

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
FRANCIS G. JACOBS
föredraget den 15 juni 1995 *

1. I dessa mål har Hoge Raad der Nederlanden begärt ett förhandsavgörande avseende två frågeställningar. Den första rör huruvida det ankommer på den domstolen att under ett förfarande avseende överklagande beakta vissa frågor rörande gemenskapsrätten som inte uppkommit under förfarandet vid underinstanserna, även om det skulle strida mot nationella rättegångsregler att göra detta. Även om frågorna har uppkommit inom den särskilda ramen för fördragets konkurrensbestämmelser, rör de ett problem av allmänt intresse vad avser samspelet mellan gemenskapsrätten och medlemsstaternas rättssystem. Den andra frågeställningen rör huruvida ett system för yrkespension, vilket omfattar obligatorisk anslutning, är förenligt med fördragets konkurrensbestämmelser.

2. Det är samma nationella lagstiftning som de båda målen är baserade på. Enligt artikel 2.1 i den nederländska lagen av den 29 juni 1972 om obligatorisk anslutning till ett system för yrkespension (nedan kallad "Pensionslagen") kan den behörige ministern — på begäran av en eller flera yrkesorganisationer som är representativa för yrkesutövarna och efter ett samrådsförfarande —

förklara att anslutning till ett system för yrkespension upprättat av yrkesutövarna är obligatorisk för en eller flera bestämda grupper bland yrkesutövarna. I enlighet med artikel 2.2 kan ett sådant system omfatta (a) upprättande av en särskild pensionsfond eller (b) en skyldighet för yrkesutövarna att sluta ett försäkringsavtal, efter eget val, antingen med den särskilda fonden eller med en godkänd försäkringsgivare eller (c) en kombination av de båda vad avser olika delar av systemet. Enligt artikel 2.3 krävs av den organisation som begär att ett obligatoriskt system skall upprättas registrerar en juridisk person som bär ansvaret för att systemet förvaltas som en yrkespensionsfond eller för att övervaka att medlemmarna uppfyller sina skyldigheter i försäkringshänseende. I artikel 2.4 föreskrivs att när ett system har blivit obligatoriskt är varje person som utövar det ifrågavarande yrket, vare sig det är som egenföretagare eller som anställd, skyldig att iaktta de bestämmelser som avser systemet. Underlåtenhet att iaktta bestämmelserna utgör ett brott vilket beivras med böter i enlighet med artikel 27. I övrigt kan pensionsfonden eller det övervakande organet i enlighet med artikel 31 utfärda en exekutionstitel i syfte att indriva obetalda premier.

3. Syftet med de kollektiva systemen är enligt uttalanden i förarbetena till Pensions-

* Originalspråk: engelska.

lagen som har återgivits i besluten om hänskjutande, att möjliggöra ”anpassningen av pensionsinkomsten så att den återspeglar ökningen av den allmänna inkomstnivån”, ”att yngre kolleger genom ett system med fördelning av avgifterna eller varianter av detta bidrar till att bära de ökande kostnader som uppkommer vid utbetalning av pensioner till äldre kolleger” och ”att föreskriva att pensionsrättigheter skall tillerkännas med avseende på de år som föregick den tidpunkt då systemet trädde i kraft”. Detta mål kan uppnås genom ett ömsesidigt system ”endast då samtliga som hör till den ifrågasvarande yrkeskategorin i princip är anslutna till det”.

4. År 1978 upprättade fysioterapeuterna ett system för yrkespension, med en särskild fond, Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (nedan kallad ”fonden”). I artikel 4.1 i fondens stadga fastställs att samtliga fysioterapeuter och ”heilgymnasts” som uppfyller kraven för att kunna erhålla medlemsskap, vilka uppställs i pensionsföreskrifterna, är anslutna till denna fond. I artikel 4.2 fastställs att medlemmarna är underställda bestämmelserna i stadgan, pensionsföreskrifterna och andra bestämmelser som antagits i enlighet med stadgan.

5. I artikel 2.1 i pensionsföreskrifterna definieras de anslutna till systemet såsom ”varje fysioterapeut som utövar en verksamhet i denna egenskap i Nederländerna och som ännu inte uppnått pensionsålder”. Sedan undantas vissa grupper av fysioterapeuter i

artikel 2.1 a, bland annat de som ”uteslutande är verksamma inom ramen för ett anställningsavtal enligt vilket systemet i Algemene Burgerlijke Pensioenwet (allmän lag om pension) eller en annan pensionsförsäkring som åtminstone är likvärdig med ovannämnda system för yrkespension skall tillämpas, förutsatt att de berörda — under iakttagande av de administrativa bestämmelser som i detta syfte föreskrivs i artikel 25.3 — skriftligen underrättar fonden om sina önskemål i detta avseende”.

6. Den 31 mars 1978 införde den statssekreterare som var ansvarig för sociala frågor en förordning enligt artikel 2.1 i lagen om pension genom vilken anslutning till systemet är obligatorisk. Förordningen innehåller ett undantag motsvarande det som finns i artikel 2.1 i pensionsföreskrifterna.

7. Fonden har fastställt att följande kriterier skall användas vid tillämpning av artikel 2.1 i föreskrifterna:

”1. Det måste vara fråga om en verksamhet som uteslutande utövas inom ramen för ett anställningsavtal enligt vilket en pensionsförsäkring som åtminstone är likvärdig gäller.

2. Ifrågavarande pensionsförsäkring skall gälla:

a) ...

b) ... samtliga yrkesutövare som är anställda av bolaget."

9. Sökandena begärde vid de lägre instanserna undantag från obligatorisk anslutning med stöd av att det saknades rättslig grund för kollektivitetskravet i den nederländska lagstiftningen. Hoge Raad delade efter överklagande Rechtbanks uppfattning att kollektivitetskravet är förenligt med den nederländska lagstiftningen. Sökandena framförde emellertid en ny grund under förfarandet vid Hoge Raad vilken de varken hade åberopat inför Kantonrechter eller Rechtbank, nämligen den att Pensionslagen eller åtminstone tillämpningen av denna på det pensionssystem som hade upprättats av fysioterapeuter, är oförenlig med artiklarna 3 f, 5, 85, 86 och 90 i EG-fördraget. Sökandena hävdar att dessa bestämmelser i fördraget är av en sådan art att Rechtbank skulle ha bifallit deras talan, trots att de inte hade åberopat denna grund i lägre instans.

