøvende oprettet pensionsordning obligatorisk for alle eller én eller flere bestemte grupper af de erhvervsudøvende. Begæringen, som en erhvervsorganisation indgiver til ministe-

a) oprettelse af en erhvervspensionsfond, der fungerer som ordningens eneste udøvende organ (*uitvoeringsorgan*)

b) en forpligtelse for de berørte erhvervsudøvende til individuelt at lade sig forsikre hos den under litra a) nævnte fond, såfremt erhvervspensionsordningen giver mulighed herfor, eller hos et godkendt forsikringsselskab

c) en pensionsordning, hvor en del har den under a) beskrevne form, og hvor den resterende del har den under b) angivne.

11. Det fremgår af sagens akter, at såvel speciallægerne som de alment praktiserende læger har valgt at lade deres forholdsvis store erhvervspensionsordninger have form c). De øvrige ti erhvervsordninger har form a).

12. For at tilslutning kan gøres obligatorisk, skal der ifølge artikel 2, stk. 3, i WVD være oprettet en juridisk person (*rechtsperson*), der fungerer

a) som pensionsfond, der iværksætter en pensionsordning

b) som tilsynsorgan, der fører tilsyn med, at de berørte erhvervsudøvende efterkommer forpligtelsen til at forsikre sig i henhold til artikel 2, stk. 2, litra b), i WVD

c) delvist som pensionsfond, delvist som tilsynsorgan.

13. Den obligatoriske ordning indebærer en forpligtelse for de personer, den finder anvendelse på, til at overholde de bestem-

melser, som i forhold til dem fastsættes i den juridiske persons vedtægter og regulativer⁵. Manglende overholdelse af denne forpligtelse medfører sanktioner⁶. Erhvervspensionsfondene kan udstede betalingspålæg for udestående bidrag⁷.

14. Den kompetente minister har beføjelse til at ophæve den obligatoriske tilslutning. Den obligatoriske tilslutning bortfalder, såfremt der foretages ændringer i kapitalgrundlaget eller i den juridiske persons vedtægter eller regulativer, medmindre den kompetente minister har meddelt, at han ikke har nogen indvendinger mod disse ændringer⁸.

15. Ministeren kan ikke godkende en begæring om obligatorisk tilslutning, såfremt visse betingelser ikke er opfyldt. Erhvervets udøvere skal således i tilstrækkelig god tid have modtaget underretning om, at erhvervsorganisationen har til hensigt at indgive en begæring om, at tilslutningen gøres obligatorisk, ordningen skal have et kapitalgrundlag, hvis soliditet bekræftes i et begrundet aktuarmæssigt dokument, og pensionsfondens vedtægter samt regulativer skal opfylde kravene i WVD og i tilstrækkeligt omfang varetage de tilsluttedes og andre berørte personers interesser⁹.

5 — Artikel 2, stk. 4, i WVD.

6 — Artikel 27 i WVD.

7 — Artikel 31 i WVD.

8 — Artikel 2, stk. 6 og 7, i WVD.

9 — Artikel 5 i WVD.

16. Det bestemmes i artikel 8, stk. 1, i WVD, at den juridiske persons vedtægter og regulativer bl.a. skal indeholde bestemmelser om, hvilket erhverv pensionsordningen finder anvendelse på, den juridiske persons administration, de tilsluttedes retigheder og pligter, samt hvorledes man forholder sig over for personer, der af moralske grunde er imod enhver form for forsikring.

17. Ifølge artikel 8, stk. 2, skal vedtægterne og regulativerne for en juridisk person, der optræder som pensionsfond og administrerer en pensionsordning, indeholde en række yderligere punkter. Disse punkter vedrører navnlig indtægternes sammensætning og investeringernes placering.

18. Artikel 8, stk. 3, bemyndiger den kompetente minister til at udstede retningslinjer (*richtlijnen*) vedrørende de punkter, der er opregnet i stk. 1 og 2. Ministeren har således vedtaget retningslinjer for, hvorledes man forholder sig over for personer, der af moralske grunde er imod forsikring. Disse personer kan fritages for tilslutning til en erhvervspensionsordning, såfremt de kan godtgøre, at de ikke er omfattet af nogen form for forsikring.

19. Artikel 9 og 10 i WVD indeholder nærmere regler om, hvorledes en erhvervs-

pensionsfond skal forvalte de tilvejebragte midler. Pensionsfondene skal i princippet overføre risikoen forbundet med pensionsforpligtelser eller genforsikre den ved indgåelse af kontrakter med forsikringselskaber (artikel 9). En fond kan i henhold til artikel 10 i WVD undtagelsesvist selv forvalte og investere den tilvejebragte kapital for egen risiko, såfremt fonden over for de kompetente tilsynsmyndigheder har fremlagt en plan og et aktuarmæssigt dokument, der redegør for, hvorledes fonden vil imødegå den økonomiske og forsikringsmæssige risiko, og såfremt Forsikringstilsynet har givet sin godkendelse.

20. Det skal fremgå af en fonds status, at formuen er tilstrækkelig til at dække de pensionsforpligtelser, den har indgået, når den selv administrerer de opkrævede bidrag¹⁰. En erhvervspensionsfond skal regelmæssigt fremlægge rapporter for Forsikringstilsynet, der fuldstændigt afspejler fondens finansielle situation og viser, at den overholder lovbestemmelserne¹¹. Forsikringstilsynet fører permanent tilsyn med de nederlandske tillægspensionsfonde på grundlag af disse rapporter.

21. Det bestemmes nærmere i artikel 26 i WVD, at arbejds- og socialministeren i særlige, enkeltstående tilfælde kan indrømme en undtagelse fra visse bestemmelser i WVD. Ministeren kan bl.a. give dispensation for den obligatoriske tilslut-

10 — Artikel 12 i WVD.

11 — Artikel 9, stk. 2 og 3, og artikel 10, stk. 2, 3 og 4, i WVD.

ning. Fritagelsen kan være tidsbegrænset eller indrømmet på visse betingelser.

22. Ifølge den nederlandske regering kan ministeren kun indrømme fritagelse for forpligtelsen til at være tilsluttet i de tilfælde, hvor en systematisk anvendelse af WVD ville medføre en skade, der ikke står i forhold til den enkeltes interesser, når den pågældende fond ikke har fastsat bestemmelser til undgåelse af sådanne resultater. Ministerens adgang til at indrømme fritagelse har dog ikke til formål at give mulighed for at påklage en afgørelse, hvorved fonden har nægtet fritagelse for den obligatoriske tilslutning.

23. Ifølge artikel 26 i WVD kan der ikke indrømmes fritagelser for tilslutningspligten, der er begrundet i rent moralske eller almene hensyn. Ministeren hører i almindelighed Forsikringstilsynet, inden han træffer afgørelse. I praksis er der kun sjældent indgivet ansøgning om fritagelse på grundlag af artikel 26 i WVD, og der er endnu ikke blevet indrømmet nogen. Ministerens afgørelse kan ankes ifølge de almindelige regler i Nederlandenes forvaltningsret.

24. Ifølge forarbejderne til WVD¹² har loven til formål at gøre det muligt »at tilpasse indkomsten efter den erhvervsaktive alder til det stigende almindelige ind-

komstniveau«, »at lade yngre erhvervsudøvende bidrage til de højere udgifter ved forsørgelsen af ældre erhvervsudøvende gennem en ordning med gennemsnitlige præmier eller varianter heraf« og »at fastsætte regler for tilkendelse af pensionsrettigheder for år, som ligger forud for ordningens ikrafttræden«. Det er kun muligt at nå disse målsætninger med en kollektiv ordning, »såfremt alle, der hører til den pågældende erhvervsgren, i princip bliver omfattet heraf«.

25. For så vidt angår konkurrencefriheden anførte den nederlandske regering under parlamentets forhandlinger¹³:

»Forvaltningen af branchepensionsfonde har til formål ud fra et socialt synspunkt at sikre den bedst mulige pensionsordning for alle tilsluttede (unge og gamle). Regeringen kan ikke forestille sig, at det kunne forholde sig anderledes med erhvervspensionsfonde. En erhvervspensionsfond vil som en branchepensionsfond ikke være oprettet som en kommerciel virksomhed, men snarere som en almennyttig virksomhed, der skal tjene de tilsluttede bedst muligt i deres gensidige sociale relationer. De kommercielle aspekter kan i denne forbindelse vanskeligt være udgangspunktet.

12 — Kamerstukken II 1968/1969, 10216, nr. 3, s. 9.

13 — Svarskriftet, Bijlagen Hand. TK 1969/1970, 10216, nr. 5, s. 2.

Under disse omstændigheder skal det ikke være bestemmende for størrelsen af de erhvervsudøvendendes bidrag, hvorvidt de 'vil kunne finde noget bedre og billigere på markedet', men vil blive fastsat ud fra et solidaritetshensyn i den pågældende erhvervsgren.«

Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Landsforeningen af Specialister i Det Kongelige Nederlandske Selskab til fremme af Lægekunsten, herefter »LSV«), oprettede i 1973 en erhvervspensionsordning (*beroeps-pensioenregeling*), for hvilken der er fastsat vedtægter (*statuten*) og et pensionsregulativ (*pensioenreglement*).

26. Regeringen anførte desuden ¹⁴:

»I et forslag til rammelov som det, der er omhandlet i denne sag, skal der tages hensyn til de erhvervsudøvendendes interesser. Dette indebærer i princippet en forpligtelse for alle de erhvervsudøvende inden for dette erhverv til at tilslutte sig pensionsfonden. Hvis dette krav i særlige tilfælde fører til, at forpligtelsen ikke er i en eller flere af branchens erhvervsudøvendendes interesse, bør det principielt accepteres: Enhver regel, der gælder for en gruppe, medfører en begrænsning af den individuelle frihed.«

2. Vedtægterne og pensionsregulativet for Speciallægernes Pensionsfond

27. Speciallægerne, der er sammensluttet i Landelijke Specialisten Vereniging der

28. Ifølge vedtægterne er Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten (Speciallægernes Pensionsfond, herefter »Fonden«) oprettet som en juridisk person i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 2, stk. 3, litra c), i WVD i form af en fond (*Stichting*), med henblik på at fungere dels som forsikringselskab for egen regning, dels som tilsynsorgan, der fører tilsyn med, at de erhvervsudøvende forsikrer sig individuelt.

29. På begæring af LSV blev tilslutningen til ordningen i henhold til artikel 2, stk. 1, i WVD gjort obligatorisk ved ministeriel bekendtgørelse af 18. juni 1973 ¹⁵. Med virkning fra den 31. januar 1997 er LSV blevet erstattet af Orde van Medische Specialisten (Sammenslutningen af Speciallæger, herefter »OMS«) som repræsentativ faglig organisation. Omkring 8 000 af de 15 000 selvstændige eller ansatte praktiserende speciallæger i Nederlandene er medlem af OMS.

14 — Kamerstukken RII 1969/1970, 10216, nr. 5, s. 3.

15 — *Staatscourant* 1973, s. 121.

30. I artikel 1, stk. 1, i pensionsregulativet bestemmes, at alle speciallæger, som er optaget i registret over anerkendte speciallæger som omhandlet i det interne regulativ for Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Det Kongelige Nederlandske Selskab for Lægevidenskab), som har bopæl i Nederlandene, som udøver virksomhed som speciallæge, og som endnu ikke er fyldt 65 år, skal være tilsluttet ordningen.

31. Ifølge pensionsregulativets artikel 1, stk. 2, kan i det væsentlige to grupper speciallæger anmode om at blive fritaget for medlemskab. Det gælder dels speciallæger, der i et givet år forventer udelukkende at være beskæftiget som speciallæge i ansættelsesforhold, hvor de er dækket af en anden pensionsordning, f.eks. en ordning oprettet i henhold til BPW eller en ordning indført af arbejdsgiveren før den 6. maj 1972, hvorunder der ydes pensionsydelse, som mindst svarer til dem, der ydes inden for rammerne af Fonden, dels selvstændige speciallæger, hvis indtægter ikke overstiger et forholdsvis lavt beløb.