8. Van Veen och van Schijndel (nedan kallade "sökandena") ingick egna försäkringsavtal med Delta Lloyd vilka gällde från och med den 1 januari 1988 respektive den 1 april 1989. Fonden nekade dem undantag från den obligatoriska anslutningen av den anledningen att avtalen inte uppfyllde kravet på att de skall vara tillämpliga på samtliga fysioterapeuter som är anställda av arbetsgivaren (nedan kallat "kollektivitetskravet"). Sökandenas talan mot fondens beslut prövades i första instans av Kantonrechter (som ogillade van Veens talan men biföll van Schijndels talan) och efter överklagande av Breda Rechtbank som ogillade båda sökandenas talan. Sökandena har överklagat till Hoge Raad, som endast är behörig att upphäva en dom av skäl som avser rättsfrågor ("kassation").

10. Med anledning av denna nya grund uppkommer en viktig processrättslig fråga som Hoge Raad måste ta ställning till. Enligt nederländsk lagstiftning kan nya grunder åberopas under ett kassationsförfarande endast då de är av rent rättslig art, det vill säga att de inte kräver en sakprövning. Hoge Raad anser att sökandenas nya grund inte uppfyller detta krav, då den vilar på fakta och omständigheter som inte Rechtbank tagit ställning till. Det kan inte heller sägas att den låg till grund för sökandenas talan men att den inte prövades av Rechtbank.

11. Enligt Hoge Raad kan sökandena inte heller söka stöd i artikel 48 i de nederländska rättegångsreglerna, som förpliktar domstolen att ex officio komplettera med rättsliga grunder som inte har framställts av parterna. Enligt Hoge Raad innebär principen om domstolens passivitet i dispositiva tvistemål att när domstolen kompletterar de rättsliga grunderna kan denna varken gå utanför ramarna för tvisten eller stödja sig på andra fakta och omständigheter än de som åberopats av den part vars grunder måste kompletteras. I förevarande fall skulle Rechtbank ha gått utanför ramarna för tvisten om den ex officio hade beaktat frågor rörande gemenskapsrätten. Sökandena överklagade inför Kantonrechter inte den obligatoriska anslutningen till systemet, utan det förhållandet att undantag från anslutning i enlighet med artikel 2.1 a i pensionsföreskrifterna inte beviljades. Hoge Raad konstaterar att sökandena därigenom accepterade att pensionslagen av den 29 juni 1972 och systemet var bindande.

12. Det är under dessa omständigheter som Hoge Raad begär ett förhandsavgörande av följande frågor:

”A

1) Ankommer det på den nationella domstolen, att i ett mål som rör civilrättsliga rät-

tigheter och skyldigheter över vilka parterna fritt förfogar, att tillämpa bestämmelserna i artiklarna 3 f, 5, 85, 86 och/eller 90 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen även om den part som har intresse av att de tillämpas inte har åberopat dem?

2) Om den första frågan i princip besvaras jakande, gäller detta svar även om domstolen i fråga därigenom blir tvungen att åsidosätta principen om passivitet som åligger domstolen eftersom den måste a) gå utanför ramarna för tvisten så som dessa har avgränsats av parterna och/eller b) basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka den part i tvisten, som har intresse av att bestämmelserna i fördraget tillämpas, har grundat sitt yrkande?

3) Om även den andra frågan besvaras jakande, kan de bestämmelser i fördraget som har nämnts i första frågan åberopas för första gången inför en nationell kassationsdomstol, om a) det enligt de rättegångsregler som är tillämpliga i fallet i fråga endast kan framföras nya påståenden i högre instans om de är av rent juridisk art — det vill säga att de inte nödvändiggör en prövning av omständigheter och att de gäller under alla förhållanden — och b) det förhållandet att bestämmelserna i fråga åberopas, också leder till att det krävs en prövning i sak?

B

13. Hoge Raad påpekar att frågorna under B endast är av relevans om den, på grund av domstolens svar på frågorna under A, är tvungen att pröva de grunder avseende gemenskapsrätten som åberopats av sökandena.

4) Mot bakgrund av syftet med Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (WVD) vilket återgivits ... ovan; skall en yrkespensionsfond till vilken samtliga personer inom en yrkeskategori eller en eller flera bestämda grupper inom yrkeskategorin är förpliktade att ansluta sig enligt WVD, med de juridiska följder — kort återgivna i 3.1 A) ovan — som enligt denna lag är knutna till detta, anses som ett företag på sätt som avses i artiklarna 85, 86 eller 90 i fördraget?

De processrättsliga frågorna

14. De första frågorna (under A) kan definieras som "processrättsliga" frågor och i detta fall används termen "processrättslig" i en mycket vid betydelse, såtillvida att den omfattar bestämmelser avseende utformningen av rättsmedel och domstolarnas behörighet. De centrala frågorna i dessa mål rör gemenskapsrättens inverkan på processrättsliga bestämmelser i denna vidare betydelse, såsom de är utformade i medlemsstaternas rättssystem.

5) Om så är fallet, utgör införandet av en obligatorisk anslutning till yrkespensionsfonden för fysioterapeuter som avses i 3.1 B, en åtgärd som vidtas av en medlemsstat genom vilken den ändamålsenliga verkan av de konkurrensbestämmelser som är tillämpliga på företag omintetgörs, eller är detta fallet endast under vissa omständigheter — och i det sistnämnda fallet, under vilka omständigheter?

15. Den struktur som de tre processrättsliga frågorna har, vilar på förutsättningen att en kassationstalan i princip är begränsad till att avse ett rättsligt fel som den domstol vars beslut överklagas har begått. Då rättsfrågan i förevarande mål inte har framställts av parterna vid de lägre instanserna uppkommer frågan om dessa domstolar kunde eller skulle ha upptagit frågan, i annat fall kan de inte ha begått något rättsligt fel. Hoge Raads första fråga är följaktligen om en nationell domstol i tvistemål ex officio skall tillämpa vissa bestämmelser i fördraget, särskilt de avseende konkurrens, i de fall parterna inte har

6) Om den sista frågan besvaras nekande, kan andra omständigheter leda till att den obligatoriska anslutningen är oförenlig med bestämmelserna i artikel 90, och om så är fallet, vilka?"

åberopat dem. Den andra frågan uppkommer endast då den första frågan i princip skall besvaras jakande. Hoge Raad undrar om detta är fallet även om den nationella domstolen då skulle vara tvungen att överge den passiva ställning som det enligt nationella rättegångsregler åligger denna att inta, genom att domstolen beaktar grunder som inte omfattas av tvistens ramar såsom de har avgränsats av parterna och genom att begära att ytterligare faktisk bevisning till stöd för dessa grunder skall inges. Om detta är fallet går den tredje frågan ut på huruvida de ifrågavarande bestämmelserna i fördraget kan åberopas av parterna för första gången inför en kassationsdomstol även om domstolen i detta fall skulle vara tvungen att åsidosätta rättegångsregler enligt vilka inte några nya grunder kan åberopas vilka kräver en prövning av de faktiska omständigheterna. Enligt min uppfattning skall den första och andra frågan beaktade i ett sammanhang besvaras nekande. Den tredje frågan kräver därför inte något svar.

16. Dessa mål ger upphov till frågor liknande de som uppkom i domen i målet Peterbroeck¹, i vilken överrätten i Bryssel frågade domstolen om en nationell domstol skall åsidosätta en nationell rättegångsregel enligt vilken en fråga gällande gemenskapsrätten, som framställdes av en part efter utgången av den tillämpliga tidsfristen, inte kan beaktas. Jag avgav mitt förslag till avgörande i detta mål den 4 maj 1994. Det muntliga förfarandet i målet återupptogs senare och en ytterligare förhandling hölls i sam-

band med förhandlingen i de förevarande målen den 4 april 1995.

17. I mitt förslag till avgörande av den 4 maj 1994 i målet Peterbroeck kom jag fram till att gemenskapsrätten inte hindrade den nationella bestämmelsen ifråga. Jag grundade detta på det förhållandet att det varit ”fastställt sedan länge i domstolens fasta rättspraxis att i avsaknad av gemenskapsbestämmelser ankommer det på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa de processuella regler som gäller för de förfaranden som är avsedda att säkerställa skyddet av de rättigheter som följer av gemenskapsrättens direkta effekter, under förutsättning att dessa regler uppfyller två villkor: de skall varken vara mindre förmånliga än de som rör liknande förfaranden av intern art eller göra det praktiskt taget omöjligt² eller orimligt svårt³ att utöva de rättigheter som ges genom gemenskapernas rättsordning”⁴. Då inte något av de yrkanden som omfattades av vissa undantag enligt de belgiska bestämmelserna motsvarade det yrkande som Peterbroeck framfört och då den tidsfrist som angavs i bestämmelserna inte kunde anses vara orimlig, ansåg jag att de belgiska bestämmelserna uppfyllde de krav som domstolen ställer.

2 — Se exempelvis dom av den 16 december 1976, Rewe (33/76, Rec. s. 1989, punkt 5), dom av den 9 november 1983, San Giorgio (199/82, Rec. s. 3595, punkt 12) och dom av den 25 juli 1991, Emmott (C-208/90, Rec. s. I-4269, punkt 16). Se även dom av den 1 april 1993, Lageder m. fl. (C-31/91—C-44/91, Rec. s. I-1761, punkterna 27—29).

3 — Se i fotnot 2 nämnda dom San Giorgio, punkt 14, och dom av den 19 november 1991, Francovich m. fl. (C-6/90 och C-9/90, Rec. s. I-5357, punkt 43).

4 — Punkt 17.

1 — Mål C-312/93, förslag till avgörande av den 4 maj 1994.

18. Dessa krav är avsedda att upprätta en balans mellan behovet av att iakttäta det förhållandet att medlemsstaternas rättsordningar är självständiga i processrättsligt hänseende och behovet av att säkerställa ett verksamt skydd vid de nationella domstolarna av de rättigheter som tilldelas genom gemenskapernas rättsordning. De är i överensstämmelse med avgöranden i andra mål, nämligen målen *Simmenthal* och *Factortame*, i vilka domstolen har lagt större vikt vid behovet av att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas på ett verksamt sätt och att garantera ett korrekt rättsskydd för enskilda.

italienska domstolarnas skydd av de rättigheter som tilldelas genom gemenskapernas rättsordning. Ett krav på att hänskjuta varje mål som rör frågan om en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten till konstitutionsdomstolen, vilket innebär utdragna, komplexa och kostsamma förfaranden, skulle avhålla enskilda från att göra gällande de rättigheter som de har enligt gemenskapsrätten⁶, för övrigt skulle detta betyda att gemenskapsrätten, även i de fall då enskilda inte avhölls från att göra gällande sina rättigheter, fortfarande inte skulle tillämpas under den tid då förfarandet pågick⁷.

19. I domen i målet *Simmenthal*⁵ fastställde domstolen att det åligger en nationell domstol, som inom ramen för sin behörighet har att tillämpa bestämmelser i gemenskapsrätten, att tillförsäkra att dessa bestämmelser får full effekt, utan att invänta att en nationell bestämmelse vilken står i strid med denna skall upphävas genom lagstiftning eller av den italienska konstitutionsdomstolen. Domens avgörande betydelse för gemenskapernas rättsordnings integritet framgår tydligt. Enligt det system som har upprättats genom fördraget är tillämpningen av gemenskapernas lagstiftning beroende av de nationella domstolarna. Varje nationell domstol måste kunna tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelser som är av relevans för det rättsliga område som omfattas av domstolens behörighet. Om det endast vore den konstitutionella domstolen som hade behörighet att åsidosätta nationell lagstiftning som strider mot gemenskapsrätten, skulle detta utan tvekan ha utgjort ett betydande hinder för gemenskapsrättens tillämpning och för de

20. Även i målet *Factortame*⁸ befann sig domstolen inför ett tvingande behov av att avhjälpa det förhållandet att nationell lagstiftning på ett otillräckligt sätt erbjöd rättsligt skydd för de rättigheter som tilldelas genom gemenskapsrätten. Sökandena hade genom en ansökan om domstolsprövning bestridit att vissa bestämmelser i den brittiska lagstiftningen var förenliga med gemenskapsrätten. *Divisional Court*, *Queen's Bench Division* begärde att domstolen skulle avgöra frågan. Samtidigt ansökte sökandena om interimistiska åtgärder i form av ett uppskov med verkställigheten av de omtvistade bestämmelserna. Det beslut som fattades av *Divisional Court* i vilket en sådan åtgärd beviljades, upphävdes av *Court of Appeal* av det skälet att de brittiska domstolarna varken har behörighet att genom en interimistisk åtgärd besluta om uppskov med verkställigheten av den brittiska lagstiftningen eller att

6 — Se i fotnot 5 nämnda förslag till avgörande av generaladvokat Reischl i målet *Simmenthal*, s. 653.