32. Både den nederlandske regering og Fonden har i deres besvarelse af Domstolens skriftlige spørgsmål anført, at Fonden er bundet af forpligtelserne i ovennævnte artikel. I princippet kan der således ikke indrømmes fritagelse for tilslutning af andre grunde.

33. For så vidt angår forholdet mellem ministerens beføjelser i henhold til artikel 26 i WVD og Fondens beføjelser i medfør af regulativets artikel 1, stk. 2, hvorefter de erhvervsudøvende kan fritages for obligatorisk tilslutning til en pensionsordning, har den nederlandske regering anført, at ansvaret for at oprette og administrere pensionsordningen i det væsentlige påhviler erhvervets udøvere. De offentlige myndigheders rolle indskrænker sig til at fastsætte de retlige rammer og sikre, at systemet kan fungere. Ministerens dispensationsbeføjelse er således underordnet i forhold til Fondens beføjelse eller forpligtelse i så henseende. Ministeren kan alene træffe afgørelse i tilfælde, hvor Fonden ifølge de gældende regler (vedtægter, pensionsregulativer, ministerielle retningslinjer) ikke er beføjet til at indrømme en sådan fritagelse.

34. Det bestemmes i regulativets artikel 44, at Fondens bestyrelse i visse særlige tilfælde kan indrømme undtagelser fra pensionsregulativet til fordel for visse tilsluttede, såfremt undtagelsen ikke skader de andre tilsluttedes rettigheder. Ifølge Fonden tager denne ubillighedsklausul (*hardheidsclausule*) sigte på særligt urimelige situationer, som f.eks. hvis en tilsluttet i en meget kort periode kun erhverver minimale pensionsrettigheder.

35. Ifølge den nederlandske regering kan Fondens afgørelser vedrørende obligatorisk

tilslutning og fritagelse herfor indbringes for domstolene i henhold til den almindelige forvaltningsret (*Algemene wet bestuursrecht*), selv om Fonden er oprettet som en privatretlig fond.

indtil deres fyldte 18. år, eventuelt med forlængelse indtil det fyldte 27. år

- d) en dyrtidsreguleringsmekanisme, der knytter pensionerne til den almindelige lønstigning

3. *Speciallægenes pensionsordning*

36. Speciallægenes pensionsordning, således som den nærmere beskrives i Fondens pensionsregulativ, indeholder i det væsentlige følgende elementer:

- e) pensionsrettigheder for perioder, der ligger forud for Fondens oprettelse

- a) en alderspension, der udbetales fra det tidspunkt, hvor den tilsluttede fylder 65 år

- f) fortsat erhvervelse af pensionsrettigheder i tilfælde af arbejdsudygtighed som følge af invaliditet, idet Fonden betaler forfaldne bidrag

- b) en efterladtepension til enker eller enkemænd, der i princippet udgør 70% af den alderspension, der er blevet optjent under ægteskabet, og som udbetales til den efterladte ægtefælle

- g) en supplerende efterladteydelse (*Risicoregeling*) til enker, enkemænd og børn efter tilsluttede, der er afgået ved døden inden det fyldte 65. år, mens de stadig var tilsluttet. De supplerende ydelsers størrelse er højere, jo yngre den tilsluttede var.

- c) en børnepension, der beløber sig til 14% (28% for et barn, der har mistet både sin far og mor) af alderspensionen, der udbetales til de efterladte børn

37. Pensionsordningens forskellige elementer er omfattet af to forskellige forsikrings-systemer.

38. Første del af ordningen, den såkaldte *normpensioen* (referencepension), består grundlæggende af alderspension, efterladtepension til enker eller enkemænd samt børnepension [element a)-c)] efter *deres nominelle værdi*, dvs. uden tilpasning af pensionsydelse til den almindelige lønstigning i overensstemmelse med element d).

39. Det kan være nyttigt at give et eksempel på, hvordan en *normpensioen* fastsættes (efter reglerne, som de forelå i 1998). Ifølge pensionsordningen skal et ugift medlem hvert år optjene en nominel pensionsret på 1 194,58 NLG. Hvis den pågældende er gift, skal han derudover optjene en supplerende pensionsret på 836,47 NLG. En 35-årig ugift speciallæge, der blev tilsluttet i 1998, vil således i 2028, efter 30 års medlemskab, have optjent en nominel årlig pensionsret — *normpensioen* — på 35 848,80 NLG.

40. For så vidt angår *normpensioen*'en har speciallægerne valgt formen i artikel 2, stk. 2, litra b), i WVD. De erhvervsudøvende skal oprette en *normpensioen* ved at indgå en individuel forsikringskontrakt, men de kan vælge, om kontrakten skal indgås med Fonden eller med et behørigt godkendt forsikringselskab. Hver femte år har de tilsluttede mulighed for at skifte forsikringsgiver. Fonden fører tilsyn med, at medlemmerne efterkommer forpligtelsen til at lade sig forsikre.

41. Et forsikringselskab, der har forsikret en *normpensioen*, skal indgå en aftale med Fonden. Fonden optræder i forskellige henseender som mellemmand mellem speciallægerne og forsikringsgiveren. Fonden opkræver således bidragene til *normpensioen*'en og overfører dem efterfølgende til forsikringsgiveren.

42. Fonden og forsikringselskabet fastsætter de respektive præmier for *normpensioen*'en på grundlag af en aktuarmæssig vurdering. Præmierne varierer efter den tilsluttedes alder, køn og indtægt, Fondens eller forsikringselskabets administrative omkostninger og udbyttet af de investeringer, som Fonden eller selskabet har foretaget.

43. Anden del af pensionsordningen består af de øvrige ovenfor nævnte elementer [d)-g)]. Det økonomisk set mest betydningsfulde element er dyrtidsreguleringsmekanismen [d)], som gør det muligt at afpasse pensionerne og pensionsrettighederne efter indtægternes størrelse ved hjælp af en justeringskoefficient, der fastsættes årligt. F.eks. var en pensionsret på 1 000 NLG erhvervet i 1973 2 074,60 NLG værd i 1998. I det tidligere anførte eksempel ville den nominelle pensionsret på 35 848,80 NLG i 2028 sandsynligvis svare til langt højere pensionsudbetalinger i praksis.

44. For så vidt angår anden del af ordningen har erhvervet valgt formen i artikel 2, stk. 2, litra a), i WVD, dvs. at

Fonden forvalter denne del, som ikke kan overdrages til et privat forsikringselskab.

meget begrænset rækkevidde og udbetaler kun efterladteydelse. De alment praktiserende lægers erhvervspensionsordning og speciallægenes er langt de største for så vidt angår den investerede kapital.

45. Element d)-f) finansieres af bidrag, der beregnes på grundlag af en aktuarmæssig vurdering. Fonden har tilstrækkelige reserver til at dække finansieringen af pensionsrettigheder med tilbagevirkende kraft [element e)]. Der opkræves derfor ikke bidrag til dette element. Element g) finansieres ved hjælp af et fast årligt gennemsnitsbidrag.

49. Den 31. december 1997 havde Fonden 5 951 tilsluttede, 1 063 tidligere tilsluttede og 4 220 pensionsmodtagere. Sidstnævnte kategori omfattede 1 238 enker eller enke-mænd, 185 børn og 2 797 modtagere af en alderspension. Den af Fonden investerede kapital beløb sig til 6 600 mio. NLG ved udgangen af 1997.

46. Der finder ikke nogen risikovurdering sted på grundlag af spørgeskemaer eller lægeundersøgelser.

III — Hovedsagerne

47. Fonden er et almennyttigt organ. Dens overskud går til såvel pensionsmodtagerne som de tilsluttede i form af en forhøjelse af deres pensionsrettigheder.

50. Sagsøgerne i hovedsagerne, Pavlov (sag C-180/98), Van der Schaaf (sag C-181/98), Kooyman (sag C-182/98), Weber (sag C-183/98) and Slappendel (sag C-184/98), er speciallæger, som udøver deres erhverv på et hospital i Nijmegen.

48. Ifølge Fonden har farmaceuter, alment praktiserende læger, veterinærkirurger, fysioterapeuter, tandlæger, jordemødre, advokater, uafhængige aktuarer, børsrådgivere, revisorer og havnearbejdere i Rotterdams havn også oprettet erhvervspensionsfonde. De fire sidstnævnte har kun meget få medlemmer. Advokaternes ordning har en

51. Der er enighed om, at sagsøgerne var forpligtet til at være tilsluttet Fonden indtil udgangen af 1995.

52. De mener imidlertid, at de siden den 1. januar 1996 har haft ret til at blive fritaget for tilslutning til Fonden i henhold til artikel 1, stk. 2, i dens pensionsregulativ¹⁶. De har gjort gældende, at de, efter at have ændret deres kontraktforhold til hospitalet, siden dette tidspunkt har været beskæftiget som lønmodtagere og dermed har haft pligt til at være tilsluttet Bedrijfs-pensioenfonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen (erhvervspensionsfond for social- og sundhedsvæsenet). Sagsøgerne ophørte følgelig med at indbetale bidrag til Fonden.

gelsen i artikel 1, stk. 2, i Fondens pensionsregulativ.

56. Under retsforhandlingerne gjorde sagsøgerne gældende, at tilslutningspligten er uforenelig med flere bestemmelser i EF-traktaten.

53. Fonden bestred, at sagsøgerne var beskæftiget i et ansættelsesforhold. Den udstedte derfor et betalingspålæg til dem for udestående bidrag.

57. Kantongerecht har ved kendelse af 8. maj 1998 besluttet at forelægge Domstolen følgende tre spørgsmål. Kantongerecht har anført i forelæggelseskendelsen, at de er udformet i overensstemmelse med de spørgsmål, som Nederlandenes Hoge Raad tidligere har forelagt i Van Schijndel-sagen.

54. Sagsøgerne anlagde sag ved Kantongerecht, Nijmegen, til prøvelse af disse betalingspålæg.

55. Ved kendelse af 13. februar 1998 afgjorde Kantongerecht, at sagsøgerne på grund af arten af deres kontraktforhold til hospitalet ikke kunne påberåbe sig frit-

»1) Skal en erhvervspensionsfond — som alle eller én eller flere bestemte grupper af erhvervsudøvende er forpligtet til at være tilsluttet i henhold til og i medfør af WVD med de retsfølger, der er knyttet hertil ved denne lov ... — på baggrund af ... formålet med loven anses for at være en virksomhed i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i artikel 85, 86 eller 90 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab?

¹⁶ — Jf. punkt 31, 32 og 33 ovenfor.

2) Hvis spørgsmålet besvares bekræftende, er forpligtelsen til at være tilsluttet [den ovenfor i forelæggelseskendelsen nævnte] pensionsordning for speciallæger da en af en medlemsstat truffet foranstaltning, som medfører, at de for virksomheder gældende konkurrenceregler mister deres effektive virkning, eller er dette kun tilfældet under visse omstændigheder, og i sidstnævnte fald under hvilke?

3) Såfremt det foregående spørgsmål skal besvares benægtende, kan andre omstændigheder da føre til, at forpligtelsen er i strid med traktatens artikel 90, og i bekræftende fald hvilke?»

lige) af den græske regering, at forelæggelseskendelserne indeholder tilstrækkelige oplysninger til, at de interesserede parter har kunnet tage stilling til de forelagte spørgsmål. Desuden er der fremkommet yderligere oplysninger i dokumenter fremsendt af den nationale ret, i de skriftlige indlæg og i svarene på spørgsmål stillet af Domstolen. Alle disse oplysninger er medtaget i retsmøderapporten. De interesserede regeringer har derfor haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger under retsmødet.

60. Det følger af ovenstående omstændigheder og af præmis 38-44 i Albany-dommen, at de forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

IV — Formaliteten

58. Efter den græske regerings opfattelse kan spørgsmålene ikke antages til realitetsbehandling. Den mener ikke, at den forelæggende ret har beskrevet de faktiske omstændigheder og de regler, som danner baggrund for hovedsagerne, tilstrækkelig præcist, hvorfor det i realiteten har været umuligt for de interesserede regeringer at indgive skriftlige indlæg om de emner, som de præjudicielle forelæggelser har rejst.