7 — *Ibidem*, s. 656.

8 — Dom av den 19 juni 1990 (C-213/89, Rec. s. I-2433).

5 — Dom av den 9 mars 1978 (106/77, Rec. s. 629).

genom domstolsprövning besluta om interimistiska åtgärder gentemot staten. Då House of Lords begärde att domstolen skulle avgöra frågan, fastställde denna att då en nationell domstol, vid vilken ett mål rörande gemenskapsrätt är anhängigt, anser att det enda som hindrar denna att besluta om interimistiska åtgärder är en nationell bestämmelse, måste den nationella domstolen åsidosätta denna bestämmelse.

21. Avgörandet var ur rättslig synvinkel inte revolutionerande eller ens förvånansvärt, vilket framgick av de brittiska domarnas svar⁹, även om det oundvikligen gav upphov till inlägg i den politiska debatten. Det rättsliga skyddet av de rättigheter som tilldelas genom gemenskapernas rättsordning skulle uppenbarligen ha varit otillräckligt, till och med skenbart, om Divisional Court, till dess att den hade kunnat meddela ett slutligt avgörande med stöd av domstolens förhandsavgörande, inte hade haft möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder för att hindra att den part som ansökte om dessa åtgärder orsakades irreparabel skada. Det är värt att uppmärksamma att de brittiska domstolarna senare ansåg sig ha behörighet att besluta om interimistiska åtgärder gentemot staten i förfaranden av samma art, även då det inte var fråga om rättigheter som tilldelas genom gemenskapernas rättsordning¹⁰.

22. Det skall sålunda uppmärksammas att både i målet Simmenthal och målet Factor-tame var domstolens avgörande nödvändigt för att nationella domstolar, vid vilka en talan grundad på gemenskapsrätten på ett korrekt sätt har väckts, skall ha möjlighet att effektivt utöva de uppgifter som ålagts dem i enlighet med det system som har upprättats genom fördraget.

23. Förevarande mål skiljer sig tydligt från målen Simmenthal och Factortame och det finns enligt min uppfattning inte någon anledning att utsträcka de principer som fastställs i de målen för att erbjuda skydd åt personer som inte har väckt talan på korrekt sätt, med stöd av rättssystem som ger dem verkliga möjligheter därtill. Jag delar därför den uppfattning som alla de medlemsstater vilka ingav skriftliga yttranden har, det vill säga Frankrike, Tyskland, Nederländerna och Förenade Kungariket (vilka samtliga var företrädare under sammanträdet) och den som Irland och (i målet Peterbroeck) Belgien gav uttryck för under sammanträdet. Spanien och Grekland framförde emellertid en annan åsikt under sammanträdet. Den spanska regeringen hävdade att en nationell domstol är tvungen, ex officio om så skulle vara nödvändigt, att beakta frågor inom gemenskapsrätten, oaktat att det skulle strida mot vissa nationella rättegångsregler. Spaniens regering grundade denna slutsats på a) det förhållande att gemenskapsrätten har företräde, b) principen om gemenskapsrättens effektivitet och c) behovet av att tillförsäkra en enhetlig tolkning av gemenskapsrätten. Liknande argument framfördes av Greklands regering. Jag kommer att granska varje argument i tur och ordning.

⁹ — Se framställning av Lord Bridge of Harwich i mål Regina mot Secretary of State for Transport ex parte Factor-tame Limited and Others, AC, 1991, 603, i synnerhet s. 658, CMLR 1990, 375.

¹⁰ — Se beslut meddelat av House of Lords i mål M mot Home Office, AC, 19941, 377.

Gemenskapsrättens företrädare

24. Enligt min uppfattning följer det inte av det förhållande att gemenskapsrätten har företrädare att en nationell domstol under alla omständigheter måste åsidosätta rättegångsregler mot vilka det strider att en fråga inom gemenskapsrätten framförs under ett visst skede under förfarandet. Vad som i första hand följer av gemenskapsrättens företrädare är en allmän regel av vilken framgår att då en nationell domstol står inför en konflikt mellan en materiell bestämmelse i nationell lagstiftning och en materiell bestämmelse inom gemenskapsrätten skall den gemenskapsrättsliga bestämmelsen ha företräde. Det är enkelt att förstå att utan en sådan generell regel skulle gemenskapsrätten vara utan verkan.

25. Att gemenskapsrätten har företrädare innebär inte vad gäller rättegångsregler att de under alla omständigheter skall åsidosättas så att gemenskapsrätten kan komma att tillämpas under alla stadier under förfarandet. Såsom det framgår av domstolens rättspraxis är det tillräckligt att de nationella rättegångsreglerna ger enskilda en faktisk möjlighet att göra gällande sina rättigheter.

26. Det är riktigt att det allmänna intresset av att gemenskapsrätten tillämpas på ett korrekt sätt, liksom parternas intressen, måste beaktas. Av den uppfattning som domstolen

kontinuerligt har bekräftat under åren framgår emellertid att vad som är tillräckligt för att tillgodose det allmänna intresset i detta avseende motsvarar exakt de väl grundlagda principer till vilka redan har hänvisats, nämligen principen om att nationella domstolar skall säkerställa att de rättigheter som tilldelas genom gemenskapsrätten iaktas då de åberopas under förfaranden vid nationella domstolar i enlighet med nationella rättegångsregler och principen att de nationella reglerna endast måste åsidosättas då deras tillämpning leder till att det blir omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande dessa rättigheter. För övrigt kan det tilläggas att gemenskapernas intressen även kan tillvaratas av kommissionen, vare sig det sker genom att säkerställa att konkurrensreglerna iaktas, vilka åberopas i de förevarande målen, eller mer allmänt genom att den försäkras sig om att medlemsstaterna iakttar sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, om nödvändigt med stöd av artikel 169 i fördraget.

27. Om uppfattningen att nationella rättegångsregler alltid skall åsidosättas till förmån för gemenskapsrätten skulle accepteras som gällande, skulle detta vidare, såsom kommer att visas nedan, otillbörligen kullkasta de fastställda principer som ligger till grund för medlemsstaternas rättssystem. Det skulle vara att sträcka sig längre än vad som är nödvändigt för att säkerställa ett effektivt rättskydd. Det skulle kunna anses som ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen och i vidare mening som ett åsidosättande av subsidiaritetsprincipen, som på ett exakt sätt återspeglar den balans som domstolen under

många år har försökt uppnå inom detta område. Detta skulle även leda till omfattande missförhållanden, eftersom det skulle resultera i ett mer omfattande skydd för rättigheter vilka inte på grund av att de är gemenskapsrättsliga till sin natur är av större vikt än de rättigheter som tilldelas genom nationell lagstiftning. Det kan exempelvis knappast hävdas att den rätt van Schijndels och van Veens förmodas ha enligt gemenskapsrätten att fritt välja försäkringssystem är av större betydelse och kräver ett mer omfattande skydd än exempelvis en sökandes rätt att erhålla skadestånd för personskada.

28. Att medge detta är inte detsamma som att underskatta vikten av att de nationella domstolarna tillämpar gemenskapsrätten eller deras skyldighet enligt artikel 5 i fördraget att ge gemenskapsrättsliga bestämmelser fullständig verkan och att säkerställa att de rättigheter som tilldelas enskilda genom gemenskapsrätten iaktas. Som jag föreslog i mitt förslag till avgörande i målet BP Super-gas¹¹, skall nationella domstolar på ett extensivt sätt tolka kravet att anspråk med stöd av gemenskapsrätten skall behandlas på samma sätt som anspråk grundade på nationell lagstiftning. Vidare ingriper domstolen för att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas då särskilda nationella bestämmelser hindrar att gemenskapsrättsliga bestämmelser tillämpas (se, förutom domarna i målen Simmenthal

och Factortame, domarna i målen Johnston¹², Emmott¹³ och Marshall II¹⁴).

29. Det system som har upprättats genom fördragen är emellertid baserat på förutsättningen att nationella domstolar i enlighet med nationella rättegångsregler genom nationella rättsmedel kan uppfylla behovet av effektivitet och ett korrekt rättsskydd. I domen i målet Rewe¹⁵ fastställde domstolen exempelvis att:

”även om det enligt fördraget är möjligt för enskilda att när så är nödvändigt i ett antal fall direkt väcka talan vid domstolen, var inte avsikten att skapa nya rättsmedel som de nationella domstolarna skulle tillämpa utöver de som redan finns enligt nationell lagstiftning för att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas. Å andra sidan innebär det system för rättsskydd som upprättades genom fördraget, i synnerhet såsom det kommer till uttryck i artikel 177, att varje typ av talan i enlighet med nationell rätt skall kunna användas för att säkerställa att gemenskapsrättsliga bestämmelser med direkt effekt iaktas, under samma villkor avseende möjlighet att pröva talan i sak och förfarande som gäller då det är fråga om att säkerställa att nationell lagstiftning iaktas.”

12 — Dom av den 15 maj 1986 (222/84, Rec. s. 1651).

13 — Nämd ovan i fotnot 2.

14 — Dom av den 2 augusti 1993 (C-271/91, Rec. s. I-4367).

15 — Dom av den 7 juli 1981, (158/80, Rec. s. 1805).

11 — Dom av den 6 juli 1995, förslag till avgörande av den 9 mars 1995 (C-62/93, REG s. I-1888).

30. Den underliggande förutsättningen är att rättsstaterna skall utforma de nationella rättssystemen på ett sådant sätt att en korrekt tillämpning av lagstiftningen och ett korrekt rättsskydd för de enskilda säkerställs. Följaktligen behöver domstolen endast undantagsvis ingripa för att säkerställa att gemenskapsrätten tillämpas.

Gemenskapsrättens effektivitet

31. Detta leder fram till det andra argument som framfördes av Spaniens regering, vilket bygger på behovet av att garantera gemenskapsrättens effektivitet. Det skall först och främst påpekas att en korrekt tillämpning av lagstiftningen inte nödvändigtvis innebär att dess tillämpning inte kan begränsas. Behovet av en tillämpning fullt ut kan behöva balanseras med andra överväganden såsom rättssäkerhet, god förvaltning och ett korrekt förfarande vid domstolarna. Vanligtvis omfattar rättssystemen olika inskränkningar som i avsaknad av en rimlig grad av omsorg från sökandens sida leder till att dennes talan helt eller delvis avslås. Dessa inskränkningar omfattar tidsfrister inom vilka administrativa och rättsliga förfaranden kan inledas och inom vilka åtgärder avseende dessa förfaranden skall ha företagits, begränsningar avseende retroaktiva anspråk, bestämmelser vilka begränsar möjligheten att framställa nya yrkanden och begränsningar avseende de grunder som kan åberopas vid överklagande och avseende frågor som domstolarna kan ta upp ex officio.

32. Det kan i samband med ett förfarande vid domstolen förekomma att en oförsiktig sökande märker att dennes talan eller överklagande har ingivits för sent eller att denne är förhindrad att framställa vissa anspråk eller att framföra vissa grunder som skulle ha varit av relevans för fallet i fråga. Oberoende av de tidsfrister som fastställs i de olika fördragen och stadgorna för anhängiggörande av de olika typerna av förfaranden finns det betydande begränsningar av möjligheten att utsträcka föremålet för talan och framföra nya grunder under senare stadier av förfarandet. Räckvidden av en direkt talan bestäms i princip av den ansökan som inges till domstolen, eller i de fall kommissionen väcker talan med stöd av artikel 169, av kommissionens motiverade yttrande. Sökandena skall för övrigt i ansökan sammanfattningsvis ange de grunder som åberopas, se artikel 38.1 i rättegångsreglerna. I artikel 42.2 i rättegångsreglerna föreskrivs att "Nya grunder får inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet". Det är endast under mycket speciella omständigheter som domstolen tar upp en fråga ex officio.