59. Det fremgår imidlertid af de indlæg, som er indgivet ikke alene af den nederlandske og den franske regering samt Kommissionen, men også (for det tilfælde, at Domstolen finder spørgsmålene antage-

V — Rækkevidden af de forelagte spørgsmål

61. Ifølge Domstolens behandling af de praktisk talt identiske spørgsmål i Albany-sagen skal der besvares tre spørgsmål.

62. For det første drejer det sig om, hvorvidt det er i strid med traktatens artikel 5 og 85, at de offentlige myndigheder på begæring af en erhvervsorganisation, der repræsenterer udøverne af det pågældende

erhverv, gør det obligatorisk at være tilsluttet en erhvervspensionsfond (spørgsmål 2).

63. For det andet drejer det sig om, hvorvidt en erhvervspensionsfond som den, der er omhandlet i de foreliggende sager, er en virksomhed i den betydning, hvori udtrykkes anvendes i traktatens artikel 85 ff. (spørgsmål 1).

64. For det tredje drejer det sig om, hvorvidt det er i strid med traktatens artikel 90 og 86, at en medlemsstat indfører et system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsordninger som det nederlandske og inden for rammerne af dette system gør det obligatorisk at være tilsluttet en bestemt erhvervspensionsordning (spørgsmål 3).

65. På samme måde som i Albany-sagen kan den nationale rets tredje spørgsmål forstås således, at det også rejser tvivl om, hvorvidt det nederlandske system er foreneligt med EF-traktatens artikel 90 læst i sammenhæng med artikel 52 ff. og artikel 59 ff. (efter ændring nu artikel 43 EF ff. og artikel 49 EF ff.).

66. Intet tyder imidlertid på, at parterne og den nationale ret har drøftet, om reglerne om etableringsfriheden og om fri udveksling af tjenesteydelser finder anvendelse, eller at sagen indeholder et grænseoverskridende aspekt. Desuden er spørgsmålet

udformet i overensstemmelse med det sidste spørgsmål i Van Schijndel-sagen¹⁷. I denne sag afstod Hoge Raad udtrykkeligt fra at forelægge et spørgsmål vedrørende de grundlæggende friheder i traktaten. Spørgsmålet må derfor fortolkes således, at det kun vedrører traktatens artikel 90 og 86.

VI — Det andet spørgsmål: artikel 5 og 85

67. Det står fast, at den ovenfor beskrevne *beroeps pensioenregeling* (erhvervspensionsordning) blev oprettet i 1973 af den erhvervsorganisation, som på det tidspunkt repræsenterede de nederlandske speciallæger, nemlig LSV. Ifølge Fonden var samtlige medlemmer af LSV dengang selvstændigt erhvervsdrivende speciallæger. LSV anmodede derpå den kompetente minister om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet ordningen. Ministeren imødekom begæringen og udstedte en bekendtgørelse, der gjorde det obligatorisk for alle i Nederlandene hjemmehørende speciallæger at være tilsluttet den af LSV forelagte ordning.

68. Kantongerecht er i tvivl om, hvorvidt denne bekendtgørelse er forenelig med traktatens artikel 5 og 85. Det ræsonnement, som har givet anledning til tvivlen,

¹⁷ — Jf. fodnote 1.

kan udtrykkes på følgende måde¹⁸. Speciallæger er virksomheder i konkurrencereglerens forstand. LSV's oprettelse af *berøpsspensioenregeling*'en må betragtes som en »vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder« som omhandlet i artikel 85, stk. 1. Denne vedtagelse begrænser konkurrencen mellem speciallæger og konkurrencen på pensionsforsikringsmarkedet og påvirker desuden handelen mellem medlemsstaterne. Dermed foreligger der en tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1. Ved at gøre tilslutning til pensionsordningen obligatorisk har Nederlandene fremmet en vedtagelse, som er i strid med artikel 85, stk. 1, og/eller forstærket dens virkninger. Ifølge Domstolens praksis er bekendtgørelsen derfor i strid med artikel 5 og 85.

69. Fonden, den nederlandske regering og Kommissionen har alle gjort gældende, at der ikke foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 5 og 85. De har fremført forskellige argumenter i den forbindelse. Bl.a. er det blevet anført, at det foreliggende tilfælde ikke er omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 85, stk. 1, at der ikke er tale om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, at konkurrencen ikke er begrænset mærkbart, at handelen mellem medlemsstaterne ikke er påvirket, at artikel 5 ikke kan finde anvendelse, eftersom artikel 90, stk. 1, udgør en *lex specialis*, og at det nederlandske system under alle omstændigheder er begrundet i almene hensyn.

70. Sagsøgerne i hovedsagerne har ikke indgivet indlæg til Domstolen. Den græske og den franske regering har i deres indlæg ikke beskæftiget sig med dette spørgsmål.

71. Den foreliggende sag rejser bl.a. spørgsmålet om, hvilket forhold der er mellem traktatens konkurrenceregler og de liberale erhverv. Da dette er den første sag, der vedrører et typisk liberalt erhverv, nemlig læger¹⁹, og da spørgsmålet kan forventes at blive endnu mere aktuelt i den nærmeste fremtid²⁰, finder jeg det nyttigt at gøre nogle indledende bemærkninger, inden jeg behandler spørgsmålet vedrørende artikel 5 og 85, stk. 1.

1. Konkurrenceretten og de liberale erhverv

72. Ved »liberale erhverv« forstår jeg i dette afsnit læger, advokater, arkitekter og lignende erhverv²¹.

19 — Domstolen har allerede i dom af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, taget stilling til fastsættelsen af tariffer for italienske toldklarere.

20 — Der verserer i øjeblikket flere sager for Domstolen og Retten i Første Instans vedrørende fastsættelse af henholdsvis advokaters (sag C-35/99, Arduino) og arkitekters (sag C-221/99, Conte) honorarer og priser, et forbud mod sammenslutninger af advokater og revisorer (sag C-309/99, Wouters m.fl.) samt regler for god patentagent-skab udstedt af Institutet af Anerkendte Fuldmægtige ved Den Europæiske Patentmyndighed (EPI) (sag T-144/99, EPI mod Kommissionen).

21 — Om problemerne med at finde frem til en præcis definition, jf. punkt 83 nedenfor.

18 — Jf. også sammenfatningen af de af Albany, Drijvende Bokken og Brentjens fremførte argumenter i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen, jf. fodnote 2, punkt 73-76.

73. Markederne for de liberale erhvervs tjenesteydelser udviser i konkurrenceretlig henseende følgende særlige træk²².

74. For det første har udøverne af et liberalt erhverv ofte et retligt monopol på at yde de pågældende tjenester (f.eks. har læger monopol på at yde lægehjælp, advokater på at procedere for domstolene og apotekere på at sælge medicin).

75. For det andet deltager udøverne af mange liberale erhverv i kontrollen med adgangen til det pågældende erhverv. Selv om det er staten, der i sidste instans træffer afgørelse om adgang, er det erhvervets udøvere, som eksempelvis fastsætter de nødvendige praktikperioder, kontrollerer uddannelsernes indhold, afholder eksaminer og fungerer som eksaminatorer. I visse tilfælde kan udøverne af et liberalt erhverv selv bestemme, hvor mange nye udøvere, der hvert år kan optage beskæftigelse inden for erhvervet.

76. For det tredje er markedsføringen ofte underlagt begrænsninger. Reglerne på dette område udformes normalt af de erhvervsudøvende og håndhæves af disciplinære organer eller domstolene. De kan både indeholde et totalt forbud mod enhver form for markedsføring og et mere begrænset

forbud mod at offentliggøre prisen eller kvaliteten af de udbudte tjenesteydelser.

77. For det fjerde deltager udøverne af nogle liberale erhverv i fastsættelsen af obligatoriske priser og honorarer for erhvervets tjenesteydelser. Sådanne reguleringsforanstaltninger kan omfatte såvel minimumshonorarer, som de erhvervsudøvende selv fastsætter, som maksimumshonorarer, der fastsættes af staten efter høring af de pågældende erhvervsudøvende.

78. Endelig gælder der inden for mange liberale erhverv begrænsninger for udøvelsen af erhvervet inden for rammerne af visse virksomhedsformer. De erhvervsudøvende kan f.eks. være udelukket fra at oprette selskaber med begrænset ansvar eller fra at indgå partnerskab eller ansættelsesforhold med udøvere af andre erhverv (f.eks. advokater og revisorer).

79. Modstanderne af sådanne regler hævder, at de udgør konkurrencebegrænsende restriktioner, og at der ikke er nogen gyldig grund til, at de skal være tilladte inden for de liberale erhverv, når de er forbudt på andre markeder for varer og tjenesteydelser.

80. Fortalerne hævder, at markederne for de liberale erhvervs tjenesteydelser ikke kan sammenlignes med »normale« markeder, at konkurrencen inden for de enkelte erhverv i

²² — Jf. Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD): *Competition Policy and the Professions*, Paris, 1985.

realiteten er stærk, at begrænsningerne for adgangen til erhvervene og for visse former for forretningspraksis er nødvendige for at sikre et højt kvalitetsniveau, og at det er et udtryk for overforenkling at antage, at de erhvervsudøvende udelukkende er eller bør være motiverede af gevinsthensyn.

81. Disse modstridende synspunkter har inden for mange landes konkurrencerets-system givet anledning til et stort antal retssager og en intensiv akademisk og politisk debat²³. Det kan også forventes at ske inden for Fællesskabets konkurrenceret²⁴.

82. De foreliggende sager er atypiske i denne henseende, idet de vedrører en afgørelse om tillægspension truffet af en erhvervsorganisation, ikke en af ovennævnte fem former for regler. Imidlertid kommer Domstolens dom i disse sager til at bidrage til at angive rammerne for, hvordan adfærd og regulering inden for de liberale erhverv skal vurderes i fremtiden. Man må

derfor være sig tre tilbagevendende problemer bevidst.

83. For det første er det fejlagtigt at opfatte de liberale erhverv som en homogen kategori af erhvervsdrivende. Hvert enkelt liberalt erhverv leverer komplekse tjenesteydelser. Arten af disse tjenesteydelser varierer ikke alene fra erhverv til erhverv (f.eks. fra arkitekter til læger), men også inden for det enkelte erhverv (f.eks. fra kirurger til psykiatere). I internationalt perspektiv kan udøverne af det tilsyneladende samme erhverv fra stat til stat have forskellige uddannelser og levere forskellige tjenesteydelser (arkitekter, notarer). Sådanne forskelle kommer til udtryk i vanskelighederne ved at finde frem til en definition af »liberale erhverv«, som alle kan acceptere²⁵.

84. For det andet adskiller markederne for de liberale erhvervs tjenesteydelser sig set fra en økonomisk synsvinkel fra de normale markeder for varer og tjenesteydelser i to væsentlige henseender.

85. For det første forekommer der såkaldte eksternaliteter. Eksternaliteter er positive eller negative effekter (normalt for samfun-

23 — Jf. den i fodnote 22 nævnte *Competition Policy and the Professions*, s. 20-31. For en nyere redegørelse for situationen i Tyskland, jf. Michael König: *Standesrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt*, Baden-Baden, 1997.

24 — Jf. f.eks. C.D. Ehlermann: »Concurrence et professions libérales: antagonismes ou compatibilité?«, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, s. 23, L. Idot: »Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels«, *Journal des Tribunaux, Droit européen*, 1997, s. 73, A. Riesenkampff og S. Lehr: »Membership of Professional Associations and Article 85 of the EC Treaty«, *World Competition*, 1996, s. 57, samt H. Nyssens: »Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?«, *Revue de droit commercial belge*, 1999, s. 475.

25 — Den tyske Bundesverfassungsgericht har fundet, at det ganske enkelt er umuligt at give en retlig definition af »liberale erhverv« (»freie Berufe« på tysk): BVerfGE 10, 354 (364). For et forsøg på at definere de liberale erhvervs grundlæggende træk, jf. den i fodnote 22 nævnte *Competition Policy and the Professions*, s. 9-13.

det som helhed), som ikke afspejler sig i priserne²⁶. Positive eksternaliteter kan f.eks. opstå som følge af videnskabelige opdagelser, negative som følge af f.eks. en dårligt udformet kontrakt. Det er klart, at de liberale erhvervs tjenesteydelser generelt skaber positive eksternaliteter, når de er af høj kvalitet, og at tjenesteydelser af dårlig kvalitet har den modsatte effekt. Desuden er efterspørgslen efter de liberale erhvervs tjenesteydelser ofte afledt, således at forstå at ydelsen (en advokats rådgivning, en arkitekts tegning) er et mellemlid i en længere produktionskæde. Tjenesteydelse-nes kvalitet er derfor af central betydning som en afgørende faktor inden for mange sektorer af et lands økonomi. Det kan med andre ord slås fast, at de liberale erhvervs udøvere ikke alene tjener deres kunder, men også skaber goder for borgerne i almindelighed, og at samfundet derfor har en yderligere interesse i at sikre, at gennemsnitskvaliteten af deres tjenesteydelser til stadighed er på et højt niveau.

tiden bliver han endog aldrig helt klar over, om den erhvervsudøvende (f.eks. lægen, arkitekten, advokaten) har leveret en tjenesteydelse af høj kvalitet. Dette betyder, at de liberale erhvervs udøvere, som selv afgør, hvor megen opmærksomhed de skal give en kunde, har stærke incitamenter til enten bevidst at sænke kvaliteten for at spare penge eller overtale kunden til at købe flere tjenesteydelser end nødvendigt. Således finder man også inden for de liberale erhverv alle de sædvanlige måder at løse eller formindske de problemer, som virkningerne af asymmetrisk information giver anledning til, dvs. måder at forebygge underbudspolitik på. Eksaminer, som giver adgang til et erhverv, skal sikre et højt kvalifikationsniveau fra begyndelsen. Ansvarsregler, følgerne af et godt eller et dårligt omdømme, og certificeringsordninger skal tilskynde til fuld udnyttelse af kvalifikationerne. Nogle betragter markedsføring som et middel til at løse eller mindske de med asymmetrisk information forbundne problemer. Andre hævder, at markedsføring forværrer disse problemer. Under alle omstændigheder kan det fastslås, at en vis regulering af de pågældende markeder er nødvendig for at modvirke virkningerne af asymmetrisk information.

86. For det andet giver den såkaldte asymmetriske information anledning til et væsentligt problem. Asymmetri mellem køber og sælger opstår, når køberen ikke fuldt ud er i stand til at vurdere kvaliteten af det produkt, som han modtager²⁷. Problemet gør sig særlig stærkt gældende inden for de liberale erhverv, fordi dets tjenesteydelser er meget fagligt prægede. Forbrugeren kan ikke vurdere en tjenesteydelses kvalitet, før han køber den (i modsætning til når han f.eks. køber ost), men først efter at han har forbrugt den. Under-

87. Det tredje tilbagevendende problem er af retlig art. Det har rod i forholdet mellem statslig regulering og selvregulering inden for de liberale erhverv. Inden for mange retssystemer har staten uddelegeret regule-

26 — Jf. D.W. Carlton og J.M. Perloff: *Modern Industrial Organisation*, 2. udg., New York, 1994, s. 115.

27 — Jf. den i fodnote 26 nævnte *Modern Industrial Organisation*, s. 558.

ringsbeføjelser til faglige organer. Sådanne organer kan endog have offentligretlig status. Når de forsvare sig i konkurrence-retssager, bygger deres argumentation ofte på deres forhold til staten. De hævder eksempelvis, at lovgiveren har forventet eller tilskyndet til den omtvistede adfærd eller endog pålagt dem at udføre de pågældende handlinger (såkaldt »State action defence« — organet forsvare sig med, at det varetager statslige funktioner). Det skal også erindres, at statslige foranstaltninger inden for mange retssystemer ikke er omfattet af konkurrencelovgivningen. I sager vedrørende liberale erhverv er det derfor ofte nødvendigt indledningsvis at fastslå, hvem der er ansvarlig for en given adfærd eller regel (staten eller erhvervet).

88. Det foranstående giver efter min mening anledning til følgende konklusioner for så vidt angår de foreliggende sager²⁸ og fællesskabsretten mere generelt.

89. På grund af de liberale erhvervs forskelligartethed og de særlige træk, som kendetegner de markeder, hvorpå deres virksomhed udøves, kan der ikke foreskrives en generel fremgangsmåde. Det må i hvert enkelt tilfælde omhyggeligt fastslås, om en given adfærdsbegrænsning rent faktisk har ført til en begrænsning af konkurrencen på det pågældende marked i den

i traktatens artikel 85, stk. 1, omhandlede betydning²⁹.

90. Desuden må det undersøges, om artikel 85, stk. 3 — i tilfælde, hvor denne bestemmelse finder anvendelse — kan fortolkes således, at hensynet til kvaliteten af de liberale erhvervs tjenesteydelser og dennes betydning for samfundet som helhed kan tages i betragtning³⁰.

91. Dernæst må der ske en omhyggelig anvendelse af reglerne om henholdsvis medlemsstaternes og de liberale erhvervs opgaver. Bl.a. er det afgørende, om og under hvilke omstændigheder det liberale erhvervs udøvere kan gøre et »State action defence« gældende, og hvilke argumenter medlemsstaten kan fremføre som begrundelse for sin egen regulering af konkurrencen inden for erhvervet.

92. Jeg afslutter dette afsnit med følgende bemærkning. Jeg har argumenteret for, at markerne for de liberale erhvervs tjenesteydelser på grund af deres særlige træk kræver en eller anden form for regulering. Modstanderne af selvregulering inden for erhvervene holder på, at regulering på

28 — Om relevansen af den første og den tredje af de følgende konklusioner, jf. punkt 137 og 162 nedenfor.

29 — Jf. også punkt 251 og 252 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

30 — Jf. også punkt 193 og fodnote 90 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

grund af faren for misbrug af beføjelserne hertil skal foretages af staten eller i det mindste af statskontrollerede reguleringsorganer. Men i denne forbindelse gør endnu et informationsproblem sig gældende, denne gang ud fra en økonomisk betragtning. Tjenesteydelsernes sammensathed og den konstante forandring, som de undergår som følge af de hyppige ændringer i den faglige viden og den tekniske udvikling, gør det vanskeligt for parlamenterne og regeringerne at udstede de nødvendige regler, hvis de både skal være detaljerede og ajourførte. Selvregulering forestået af erfarne udøvere af de liberale erhverv er ofte mere hensigtsmæssig, da en sådan gør det muligt at reagere med den nødvendige fleksibilitet. Inden for alle konkurrencerets-systemer består den væsentligste udfordring derfor i at forebygge misbrug af de liberale erhvervs reguleringsbeføjelser uden at ophæve deres autonomi på dette område.

93. Med dette in mente og på baggrund af parternes indlæg går jeg nu over til at behandle de præjudicielle spørgsmål i relation til traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 5.

2. Den materielle anvendelighed af artikel 85, stk. 1

94. Ifølge Fonden og den nederlandske regering er speciallægenes beslutning om at oprette en erhvervspensionsordning og at anmode den kompetente minister om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet den

ikke er omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 85, stk. 1. De mener, at Domstolens ræsonnement i Albany-dommen³¹ vedrørende kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter om erhvervspensionsordninger også har gyldighed for det foreliggende tilfælde. Domstolen afgjorde i præmis 64 i Albany-dommen, at den omtvistede aftale som følge af dens karakter og formål ikke faldt ind under traktatens artikel 85, stk. 1. Kommissionen har foreslået en lignende løsning i tilfælde af, at Domstolen ikke tiltræder dens overordnede ræsonnement, hvorefter speciallæger, der beslutter at oprette en tillægspensionsordning, ikke skal betragtes som virksomheder, men som forbrugere³².

95. Fonden og den nederlandske regering har, for det første, gjort gældende, at der ikke er nogen væsentlig forskel mellem de nederlandske bestemmelser om henholdsvis erhvervstilknyttede og branchetilknyttede pensionsordninger. I Rådets direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet³³, gøres der ikke forskel på pension for arbejdstagere og pension for selvstændige erhvervsdrivende. For det andet er flere dele af ræsonnementet i Albany-dommen direkte anvendelige på de foreliggende sager. Således er EF-traktatens artikel 3,

31 — Jf. fodnote 2.

32 — Jf. punkt 114-121 nedenfor.

33 — EFT L 209, s. 46.

litra i), og artikel 2³⁴ (efter ændring nu artikel 3, litra j), EF og artikel 2 EF) også relevante for de foreliggende sager, den heri omhandlede beslutning blev ligeledes truffet efter kollektiv forhandling³⁵, og beslutningens sociale formål er det samme som i Albany-sagen³⁶.

96. Jeg mener indledningsvis, at det står klart, at Albany-dommen, således som den er affattet, kun finder anvendelse på de særlige tilfælde, hvor arbejdsmarkedets parter har indgået en kollektiv overenskomst om beskæftigelses- og arbejdsvilkårene.

97. Dette fremgår allerede af ræsonnementet i dommens præmis 53-60, der kan sammenfattes som følger. Traktaten og aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken tilskynder til kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter, hvilket giver grund til at antage, at denne form for samordnet praksis mellem erhvervsdrivende i princippet er lovlig³⁷. På den anden side står det også klart, at kollektive aftaler mellem arbejdsgivere og arbejdstagere om løn og arbejdsvilkår, som er indgået efter kollektive forhandlinger, nødvendigvis har visse konkurrencebegrænsende virkninger³⁸. Når traktaten tilskynder til kollektive forhandlinger, kan de uundgåelige følger af sådanne, nemlig visse konkurrencebegrænsende virkninger, ikke være forbudt ifølge artikel 85, stk. 1³⁹.

98. Dette ræsonnement bygger således på, at kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter udviser to særlige træk, nemlig at fællesskabsretten udtrykkeligt tilskynder til dem, og at de nødvendigvis har visse konkurrencebegrænsende virkninger. Domstolen afgjorde følgelig i præmis 60-64 i dommen, at en aftale for ikke at være omfattet af konkurrencereglerne ikke alene skal have et socialt formål, men også være af en særlig karakter, idet den skal være en kollektiv overenskomst indgået efter kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter.

99. For det andet mener jeg, at denne særlige undtagelse for kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter ikke kan udstrækkes til også at omfatte, eller finde analogisk anvendelse på, andre former for aftaler og beslutninger. Det skal erindres, at artikel 85, stk. 1, udtrykkeligt omfatter alle former for samordnet praksis. Desuden er de to afgørende forhold, der gjorde sig gældende i Albany-sagen, ikke til stede i de foreliggende sager. Adfærdsregler og andre bestemmelser vedtaget af udøvere af liberale erhverv medfører ikke nødvendigvis konkurrencebegrænsninger, og der er ikke nogen bestemmelser i traktaten, som udtrykkeligt tilskynder til samordnet praksis mellem selvstændige udøvere af liberale erhverv. Der opstår derfor ikke en sådan konflikt mellem to regelsæt i traktaten, som i Albany-sagen gjorde det nødvendigt at foretage »en formålsbestemt og sammenhængende fortolkning af traktatens bestemmelser som helhed«.

100. Reelt ønsker Fonden og den nederlandske regering, at Domstolen indfører en

34 — Præmis 54.

35 — Præmis 59.

36 — Præmis 63.

37 — Præmis 54-58.

38 — Præmis 59.