33. Frågan i vilken omfattning en nationell domstol kan ta upp en rättsfråga som inte har åberopats av parterna är beroende av vilken typ av förfarande som målet avser. Det kan tyckas att det ligger nära till hands att hävda att det föreligger en grundläggande skillnad mellan två fundamentalt olika typer av förfaranden i medlemsstaterna; i grova drag en skillnad mellan å ena sidan de kontinentala systemen och å andra sidan de engelska, irländska och skotska systemen. Enligt

denna uppdelning förväntas de domstolar som verkar inom de kontinental systemen känna till rätten ("jura novit curia" eller "curia novit legem"), de skall tillämpa vederbörliga rättsregler på de faktiska omständigheterna såsom de framställs till domstolen av parterna ("da mihi factum, dabo tibi jus") och om så skulle vara nödvändigt genomför domstolen i detta syfte en egen rättsutredning. Domstolarna har i de engelska, irländska och skotska systemen å andra sidan en mindre aktiv eller till och med passiv roll, förfarandet är vanligtvis baserat på förutsättningen att domstolen inte har någon oberoende kunskap om lagstiftningen, att den är beroende av de grunder som framförs av parternas rådgivare och att dess funktion i huvudsak är att döma utslutande på grundval av deras grunder. Enligt en bedömare "är kanske det mest uppteendeväckande särdraget vad avser förfarandet inom engelsk rätt att regeln 'curia novit legem' aldrig har varit och inte är en del av engelsk rätt"¹⁶.

tillmätas någon betydelse. Motsättningen ger, såsom den har beskrivits ovan, intrycket av att domstolar som verkar inom det kontinental systemet kan, eller till och med måste, ex officio ta upp en rättsfråga som parterna inte har åberopat, medan domstolarna inom common law-systemet inte gör detta. Verkligheten är en annan. Medan de domstolar som verkar inom det förra systemet kan ta upp en ny rättsfråga skall de inte gå utanför ramarna för tvisten som bestäms av parternas yrkanden, vilka kvarstår som "tvistens herrar" (dominus litis). De kan inte heller allmänt sett ta upp en ny fråga som rör nya faktiska omständigheter. Detta är just vad som gäller för nederländska tvistemål såsom Hoge Raad har förklarat i besluten om hänskjutande¹⁷ och detta synes vara fallet i många andra system. För övrigt gäller i många system att om domstolen tar upp en ny fråga, lämnar den eller skall den lämna parterna tillfälle att yttra sig över frågan, såsom också en engelsk domstol gör. En engelsk domstol är å sin sida inte på något sätt förhindrad att ta upp en rättsfråga som parterna inte har åberopat. Faktiskt skulle en ingående komparativ studie av en engelsk domstols och exempelvis en fransk domstols tillvägagångssätt då de ställs inför dessa frågor visa att skillnaderna inte är stora.¹⁸

34. Sådana motsättningar mellan olika typer av rättssystem visar sig ofta efter en mer genomgående undersökning vara överdrivna och den förevarande frågan utgör inte något undantag. Även då det är fråga om tvistemål där motsättningen är som tydligast — den har nästan ingen relevans vad avser förfarandet i brottmål eller administrativa förfaranden för vilka olika principer tillämpas — kan skillnaden mellan de två systemen knappast

35. För övrigt tar en engelsk domstol förstås, liksom varje annan domstol, ex officio upp en fråga som rör ett samhällsintresse.

16 — Mann, "Fusion of the Legal Professions?", *Law Quarterly Review*, 1977, s. 367, s. 369.

17 — Se ovan punkt 11.

18 — Se Jolowicz, "Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law", i *Multum non multa: Festschrift für Kurt Lipstein*, 1980, s. 79.

Under århundraden har av den anledningen tillämpning av rättsstridiga avtal förvägrats i engelsk rätt, såsom det uttrycks i ett nyligen avgjort mål:

”När en akt vid en första anblick framstår som uppenbart rättsstridig kommer domstolen att neka dess tillämpning, oavsett om frågan har framställts och oavsett om någondera parten tar upp frågan — och till och med om frågan uppkommer för första gången under överklagandet. Anledningen till denna bestämmelse är att Queen’s Courts inte skall användas för att tillämpa rättsstridiga avtal, oberoende av vad parterna önskar i detta avseende...”.¹⁹

36. Till och med inom det engelska systemet varierar emellertid den omfattning i vilken en domstol ingriper och tar upp frågor ex officio beroende på sammanhanget; det kan exempelvis vara beroende av typen av förfarande (tvistemåls-, brottmåls- eller förvaltningsförfarande), vid vilken instans det befinner sig (första instans, överklagande med avseende på rättsliga och faktiska omständigheter eller överklagande endast avseende rättsfrågor) och vilken typ av domstol det är fråga om (domstol eller specialdomstol).

37. En jämförande studie av situationen vid domstolarna i medlemsstaterna visar att

ytterligare skillnader mellan deras rättsordningar kan förekomma. Det finns exempelvis inte någon enighet avseende vad som utgör en grund rörande samhällsintresse (moyen d’ordre public). Om samtliga nationella domstolar tvingades att tillämpa gemenskapsrätten ex officio, skulle detta skapa en viss splittring av varierande grad i de olika systemen, även om det inte i något system skulle vara omöjligt att omsätta i praktiken, men antagligen skulle denna splittring vara betydelsefull i varje system. Det skulle även vara svårt att avgöra om en sådan anpassning krävs för gemenskapsrätten i dess helhet eller endast för vissa delar av den, och i så fall för vilka delar det krävs.

38. Slutsatsen bör av både principiella och praktiska skäl därför vara att en nationell domstol skall tillämpa en bestämmelse i gemenskapsrätten ex officio endast då den ex officio skall tillämpa en motsvarande bestämmelse i nationell lagstiftning. Detta kan onekligen leda till en icke enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten men en sådan tillämpning är som vi har sett en konsekvens av skillnaderna mellan de nationella rättssystemen.