39 — Præmis 60.

undtagelse fra konkurrencereglerne, som udelukkende er begrundet i, at den pågældende aftale har et socialt formål. Dette bekræftes i deres skriftlige indlæg, hvori de argumenterer på følgende måde. LSV's beslutning har et socialt formål, idet den ikke alene tager sigte på at tilvejebringe tillægspension til de erhvervsudøvende, men også til disses ægtefæller og børn. Endvidere er tillægspension af stor social betydning, hvilket bekræftes af, at Fællesskabets lovgivere har udstedt ovennævnte direktiv om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet⁴⁰. Endelig fremgår det af Domstolens praksis, at fællesskabsretten ikke begrænser medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres socialsikringsordninger⁴¹.

101. Hvad de to første af disse argumenter angår har jeg allerede anført, at det sociale område ikke er omfattet af en generel undtagelse fra konkurrencereglerne⁴². I modsætning til mange nationale konkurrenceretssystemer finder Fællesskabets regler anvendelse på praktisk talt samtlige økonomiske sektorer. Det skyldes, at sektorer, der ikke er omfattet af konkurrencereglerne, ifølge fast retspraksis skal være udtrykkeligt angivet i traktaten⁴³. Den undtagelse fra konkurrencereglerne for kollektive overenskomster mellem arbejdsmar-

kedets parter, som blev anerkendt i Albanydommen, er ikke uforenelig med denne retspraksis, eftersom den ikke alene er begrundet i sådanne aftalers genstand, men også, og hovedsagelig, på den ramme, hvori de indgås⁴⁴. Desuden er den omstændighed, at Fællesskabet forfølger en bestemt politik på et område, såsom tillægspensionsområdet, ikke ensbetydende med, at det er undtaget fra konkurrencereglerne⁴⁵. Domstolen har derfor konsekvent ladet konkurrencereglerne finde anvendelse på det sociale område. Det bedste eksempel herpå er Albany-, Brentjens- og Drijvende Bokken-dommene selv, hvori Domstolen afgjorde, at de erhvervs-pensionsfonde, som sagerne drejede sig om, skulle betragtes som virksomheder i artikel 86's forstand, og undersøgte, om de omtvistede regler var forenelige med traktatens artikel 90 og 86.

102. Med hensyn til det tredje argument berører medlemsstaternes kompetence til at lovgive på et bestemt område ikke deres (og heller ikke private erhvervsdrivendes) pligt til overholde de i traktaten fastsatte forbud⁴⁶.

103. Jeg drager derfor den konklusion, at det foreliggende tilfælde er omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 85, stk. 1.

40 — Jf. fodnote 33.

41 — Dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar m.fl., Sml. s. 523, præmis 16.

42 — Jf. punkt 123-130 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen, fodnote 2.

43 — Jf. f.eks. dom af 30.4.1986, forenede sager 209/84-213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425, præmis 40.

44 — For nærmere enkeltheder jf. punkt 183, 184 og 185 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

45 — For nærmere enkeltheder og henvisninger jf. punkt 126 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

46 — Dom af 28.4.1998, sag C-120/95, Decker, Sml. I, s. 1831, præmis 95.

3. Vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder

104. Fonden, den nederlandske regering og Kommissionen har gjort gældende, at LSV's beslutning om at oprette den erhvervs pensionsordning, som det drejer sig om, og om at anmode den kompetente minister om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet den, ikke kan betegnes som en »vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder« som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1. Der melder sig tre forskellige spørgsmål.

a) Er speciallæger virksomheder?

105. Det første går ud på, om speciallæger skal betragtes som virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, når de yder lægetjenester mod vederlag.

106. Det er værd at lægge mærke til, at ingen af parterne har hævdet, at selvstændige speciallæger som sådanne ikke er omfattet af konkurrencereglernes personelle anvendelsesområde. Fonden har imidlertid gjort gældende, at ansatte speciallæger ikke kan betragtes som virksomheder.

107. Ifølge den almindelige definition »omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde«⁴⁷. Da den retlige status ifølge denne funktionsorienterede synsvinkel er uden betydning, kan også fysiske personer betragtes som virksomheder⁴⁸. Begrebet bygger på den tankegang, at der ikke skal kunne drages fordel af den retlige form, hvorunder en erhvervmæssig virksomhed udøves. Erhvervmæssig virksomhed består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et bestemt marked⁴⁹. Den pågældende virksomhed skal, i det mindste principielt, kunne udøves med gevinst for øje⁵⁰.

108. Domstolens anvendelse af disse principper på de liberale erhverv i sagen Kommissionen mod Italien⁵¹ foranledigede den til at betragte de italienske toldklarende virksomheder som virksomheder.

109. Den italienske regering havde i sagen gjort gældende, at virksomhed som told-

47 — Jf. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21.

48 — Jf. dom af 18.6.1998, Kommissionen mod Italien, jf. fodnote 19, præmis 36, 37 og 38 (behandles mere indgående i punkt 108, 109 og 110 nedenfor) og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse forud for dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm, Sml. s. 2999, punkt B 1. Jf. også Kommissionens beslutning 76/743/EOU af 26.7.1976 om en procedure i henhold til artikel 85 i EO-traktaten (IV/28.996 — Reuter/BASF), EFT L 254, s. 40 (opfinder) og Kommissionens beslutning 78/516/EOU af 26.5.1978 om en procedure i henhold til EO-traktatens artikel 85 (IV/29.559 — RAI/UNITEL, EFT L 157, s. 39) (operasanger).

49 — Dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 7.

50 — Jf. f.eks. generaladvokat Tesaro's forslag til afgørelse forud for dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggegesellschaft, Sml. I, s. 43, punkt 9.

51 — Dom af 18.6.1998, jf. fodnote 19.

klarerer er et liberalt erhverv i lighed med advokat-, landmåler- og tolkeerhvervet, men at toldklarerere ikke kan betragtes som virksomheder på grund af arten af deres tjenesteydelser, og fordi udøvelsen af deres erhverv kræver autorisation og indebærer, at visse betingelser skal overholdes.

110. Domstolen fandt, at toldklarereres virksomhed er af økonomisk karakter, idet toldklarerere tilbyder tjenesteydelser mod vederlag, som består i at udføre toldformaliteter (herunder komplementære tjenesteydelser på det monetære, handelsmæssige samt skatte- og afgiftsmæssige område), og bærer de økonomiske risici, der er forbundet med denne virksomhed. At der er tale om intellektuel virksomhed, som kræver autorisation, og som kan udøves uden nogen væsentlig organisatorisk ramme, kunne ikke medføre, at den faldt uden for anvendelsesområdet for EF-traktatens artikel 85.

111. Dette ræsonnement er direkte anvendeligt på de foreliggende sager. Selvstændige speciallæger leverer som uafhængige erhvervsdrivende tjenesteydelser på markedet for speciallægetjenester. For disse tjenesteydelser forlanger og modtager de vederlag af deres patienter. De bærer selv de økonomiske risici ved udøvelsen af denne virksomhed. Deres tjenesteydelsers kompleks og tekniske karakter og den omstændighed, at udøvelsen af erhvervet er regu-

leret, kan ikke have indflydelse på, hvordan de skal klassificeres i relation til konkurrencereglerne.

112. Det er vanskeligere at afgøre, hvordan ansatte speciallæger skal klassificeres. I princippet er ansatte, der tilbyder deres arbejdskraft mod betaling, ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1⁵². Ansatte udøvere af liberale erhverv er imidlertid ikke typiske »arbejdstagere«. Deres »løn« er undertiden direkte afhængig af deres arbejdsgivers gevinst eller tab, og arbejdet udføres reelt ikke »under ledelse« af arbejdsgiveren. De tilhører derfor et af de grænseområder, som jeg forudså i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen⁵³. I de foreliggende sager er det imidlertid ikke nødvendigt at tage endelig stilling til dette spørgsmål, idet samtlige medlemmer af LSV var selvstændige speciallæger, da den omtvistede beslutning blev truffet.

113. Det følger af det ovenstående, at selvstændige speciallæger såsom LSV's medlemmer på det for sagen relevante tidspunkt må betragtes som virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.

52 — Jf. mit forslag til afgørelse i Albany-sagen, jf. fodnote 2, punkt 209-217, og nu dom af 16.9.1999, sag C-22/98, Becu m.fl., Sml. I, s. 5665, præmis 24, 25 og 26.

53 — Punkt 217 i forslaget til afgørelse.

b) Handler speciallæger som forbrugere eller som virksomheder, når de opretter en erhvervspensionsordning?

artikel 85, stk. 1. Når læger derimod køber lægeudstyr, eller advokater lejer kontorlokaler, udøver de økonomisk virksomhed, som er knyttet til deres erhverv. I så fald bør konkurrencereglerne finde anvendelse.

114. Kommissionen har anerkendt, at selvstændige speciallæger udøver økonomisk virksomhed, når de yder lægetjenester mod vederlag. Den har dog gjort gældende, at speciallægerne i de foreliggende sager ikke har optrådt som virksomheder, men som endelige forbrugere. Kommissionen har sammenlignet deres fælles beslutning om at oprette en erhvervspensionsordning med en beslutning om at foretage investeringer på finansmarkederne eller at købe en feriebolig. Aktiviteter, der må betragtes som endeligt forbrug, falder ifølge Kommissionen uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde.

116. I de foreliggende sager er spørgsmålet, hvordan en erhvervsudøvendes bidrag til en pensionsordning, der hører til det nederlandske pensionssystemets anden søjle, skal betragtes.

115. Når fysiske personer betragtes som virksomheder, bør der efter min mening sondres mellem aktiviteter, der vedrører deres erhvervssfære, og aktiviteter, der vedrører deres personlige sfære. I modsætning til juridiske personer, der ikke har noget »privatliv«, kan fysiske personer optræde enten i deres egenskab af virksomheder eller i deres egenskab af endelige forbrugere. Da traktatens artikel 85 ff. kun gælder for »virksomheder«, er fysiske personer, som optræder i sidstnævnte egenskab, ikke omfattet af konkurrencereglerne. Heraf følger, at udøvere af liberale erhverv, der aftaler at organisere et ferieophold på Bahamaøerne eller at købe operabilletter, ikke er omfattet af traktatens

117. Kommissionen har fremført følgende argumentation. Når en arbejdsgiver indbetaler pensionsbidrag for sine ansatte (det er almindelig anerkendt, at sådanne bidrag skal betragtes som løn), udgør denne betaling en del af hans normale økonomiske virksomhed⁵⁴. For så vidt angår selvstændige udøvere af liberale erhverv er arbejdsgiveren og den ansatte én og samme person, hvorfor der ikke finder nogen aflønning sted. En erhvervsudøvende, der opretter en tillægspension til sig selv, udøver derfor ikke en aktivitet, som kan sammenlignes med f.eks. indkøb af nyt lægeudstyr, men en aktivitet, der må betegnes som personligt forbrug.

118. Dette ræsonnement overbeviser mig ikke helt. Jeg mener, at der må skelnes mellem erhvervsindtægter, som forbliver og reinvesteres i den sfære, hvortil den erhvervsudøvendes »virksomhed« hører,

54 — Jf. også punkt 229 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

og indtægter, som definitivt udtages af denne og investeres i den pågældendes personlige sfære.

derfor betragtes som indtægter, der forbliver inden for erhvervssfæren.

119. Når udøveren af et liberalt erhverv anvender en del af sine indtægter til på frivilligt grundlag at indgå en livsforsikringskontrakt hørende til tredje søjle med et forsikringsselskab, udtages den pågældende del af hans indtægter af erhvervssfæren og reinvesteres i den personlige sfære. Dette bekræftes af, at den samme investering kunne have været foretaget med personlige indtægter fra eksempelvis en vingård tilhørende den erhvervsudøvendendes familie. En sådan investering kan derfor sammenlignes med købet af et værdifuldt maleri eller en feriebolig.

120. Bidrag til pensioner, der hører til første og anden søjle, knytter sig derimod til den erhvervsudøvendendes erhvervssfære. Det er ikke tilfældigt, at de pågældende ordninger benævnes *erhvervspensionsordninger (beroepspensioenregelning)*. Tilslutningen til disse ordninger begynder og slutter på samme tid som erhvervsudøvelsen. Samtlige udøvere af erhvervet er tilsluttet den samme ordning inden for anden søjle, og udenforstående kan ikke blive tilsluttet. Den pension, der skal optjenes, og følgelig de præmier, der skal betales, varierer alt efter den tilsluttedes erhvervsindtægter. Når alt kommer til alt, tilbyder erhvervspensionsordningerne en metode til at fordele *erhvervsindtægter* (i modsætning til personlige indtægter) over et længere tidsrum. Bidrag til sådanne ordninger må

121. Jeg drager derfor den konklusion, at speciallæger, der indgår aftale om erhvervs-pensioner, optræder som virksomheder som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.

c) Optrådte LSV som en sammenslutning af virksomheder?

122. Den nederlandske regering mener ikke, at en erhvervsorganisation som LSV kan betragtes som en virksomhed, da den ikke udøver økonomisk virksomhed.

123. I de foreliggende sager drejer det sig imidlertid ikke om, hvorvidt organisationen overtrådte konkurrencereglerne, da den handlede på egne vegne, men om speciallægerne gjorde det, da de handlede gennem deres organisation⁵⁵. Spørgsmålet er derfor ikke, om erhvervsorganisationen optrådte som en virksomhed, men om hvert enkelt medlem af den gjorde det.

⁵⁵ — Om denne sondring jf. punkt 218-227 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

124. Fonden har for det første gjort gældende, at der ikke kan være tale om, at der foreligger en sammenslutning af virksomheder, idet mange af de erhvervsudøvende er arbejdstagere. For det andet ville det være udtryk for forskelsbehandling at anse LSV for en sammenslutning af virksomheder, når andre erhvervsorganisationer såsom Nederlandse Orde van Advocaten (Det Nederlandske Advokatsamfund) er undergivet offentlig ret og tillagt reguleringsbeføjelser. For det tredje har speciallægenes repræsentative organisationer først og fremmest til opgave at forsvare medlemmernes indtægter under drøftelserne med de nederlandske myndigheder om priserne og honorarerne for deres tjenester. Denne opgave omfatter tillægspensioner, som er en del af speciallægenes indkomst, efter at de er ophørt med at arbejde. Efter Fondens opfattelse er det »oplagt«, at det ikke er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 at forsvare speciallægenes økonomiske interesser.

125. Hvad det første argument angår er det ikke fornødent at afgøre, om en erhvervsorganisation med både selvstændige erhvervsdrivende og arbejdstagere som medlemmer er en sammenslutning af virksomheder, idet LSV på det for sagen relevante tidspunkt udelukkende bestod af selvstændige erhvervsdrivende.

126. Fondens andet argument beror på en misforståelse, idet det forudsætter, at erhvervsorganisationer, som er undergivet offentlig ret og tillagt reguleringsbeføjelser, ikke er omfattet af konkurrencereglerne. Denne opfattelse er i strid med fast rets-

praksis. De retlige rammer for vedtagelserne inden for en sammenslutning og den måde, hvorpå disse rammer kvalificeres i de nationale retsordener, er uden betydning for anvendeligheden af traktatens artikel 85⁵⁶.

127. Der er heller ikke grundlag for Fondens tredje argument. Domstolen har slået fast, at vedtagelser i et udvalg eller et organ med reguleringsbeføjelser inden for en bestemt sektor kan falde uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1. Det gælder imidlertid kun, når flertallet i udvalget eller organet er repræsentanter for de offentlige myndigheder, og når det i sine indstillinger skal overholde visse almene hensyn⁵⁷. I de foreliggende sager er der, på samme måde som i sagen vedrørende toldklarererne⁵⁸, intet, der tyder på, at de offentlige myndigheder havde nogen mulighed for at påvirke beslutningsprocessen i LSV, og Fonden har selv oplyst, at LSV i sin virksomhed udelukkende tager sigte på de erhvervsudøvedes økonomiske interesser.

128. Heraf følger, at den afgørelse i LSV, som sagen drejer sig om, må betragtes som en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder.

56 — Dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, præmis 17, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, jf. fodnote 19, præmis 40.

57 — Dom af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spedito, Sml. I, s. 2883, præmis 22-25.

58 — Dommen af 18.6.1998, Kommissionen mod Italien, jf. fodnote 19, præmis 39-44.

4. Konkurrencebegrænsning

129. Spørgsmålet er, om LSV's beslutning om at oprette den ovenfor beskrevne erhvervspensionsordning og at anmode ministeren om at udstede en bekendtgørelse, der gør det obligatorisk at være tilsluttet ordningen, har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i den i traktatens artikel 85, stk. 1, angivne betydning.

130. Under retsmødet gjorde Fonden gældende, at der af de grunde, der er angivet i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen⁵⁹, ikke foreligger en sådan konkurrencebegrænsning. Den nederlandske regering og Kommissionen fremsatte ikke bemærkninger vedrørende spørgsmålet.

131. Jeg mener, at ræsonnementet i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen rent faktisk i vid udstrækning også er anvendeligt på de foreliggende sager.

132. LSV's beslutning kan opfattes som indeholdende tre elementer, som jeg af praktiske grunde vil benævne henholdsvis det materielle, det institutionelle og det politiske element.

133. I den følgende undersøgelse af, om de tre elementer medfører en begrænsning af konkurrencen, er det vigtigt at have i erindring, at tilslutningen til den omtvistede pensionsordning før ministerens indgreb må anses for at have været helt frivillig.

a) Det materielle element: harmoniseringen inden for erhvervet af de med tillægspensionerne forbundne omkostninger og ydelser

134. Det element af LSV's beslutning, som først skal undersøges, er de konkrete pensionsarrangementer. De beskrives i enkeltheder ovenfor⁶⁰. Ifølge disse arrangementer skal enhver, der er tilsluttet ordningen, betale pensionsbidrag af en vis størrelse alt efter alder, køn og indkomst. Til gengæld optjener den pågældende pensionsrettigheder, der svarer til bidragene. Inden for anden del af ordningen, som forvaltes af Fonden alene⁶¹, er de endelige omkostninger og ydelser nødvendigvis de samme for samtlige tilsluttede. De er imidlertid ikke harmoniseret, når det gælder *normpensionen*⁶². For dennes vedkommende afhænger de endelige omkostninger og ydelser af, hvilken forsikringsinstitution den tilsluttede har valgt (Fonden eller et kommercielt forsikringsselskab).

60 — Jf. punkt 36-45 ovenfor.

61 — Jf. punkt 43, 44 og 45 ovenfor.

62 — Jf. punkt 38-42 ovenfor.

59 — Punkt 245-294 i forslaget til afgørelse, jf. fodnote 2.

135. Ved den omhandlede beslutning sker der således (for så vidt angår anden del af ordningen) en delvis harmonisering af omkostningerne ved en tillægspension for speciallæger, der hører til pensionssystemets anden søjle.

136. Ved første øjekast begrænser denne harmonisering konkurrencen for så vidt angår en af omkostningsfaktorerne i forbindelse med speciallægers tjenester. De erhvervsudøvende konkurrerer ikke med hinanden for at opnå en billigere forsikring for denne del af deres pensionsindtægter.

137. Jeg hævdede imidlertid ovenfor, at markederne for de liberale erhvervs tjenesteydelser adskiller sig fra de normale markeder⁶³. Desuden kan den komplicerede beslutning, som det drejer sig om, naturligvis ikke vurderes ud fra de samme principper som en almindelig horisontal aftale om prisfastsættelse. Hvad dette angår gjorde jeg gældende i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen, at det omfattende anvendelsesområde for Fællesskabets konkurrenceret (i forhold til mange nationale lovgivninger) gør det nødvendigt at tage den pågældende sektors eller aftaletypes specifikke økonomiske karakteristika i betragtning ved vurderingen af, om konkurrencereglerne er blevet tilsidesat⁶⁴. Det er derfor, Domstolen i sager vedrørende bestemte sektorer eller aftaletyper ikke har indskrænket sig til blot at påvise begræns-

ninger forårsaget af individuelle erhvervsdrivendes adfærd, men har foretaget en helhedsvurdering af den pågældende aftales indvirkning på konkurrencen⁶⁵. I de foreliggende sager er det derfor nødvendigt at foretage en realistisk vurdering af den omhandlede beslutnings konkurrencebegrænsende virkninger, hvorunder der tages hensyn til de faktiske forhold (og inddrages økonomiske argumenter).

138. Af en sådan vurdering fremgår det, at den ovenfor beskrevne teoretiske konkurrencebegrænsning reelt kun har en ubetydelig indvirkning på markedet for speciallægers tjenester, og at den derfor ikke er »mærkbar« i den i Domstolens praksis anvendte betydning⁶⁶.

139. Det hænger sammen med, for det første, at der kun harmoniseres en omkostningsfaktor og ikke en prisfaktor. Det påvirker naturligvis konkurrencen i mindre grad, at samtlige erhvervsudøvende f.eks. skal betale de samme telefonafgifter, end at de opkræver de samme priser.

140. For det andet er omkostningerne ved pensionsordningen reelt ubetydelige i forhold til andre omkostningsfaktorer. Det skal erindres, at de pensionsbidrag, der

63 — Jf. punkt 82-86 og 89 ovenfor.

64 — Jf. punkt 250, 251 og 252 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

65 — For domshenvisninger jf. fodnote 115 og 116 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

66 — Jf. dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. 1969, s. 69. For et ræsonnement, der er sammenligneligt med mit ræsonnement i det foreliggende tilfælde, jf. Kommissionens beslutning 86/507/EØF af 30.9.1986 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee) (EFT L 295, s. 28, punkt 16).

skal betales, ikke er af samme størrelse som prisen for pensionsforsikringen. For at fastslå den reelle pris er det nødvendigt også at tage hensyn til, hvilke pensionsrettigheder der erhverves til gengæld for bidragene. Når der er tale om en ordning, der er oprettet uden gevinst for øje, såsom speciallægernes, består de reelle omkostninger udelukkende i fondens administrationsomkostninger og tab som følge af urentable investeringer af de opkrævede bidrag.

141. For det tredje ligger den pågældende omkostningsfaktor fjernt fra markedet for tjenesteydelser⁶⁷. Det endelige vederlag for speciallægers tjenester påvirkes af mange omkostningsfaktorer, som er mere umiddelbare og væsentlige. Det ville eksempelvis påvirke konkurrencen i højere grad, hvis samtlige læger inden for et speciale købte det samme dyre apparat.

142. For det fjerde yder speciallæger (sådan som næsten alle udøvere af liberale erhverv) uhomogene, personligt prægede tjenester. Det vil sige, at den enkelte læges tjenesteydelser har forskellige kvaliteter og egenskaber. Desuden kan speciallæger i høj grad påvirke kvaliteten af deres tjenester (f.eks. ved at bruge mere tid på et tilfælde). Selv hvis omkostningerne ved deres tjenester var faste, ville der normalt alligevel blive konkurreret stærkt på kvalitet.

67 — Om dette arguments betydning jf. f.eks. meddelelse fra Kommissionen om vurdering i forhold til EØF-traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejds-jømed [EFT 1993 C 43, s. 2, punkt III.2, d)].

143. Jeg drager følgelig den konklusion, at beslutningens materielle element ikke begrænser konkurrencen mærkbart.

b) Det institutionelle element: oprettelsen af en juridisk person til at føre tilsyn med, at pensionsordningen overholdes, og til at administrere denne

144. For det andet besluttede LSV at oprette en juridisk person (Fonden), som dels selv skulle fungere som forsikringsgiver, dels være et tilsynsorgan, der påstå, at de tilsluttede speciallæger forsikrede sig med henblik på *normpensioen*'en. Forsikringsvirksomheden omfatter forsikringen af *normpensioen*'en og forsikringen af anden del af ordningen. For så vidt angår *normpensioen*'en kan de tilsluttede vælge mellem Fonden og et privat forsikringselskab. Hvad ordningens anden del angår er Fonden eneste forsikringsgiver.