39. En närmare granskning av förfarandet för överklagande, särskilt förfarandet vid kassation, ger stöd för denna slutsats. Vanligtvis förekommer begränsningar avseende en klagandes eller motparts rätt att under ett överklagandeförfarande ta upp nya frågor vilka ökar föremålet för förfarandet. Om sådana begränsningar saknades, skulle detta

¹⁹ — Mål Bank of India mot Tran Continental Commodity Merchants Ltd & J. N. Patel, Lloyd’s Reports, 1982, 1, 427, per Bingham J, 429.

undergräva syftet med förfarandet för överklagande och förfarandet skulle förvandlas till en förnyad prövning.

40. Dessa överväganden gäller särskilt för medlemsstaternas kassationsförfaranden, då domstolen i dessa fall vanligtvis skall begränsa sig till att beakta huruvida den lägre instansen har företagit en felaktig rättstillämpning, vilket leder till det inte finns utrymme för varken parterna eller domstolen att ta upp nya rättsfrågor.

41. Möjligheten att ta upp nya grunder som inte tagits upp i lägre instans är ofta mycket begränsad. Medan det står exempelvis den tyska Bundesgerichtshof och den franska Cour de Cassation jämförelsevis fritt att ta upp grunder ex officio är de belgiska, spanska, italienska och nederländska kassationsdomstolarna i princip skyldiga att begränsa sig till att behandla de grunder som framställts av parterna. Med förbehåll för vissa undantag är den belgiska kassationsdomstolen inte ens behörig att ta upp grunder som rör samhällsintresset.

42. I domstolens rättegångsregler föreskriver för övrigt begränsningar; vid överklagande av ett av förstainstansrättens avgöranden kan inte någon av parterna ändra "föremålet för

talán i förstainstansrätten"²⁰. Återigen kan nämnas att domstolen visserligen undantagsvis kan ta upp en fråga av "samhällsintresse" trots att förstainstansrätten inte har gjort detta²¹. Det framstår dock tydligt att detta undantag måste ges en restriktiv tolkning om systemet för överklagande skall fungera på ett riktigt sätt.

43. Vad avser de nederländska bestämmelserna i fråga i förevarande mål anser jag inte att de leder till att det blir orimligt svårt för en sökande att göra gällande de rättigheter som denne har enligt gemenskapernas rättsordning. Ändamålet med bestämmelserna är endast att säkerställa ett korrekt och effektivt förfarande genom att förhindra sökanden från att senare ändra föremålet för talan, såsom det har framställts i den ansökan som har inlämnats till den domstol som prövar talan i sak, och att i överklagandet ta upp nya frågor som går utöver föremålet för talan, vilket skulle kräva ytterligare prövning av de faktiska omständigheterna. Det kan påpekas att med förbehåll för dessa begränsningar ställer de nederländska bestämmelserna inte orimliga krav på parterna. I artikel 48 i de nederländska rättegångsreglerna anges faktiskt att domstolen som prövar talan i sak om så är nödvändigt skall komplettera deras rättsliga grunder ex officio.

44. Då de nederländska bestämmelserna synes erbjuda ett tillräckligt skydd av de

20 — Artikel 113.2 och 116.2.

21 — Lenaerts: "The Development of the Judicial Process in the European Community after the Establishment of the Court of First Instance", i *Collected Courses at the Academy of European Law*, volume I, bok 1, 1990, s. 53—113, s. 109.

rättigheter som garanteras genom gemenskapernas rättsordning är det tillräckligt att de nationella domstolarna tillämpar dessa på samma sätt avseende grunder som anförs med stöd av gemenskapernas lagstiftning som avseende liknande grunder som anförs med stöd av nationell lagstiftning.

ler kan det endast krävas att nationella rättsmedel och rättegångsregler säkerställer ett lämpligt rättsligt skydd²².

Övriga argument

Enhetlig tillämpning av gemenskapernas lagstiftning

45. Den tredje invändningen som har anförts av Spaniens regering är att en sådan inställning skulle leda till att gemenskapernas lagstiftning inte tillämpas på ett enhetligt sätt; i de medlemsstater vars rättegångsregler är mindre restriktiva kan gemenskapernas lagstiftning komma att tillämpas, trots en brist på omsorg från parternas sida. En viss grad av divergens vad avser tillämpningen av gemenskapernas lagstiftning är emellertid oundviklig så länge det inte finns harmoniserade bestämmelser avseende rättsmedel, förfarande och tidsfrister. För att nämna ett uppenbart exempel kan en ovarsam sökandes anspråk preskriberas om denne underlåter att beakta en tidsfrist inom vilken ett överklagande i ett förvaltningsärende skall inges eller inom vilken ett förfarande skall påbörjas; sådana tidsfrister varierar i de olika medlemsstaterna och kan även vara beroende av det särskilda rättsmedlet ifråga. Det kan inte på allvar hävdas att det enligt gemenskapsrätten, i syfte att skapa enhetlighet, krävs att samtliga tidsfrister avseende anspråk som uppkommer med anledning av denna skall åsidosättas. I avsaknad av harmoniserade reg-

46. Jag skall slutligen kommentera ett antal andra argument som har framförts under förfarandet. För det första, som jag påpekade under punkt 44 i mitt förslag till avgörande av den 4 maj 1994 i målet Peterbroeck, är det inte möjligt att åberopa artikel 177 i fördraget till stöd för tesen att en nationell domstol alltid ex officio skall kunna ta upp en fråga avseende gemenskapsrätten som parterna inte har omnämnt. I artikel 177 återfinns endast den bestämmelse med hjälp av vilken en nationell domstol, vid vilken en talan som avser gemenskapsrätten har anhängiggjorts på ett riktigt sätt, kan erhålla ett avgörande från domstolen. Även om det strider mot artikel 177 att tillämpa rättegångsregler som hindrar en nationell domstol att begära ett avgörande under sådana omständigheter, behandlas inte i artikel 177 den inledande frågan under vilka omständigheter en sådan fråga skall upptas vid den nationella domstolen.

47. För det andra skall det påpekas att Hoge Raads första fråga bygger på förutsättningen

22 — Se dom av den 12 juni 1980, Express Dairy Foods (130/79, Rec. s. 1887, punkt 12).

att det förfarande som är anhängigt vid den avser "rättigheter och skyldigheter över vilka parterna förfogar fritt i tvistemål". Sökandena hävdar att detta uttryck indirekt hänvisar till den nederländska definitionen av bestämmelser av samhällsintresse, nämligen de bestämmelser vars tillämpning parterna inte råder över. Sökandena bestrider detta antagande med argumentet att då gemenskapsrättsliga bestämmelser har företräde framför nationell lagstiftning skall de anses som regler av samhällsintresse vilka skall domstolarna skall behandla *ex officio*. Frågan om de skall tillämpas kan inte avgöras av parterna.