145. Oprettelsen af Fonden må betragtes som en institutionaliseret form for frivilligt horisontalt samarbejde mellem selvstændige speciallæger⁶⁸.

146. På samme måde som samarbejde mellem virksomheder om regnskab og skatterådgivning, gør oprettelsen af en fælles fond det muligt for de deltagende

68 — Jf. punkt 258 og 259 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

speciallæger at fordele de forsikrede risici og opnå stordriftsfordele med hensyn til administrationen af pensionsbidragene og pensionsudbetalingerne samt forvaltningen af aktiverne.

underordnet restriktion, som skal sikre de tilsluttedes troskab og en vis stabilitet i Fondens og forsikringsselskabets medlems- og kundekreds⁷¹.

147. På den anden side vedrører samarbejdet om pensionsforvaltningen et område, som ikke direkte har noget at gøre med de tjenester, speciallægerne yder. Det finder sted på et område, som er lige så fjernt fra markedet for disse tjenester som fælles regnskabsførelse.

148. De konkurrencefremmende virkninger af denne institutionaliserede forvaltning er således langt stærkere end nogen af de (teoretiske) konkurrencebegrænsende effekter. På samme måde som oprettelsen af et landbrugskooperativ forbedrer oprettelsen af Fonden effektiviteten. I den forstand er den ikke omfattet af artikel 85, stk. 1⁶⁹.

150. Med hensyn til om en frivillig pensionsfond har som virkning, at forsikringsselskaberne udelukkes, tillader princippet om aftalefriheden, at speciallæger betror en ordning kontrolleret af repræsentanter for deres erhverv at forvalte deres pensioner i stedet for at indgå (gruppe)forsikringskontrakter med et kommercielt forsikringsselskab⁷². Under alle omstændigheder kan forsikringsselskaberne konkurrere med Fonden om forsikringen af *normpension*'en. Det eneste forhold, der kan give forsikringsselskaberne problemer, er, at samtlige speciallæger er tilsluttet ordningen, idet det indebærer, at selv erhvervsudøvende, som ønsker at forsikre sig i et privat forsikringsselskab, ikke har mulighed for det. Denne virkning er imidlertid forårsaget af ministerens bekendtgørelse, som behandles nedenfor.

149. Begrænsningen af de tilsluttedes muligheder for at udtræde af ordningen er en følge af ministerens bekendtgørelse om tilslutningspligt, som behandles nedenfor. Reglen om, at de tilsluttede kun kan skifte forsikringsgiver for så vidt angår *normpension*'en hvert femte år⁷⁰, er en berettiget

151. De institutionelle arrangementer i sig selv begrænser følgelig ikke konkurrencen.

69 — For nærmere enkeltheder jf. punkt 262-270 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

70 — Jf. punkt 40 ovenfor.

71 — Jf. dom af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 13 og 14. Jf. også punkt 271-275 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

72 — For nærmere enkeltheder jf. punkt 276-286 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen.

c) Det politiske element: begæringen til ministeren

5. *Forholdet mellem artikel 5 og artikel 85, stk. 1*

152. For det tredje besluttede LSV at anmode den kompetente minister om at gøre det obligatorisk for alle i Nederlandene hjemmehørende speciallæger at være tilsluttet ordningen.

156. Spørgsmålet er, om de nederlandske myndigheder tilsidesatte traktatens artikel 5 og artikel 85, stk. 1, da de efter begæring af LSV gjorde det obligatorisk for alle i Nederlandene hjemmehørende speciallæger at være tilsluttet pensionsordningen.

153. Ræsonnementet i forbindelse med det tilsvarende tilfælde i mit forlag til afgørelse i Albany-sagen⁷³, er også anvendeligt på det foreliggende. Det følger heraf, at begæringen til ministeren i sig selv ikke begrænser konkurrencen.

157. Ifølge traktatens artikel 5, stk. 2, hvorefter medlemsstaterne skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af traktatens målsætning i fare, må medlemsstaterne ikke indføre eller opretholde foranstaltninger — selv ikke i form af love eller administrative bestemmelser — som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler. De må således ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler, beslutninger eller samordnet praksis, som er i strid med artikel 85, eller som forstærker virkningerne heraf.

154. Ingen af de tre elementer, som indgår i LSV's beslutning, begrænser således konkurrencen i mærkbart omfang. Det er derfor uforholdsmæssigt at tage stilling til beslutningens virkninger på handelen mellem medlemsstaterne.

155. Jeg drager følgelig den konklusion, at LSV's beslutning om at oprette den erhvervspensionsordning, som sagen drejer sig om, og om at anmode den kompetente minister om at udstede en bekendtgørelse, der gør det obligatorisk at være tilsluttet ordningen, ikke er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

158. Ifølge Domstolens praksis⁷⁴ er en statslig foranstaltning af denne art ulovlig, hvis den har sammenhæng med en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomheders side.

73 — Punkt 287-294.

74 — Jf. f.eks. konklusionen i dom af 17.11.1993, sag C-2/91, Meng, Sml. I, s. 5751.

159. I de foreliggende sager forpligtede ministerens beslutning om gøre det obligatorisk at være tilsluttet ordningen speciallæger, som ikke ønskede at blive medlem af LSV eller at træffe tillægspensionsarrangementer, til at tilslutte sig den omtvistede pensionsordning. Bekendtgørelsen forstærkede derfor virkningerne af LSV's beslutning om at oprette ordningen ⁷⁵.

160. Ifølge Domstolens nuværende praksis ⁷⁶ er bekendtgørelsen imidlertid ikke i strid med traktatens artikel 5 og 85, eftersom LSV's beslutning i sig selv ikke begrænsede konkurrencen i mærkbart omfang og derfor var forenelig med artikel 85, stk. 1.

161. Jeg må tilstå, at jeg ikke finder denne retspraksis med dens automatiske sammenhæng mellem lovligheden af en privat og en af medlemsstaten truffet foranstaltning særlig tilfredsstillende i tilfælde som det foreliggende. LSV's beslutning falder uden for artikel 85, stk. 1, fordi dens eventuelle begrænsende virkninger skyldes det efterfølgende statsindgreb; dette statsindgreb falder på sin side uden for artikel 5, fordi LSV's beslutning i sig selv ikke er tilstrækkeligt begrænsende. Derfor kan hverken speciallægernes samordnede praksis eller den omhandlede statslige foranstaltning anfægtes i henhold til Fællesskabets konkurrenceret, skønt ministeren ikke kunne

have begrænset konkurrencen uden den forudgående samordnede praksis mellem erhvervsdrivende.

162. Jeg hævdede ovenfor, at reglerne om fastlæggelse af henholdsvis statens og de liberale erhvervs opgaver inden for ethvert konkurrenceretssystem er af afgørende betydning for, om der inden for dette system kan opnås den rette afvejning mellem at forebygge konkurrencebegrænsende praksis og at bevare de liberale erhvervs selvreguleringsbeføjelser ⁷⁷.

163. I sager som de foreliggende vil det derfor være mere hensigtsmæssigt at gå ud fra, at der foreligger en tilsidesættelse, som er berettiget ud fra almene hensyn. Efter min mening er foranstaltninger truffet af medlemsstaterne, som forstærker de begrænsende virkninger af en samordnet praksis mellem virksomheder, forenelige med artikel 5, stk. 2, når de har et lovligt og klart defineret formål, som er i almenhedens interesse, og når medlemsstaterne aktivt fører tilsyn med denne praksis. I nogle tilfælde kan artikel 90, stk. 2, også finde anvendelse. I de foreliggende sager kan der ikke være megen tvivl om, at den bekendtgørelse, der gør tilslutning obligatorisk, er berettiget af sociale grunde.

164. En lignende løsning bør vælges, hvis Domstolen afgør, at LSV's beslutning

75 — Dom af 3.12.1987, sag 136/86, BNIC, Sml. s. 4789, præmis 22, 23 og 24.

76 — Dom af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 51.

77 — Jf. punkt 87 og 91 ovenfor.

begrænsede konkurrencen i mærkbart omfang, påvirkede handelen mellem medlemsstaterne og derfor var i strid med artikel 85, stk. 1. Ifølge Domstolens eksisterende praksis måtte den omtvistede bekendtgørelse i så fald formentlig uden videre erklæres for uforenelig med artikel 5 og 85⁷⁸. Men selv når en samordnet praksis mellem private erhvervsdrivende (f.eks. på det sociale eller miljømæssige område) isoleret betragtet begrænser konkurrencen i den i artikel 85, stk. 1, angivne betydning, kan staten have lovlige grunde til at forstærke og offentligt anerkende virkningerne af den pågældende praksis for at tilgodese almene hensyn.

165. Uanset om den eksisterende retspraksis lægges til grund, og uanset om LSV's beslutning begrænsede konkurrencen i mærkbart omfang, mener jeg derfor, at man i de foreliggende sager må drage den konklusion, at der ikke foreligger en tilsidesættelse af artikel 5 og 85.

VII — Det første spørgsmål: Skal Fonden betragtes som en virksomhed?

166. Spørgsmålet er, om en erhvervspensionsordning som Fonden er en »virksomhed« i den i traktatens konkurrenceregler omhandlede betydning. Det må derfor fastslås, om dens aktiviteter er af økonomisk art.

167. Under retsmødet hævdede Fonden og Kommissionen, at Fonden er en virksomhed. Den nederlandske regering udtrykte tvivl om, hvorvidt ræsonnementet i Albanydommen også er anvendeligt på de foreliggende sager. I Albanydommen afgjorde Domstolen, at de nederlandske erhvervspensionsfonde var virksomheder. Den franske og den græske regering har gjort gældende, at Fondens aktiviteter ikke er af økonomisk art.

168. Fonden har tre forskellige funktioner inden for rammerne af speciallægenes pensionsordning.

169. For det første er den med hensyn til *normpensioen*'en en af de mulige leverandører af pensionsforsikringsydelse til de medlemmer af ordningen, som har valgt at forsikre *normpensioen*'en i Fonden⁷⁹.

170. For det andet fører den, også med hensyn til *normpensioen*'en, tilsyn med, at de medlemmer, som har valgt at forsikre denne del af ordningen i et forsikringselskab, overholder pligten til at forsikre sig⁸⁰.

78 — Jf. dommen af 18.6.1998, Kommissionen mod Italien, jf. fodnote 19, præmis 52-60.

79 — Jf. punkt 38-42 ovenfor.

80 — Jf. punkt 40 ovenfor.

171. For det tredje optræder Fonden i relation til anden del af pensionsordningen (dyrtidsregulering, pensionsrettigheder med tilbagevirkende kraft, invaliditetsordningen og efterladteydelse) som forsikringsgiver med eneret⁸¹.

172. Med hensyn til førstnævnte funktion er det åbenbart, at Fonden udøver økonomiske aktiviteter i konkurrence med forsikringselskaberne, og at den i den henseende optræder som en virksomhed.

173. For så vidt angår det tilsyn, som Fonden fører i relation til de forsikringskontrakter, som de tilsluttede erhvervsudøvende har indgået med private forsikringsgivere, handler den efter min opfattelse som udøver af offentlig myndighed. Denne funktion er sammenlignelig med det miljøovervågningsarbejde i havnen i Genova, som var blevet betroet en privat virksomhed i Diego Cãli & Figli-sagen (dom af 18.3.1987, sag 343/85, Sml. s. 847), og Eurocontrol's aktiviteter i SAT-sagen⁸². Ingen enhed ville på eget initiativ kunne udøve en sådan form for aktivitet med gevinst for øje.

81 — Jf. punkt 43, 44 og 45 ovenfor.

82 — Jf. punkt 311-314 i mit forslag til afgørelse i Albany-sagen, fodnote 2.

174. Fondens rolle i relation til anden del af pensionsordningen er vanskeligere at klassificere.

175. Følgende faktorer er ikke direkte relevante herfor: Fonden arbejder ikke med gevinst for øje⁸³, den forfølger et socialt formål⁸⁴, og dens investeringer er underlagt begrænsninger og kontrol⁸⁵. Som Domstolen afgjorde i Albany-sagen kan sådanne begrænsninger delvis begrunde, at Fonden har eneret til at administrere denne del af pensionsordningen. De er dog ikke til hinder for at anse fondens virksomhed for at være en økonomisk virksomhed⁸⁶.

176. Derimod kan graden af solidaritet inden for en pensionsordning være relevant⁸⁷. Årsagen er, at en pensionsordning kan have så mange væsentlige solidariske elementer, at ingen forsikringsgiver i princippet kan udbyde den pågældende form for forsikring på markedet.

83 — Dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 21. Jf. også Albany-dommen, præmis 85, og punkt 336 i mit forslag til afgørelse forud for denne dom.

84 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 13 og 14. Jf. også Albany-dommen, præmis 86, og punkt 336 i mit forslag til afgørelse i sagen.

85 — Jf. Albany-dommen, præmis 86, og punkt 335 i forslaget til afgørelse.

86 — Jf. Albany-dommen, præmis 86, og punkt 330 i forslaget til afgørelse.

87 — Implicit i Albany-dommen, præmis 85, og eksplicit i punkt 343 i mit forslag til afgørelse i sagen.

177. I de foreliggende sager rummer anden del af ordningen flere væsentlige elementer af solidaritet mellem de erhvervsudøvende, nemlig en dyrtidsreguleringsmekanisme, pensionsrettigheder med tilbagevirkende kraft, en invaliditetsordning og efterlædte ydelser. Desuden finder der ikke nogen risikovurdering sted på grundlag af lægeundersøgelser.

178. Alligevel leder følgende elementer i ordningen til den konklusion, at Fonden selv med hensyn til denne anden del må anses for at være en virksomhed. De risikoelementer, som den indeholder (dyrtidsreguleringsmekanismen indbefattet) finansieres nemlig efter kapitaliseringsprincippet, og Fonden fastsætter selv bidrag og ydelser i overensstemmelse med aktuar-mæssige principper. Størrelsen af de ydelser, Fonden udbetaler, afhænger derfor af dens administrationsomkostninger og af de økonomiske resultater af dens investeringer; det fremgår ikke, at risiciene i forbindelse med dårlige investeringer dækkes af en statslig garanti. Endelig er Fonden undergivet tilsyn af Forsikringstilsynet, som også fører kontrol med forsikringselskaberne⁸⁸.

179. Kapitaliseringsprincippet og Forsikringstilsynets tilsyn indicerer, at denne forsikringsvirksomhed i det mindste potentielt er en aktivitet, som kan udøves af en almindelig forsikringsgiver. Fondens uafhængighed og de risici, der er forbundet

med dens investeringer, kan give anledning til en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at forhindre. Det samme ræsonnement finder derfor anvendelse endnu en gang: Skønt de ovenfor opregnede, af solidaritetshensyn nødvendige, begrænsninger delvis kan begrunde Fondens enerettigheder i relation til traktatens artikel 90, stk. 2, er de ikke så betydningsfulde, at de er til hinder for at anse dens virksomhed for at være af økonomisk karakter.

180. Jeg drager følgelig den konklusion, at Fonden optræder som en virksomhed i den i traktatens konkurrenceregler omhandlede betydning, når den forsikrer *normpensioen*'en og andel del af ordningen.

VIII — Det tredje spørgsmål: traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86

181. Det sidste spørgsmål går ud på, om en medlemsstat tilsidesætter traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86, hvis den indfører et system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsordninger som det nederlandske og inden for rammerne af dette system gør det obligatorisk at være tilsluttet en bestemt erhvervspensionsordning.

⁸⁸ — Jf. Albany-dommen, præmis 81 og 82, og punkt 338-342 i mit forslag til afgørelse i sagen.

1. *Anvendeligheden af artikel 90, stk. 1, og artikel 86*

ningspligten i henhold til pensionsregulativets artikel 1, stk. 2, og artikel 44⁸⁹.

182. Det første spørgsmål drejer sig om, hvorvidt Fonden er en virksomhed, som er indrømmet eksklusive rettigheder som omhandlet i artikel 90, stk. 1.

187. Det andet spørgsmål drejer sig om, hvorvidt Fonden har en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet.

183. Hvad forsikringen af *normpension*'en angår er Fonden en virksomhed, men er ikke indrømmet eksklusive rettigheder. De tilsluttede kan frit indgå forsikringskontrakter med kommercielle forsikringsgivere.

188. Fonden hævdede under retsmødet, at det relevante varemarked er markedet for tillægspensionsforsikring. Fonden er følgelig kun tillagt en eksklusiv rettighed på en lille del af dette marked, nemlig den, der vedrører pension for speciallæger.

184. Med hensyn til tilsynet med forsikringen af *normpension*'en optræder Fonden ikke som en virksomhed. På dette punkt finder artikel 90, stk. 1, ikke anvendelse.

189. Som Kommissionen har bemærket, er andre former for forsikring eller andre forsikringsgivere ikke reelle alternativer til forsikring inden for ordningens rammer, når tilslutning er obligatorisk. Speciallæger har ikke mulighed for at blive tilsluttet andre ordninger. En virksomhed som Fonden, der har et lovbestemt monopol på leveringen af visse forsikringstjenester (i dette tilfælde anden del af pensionsordningen) på en væsentlig del af fællesmarkedet (i dette tilfælde Nederlandene), må derfor anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86⁹⁰.

185. For så vidt angår forsikringen af anden del af ordningen optræder Fonden som en virksomhed og er som den eneste mulige forsikringsgiver tillagt en eksklusiv rettighed. På dette punkt finder artikel 90, stk. 1, anvendelse.

186. Endvidere kan det gøres gældende, at Fonden som en interesseret virksomhed er tillagt yderligere to rettigheder, nemlig retten til at indrømme fritagelse for tilslut-

89 — Jf. punkt 31-35 ovenfor.

90 — For nærmere enkeltheder og domshenvisninger jf. Albanydommen, præmis 91 og 92, og punkt 378-383 i mit forslag til afgørelse i sagen.

2. *Tilsidesættelse af artikel 90, stk. 1, og artikel 86*

190. Den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1, er ikke i sig selv uforenelig med traktatens artikel 86. En medlemsstat overtræder imidlertid disse bestemmelser, hvis den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling, eller hvis rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug⁹¹.

191. Der skal undersøges to kategorier af regler.

a) De regler, der indrømmer Fonden en eksklusiv rettighed til at yde forsikring

192. I Albany-sagen klagede de berørte virksomheder over erhvervspensionsfonden eksklusive rettigheder, fordi de pågældende fonde efter deres opfattelse ikke kunne dække efterspørgslen på markedet for denne form for virksomhed.

193. Det fremgår ikke klart af dommen⁹², om Domstolen godtog dette argument, og følgelig om de pågældende regler umiddelbart var i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86. De var under alle omstændigheder berettigede i henhold til traktatens artikel 90, stk. 2⁹³.

194. I de foreliggende sager har ingen påstået, at erhvervspensionsordningerne i Nederlandene leverer tilfredsstillende tjenesteydelser. I modsætning til situationen i Albany-sagen ønsker sagsøgerne i hovedsagerne ikke at forsikre sig i et kommercielt forsikringselskab, men i en anden erhvervspensionsfond. De synes således ikke at have nogen indvendinger imod tilslutningspligten som sådan. Dette bekræftes muligvis af, at sagsøgerne ikke har fundet det nødvendigt at indgive indlæg til Domstolen.

195. Endvidere tyder intet i den ovenfor beskrevne retlige ramme på, at fondene foranlediges til at udnytte deres dominerende stilling. Tværtimod synes der at være flere foranstaltninger, der beskytter mod misbrug. Berørte parter kan fremsætte bemærkninger til en erhvervsorganisations begæring om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet en ordning. Det Sociale og Økonomiske Råd samt Forsikringstilsynet høres, inden tilslutning gøres obligatorisk. Senere ændringer i ordningen skal godken-

91 — Jf. Albany-dommen, præmis 93.

92 — Præmis 95, 96 og 97.

93 — Præmis 98-111.

des af ministeren. Fondens vedtægter og regulativer skal opfylde en række krav. Dens investeringer er undergivet begrænsninger, og der føres permanent tilsyn med dens finanser⁹⁴.

196. Endelig er de restriktive virkninger af den ordning, som speciallægerne har valgt, forholdsvis begrænsede, eftersom Fonden kun nyder godt af en eksklusiv rettighed for så vidt angår anden del af ordningen.

197. I mit forslag til afgørelse i Albany-sagen foreslog jeg, at det blev overladt til den nationale ret at tage stilling til, om der umiddelbart forelå en tilsidesættelse af artikel 90, stk. 1, og artikel 86, da for mange faktiske omstændigheder stadig var uafklarede. I de foreliggende sager er jeg i betragtning af ovenstående faktorer imidlertid tilbøjelig til at mene, at der ikke foreligger en sådan tilsidesættelse.

198. Subsidiært ville en sådan tilsidesættelse være berettiget i henhold til traktatens artikel 90, stk. 2⁹⁵.

b) Reglerne om fritagelse for tilslutningspligten

199. Ifølge Domstolens dom i Albany-sagen kan en medlemsstat vurdere, at kompetencen til at meddele fritagelse for tilslutningspligten skal tillægges den pågældende pensionsfond alene. Den interessekonflikt, der knyttede sig til dobbeltrollen som henholdsvis administrator af ordningen og instans med kompetence til at meddele fritagelser, retfærdiggjordes eller mindskedes af Fondens særlige viden, medlemsstaternes frihed til selv at ordne sådanne spørgsmål i overensstemmelse med egne prioriteringer og muligheden for domstolsprøvelse⁹⁶.

200. Hvis denne retspraksis skal stå ved magt, har ovennævnte ræsonnement også gyldighed for de foreliggende sager og mere specifikt for de to muligheder for at meddele fritagelse, der er foreskrevet i artikel 1, stk. 2, og artikel 44 i Fondens pensionsregulativ⁹⁷. Det skal endvidere erindres, at speciallægerne i de foreliggende sager yderligere — i hvert fald i teorien — har mulighed for at anmode om en ministeriel dispensation i henhold til WVD's artikel 26⁹⁸.

201. Jeg drager følgelig den konklusion, at en medlemsstat ikke tilsidesætter traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86, hvis den

96 — Jf. Albany-dommen, præmis 112-121. For en anden vurdering jf. punkt 441-468 i mit forslag til afgørelse i sagen.

97 — Jf. punkt 31-35 ovenfor.

98 — Jf. punkt 21, 22 og 23 ovenfor.

94 — Jf. punkt 9-20 ovenfor.

95 — Jf. Albany-dommen, præmis 98-111.

indfører et system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsordninger som det nederlandske og inden for rammerne af dette system gør det obligatorisk at være tilsluttet en bestemt erhvervspensionsordning.

IX — Forslag til afgørelse

202. Jeg mener således, at de af Kantongerecht, Nijmegen, forelagte spørgsmål bør besvares på følgende måde:

- 1) EF-traktatens artikel 5 og artikel 85, stk. 1 (nu artikel 10 og 81 EF) er ikke til hinder for, at en medlemsstat efter begæring af en erhvervsorganisation, der repræsenterer udøverne af et liberalt erhverv, gør det obligatorisk for alle udøvere af erhvervet at være tilsluttet en bestemt erhvervspensionsordning.
- 2) En erhvervspensionsfond som Speciallægenes Pensionsfond i Nederlandene optræder i relation til forsikringen af *normpensioen*'en og anden del af speciallægenes pensionsordning som en virksomhed i den i EF-traktatens konkurrenceregler omhandlede betydning.
- 3) EF-traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86 (nu artikel 86, stk. 1, EF og artikel 82 EF) er ikke til hinder for, at en medlemsstat indfører et system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsordninger som det nederlandske og inden for rammerne af dette system gør det obligatorisk at være tilsluttet en pensionsordning som speciallægenes pensionsordning i Nederlandene.