48. Av ovan nämnda skäl anser jag inte att det följer av det förhållandet att gemenskapsrätten har företräde framför nationell lagstiftning att alla gemenskapsrättsliga bestämmelser skall ges en särskild ställning vad avser nationella rättegångsregler. Gemenskapernas allmänna intresse att bevara gemenskapernas rättsordning i orubbat tillstånd och att säkerställa ett tillräckligt skydd av enskildas rättigheter såsom de garanteras i gemenskapernas lagstiftning kan tillvaratas på ett lämpligt sätt genom de principer som domstolen redan har utvecklat.

49. Jag utesluter emellertid inte möjligheten att det kan förekomma omständigheter under vilka en nationell domstol skulle vara tvungen att beakta en gemenskapsrättslig bestämmelse som parterna inte har åberopat, även om detta skulle innebära att domstolen går utanför ramarna för tvisten såsom de har angivits av parterna genom deras yrkanden. En nationell domstol kan bli tvungen att underlåta tillämpning av en överenskommelse som är uppenbart rättsstridig enligt artikel 85 i fördraget. Detta skulle exempelvis

kunna inträffa om en part i en överenskommelse om fastställande av priser, vilken uppenbart är i strid med artikel 85 i fördraget, ansöker om skadestånd med anledning av att en annan part har överträtt överenskommelsen och svaranden inte åberopar artikel 85. I detta fall föreligger det inte någon tvekan om att den nationella domstolen kan och skall handla så. Eftersom det med största säkerhet kan antas att inte någon domstol skulle tillämpa en enligt nationell rätt uppenbart rättsstridig överenskommelse, krävs det emellertid inte mer — även om denna rättsstridighet inte har åberopats av parterna — än att ickediskrimineringsprincipen tillämpas för att samma resultat skall uppnås. För det fall det förekommer rättsstridighet i enlighet med artikel 85 och 86 i fördraget föreligger det för övrigt ett alternativ för att tillvarata gemenskapernas intresse i det att kommissionen alltid kan ingripa.

50. I förevarande mål uppkommer inte någon sådan fråga. Om inte någon av parterna hade valt att åberopa gemenskapsrätten skulle det i förevarande mål inte ha förelegat något dominerande allmänt gemenskapsintresse som oberoende av vad parterna önskar kräver att den nationella domstolen skall ta upp komplexa frågor avseende konkurrensbestämmelser i gemenskapsrätten. Det enda gemenskapsrättsliga intresse som föreligger i förevarande mål är det som avser ett lämpligt rättsskydd, vilket enligt min mening är tillvaratat.

51. Slutligen skiljer sig de förevarande målen klart från målet *Duijnste*²³. I detta mål

23 — Dom av den 15 november 1983 (288/82, Rec. s. 3663).

fastställde domstolen då den besvarade en fråga som framställdes av Hoge Raad att det enligt artikel 19 i Brysselkonventionen²⁴ krävs att en nationell kassationsdomstol ex officio skall förklara sig obehörig då den kommer fram till att en domstol i en annan konventionsstat enligt artikel 16 i konventionen har exklusiv behörighet, oaktat nationella rättegångsregler som begränsar domstolens prövning till de grunder som parterna har åberopat. Avsikten är som domstolen emellertid fastställde²⁵ att konventionen — genom vilken behörigheten för domstolarna i konventionsstaterna att döma i tvistemål avgörs — skall ha företräde framför nationella bestämmelser som är oförenliga med den. I artikel 19 i konventionen föreskrivs en särskild skyldighet för de nationella domstolarna att under vissa omständigheter ex officio ta upp frågan om deras behörighet. En nationell bestämmelse som hindrar en domstol att göra detta strider därför mot vad som uttryckligen anges i konventionen.

52. Följaktligen är svaret på den nationella domstolens första och andra fråga att avseende förfaranden såsom de som är anhängiga vid de nationella domstolarna i de ifrågakörande målen, är det enligt gemenskapernas lagstiftning varken möjligt eller ett krav att en nationell domstol skall åsidosätta nationella rättegångsregler, vilka är tillämpliga utan åtskillnad avseende yrkanden grundade på nationell lagstiftning eller gemenskapernas lagstiftning, vilket hindrar den nationella domstolen att tillämpa gemenskapsrättsliga

24 — "Om talan som väcks vid en domstol i en konventionsstat gäller en tvist som domstol i en annan konventionsstat är exklusivt behörig att pröva enligt artikel 16, skall domstolen självständigt förklara sig obehörig."

25 — Se i synnerhet punkt 14 i domen.

bestämmelser som parterna inte har åberopat där detta skulle tvinga den nationella domstolen att gå utanför ramarna för tvisten eller ta upp frågor avseende faktiska omständigheter som parterna inte har framställt. Då den tredje frågan har ställts endast för det fall att den andra frågan besvaras bekräftande, krävs det inte att den besvaras.

Sakfrågorna

53. Hoge Raad syftar med den fjärde, den femte och den sjätte frågan till att klarlägga om fysioterapeuternas system och i synnerhet bestämmelserna om obligatorisk anslutning är förenligt med konkurrensbestämmelserna i fördraget. Då dessa frågor inte uppkom under förfarandena vid Kantonrechter, gjorde den senare inte någon sakprövning i detta avseende. Hoge Raad hänvisar i sin begäran om förhandsavgörande endast till ändamålet med pensionslagen och till vad som skulle bli konsekvensen av ett obligatoriskt system (se punkterna 2 och 3 ovan).

54. Domstolen har konsekvent hävdats att:²⁶

"För att uppnå en tolkning av gemenskapsrätten som är ändamålsenlig för den natio-

26 — Beslut av den 9 augusti 1994, La Pyramide (C-378/93, Rec. s. I-3999, punkt 14). Se även dom av den 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo m. fl. (C-320/90, C-321/90 och C-322/90, Rec. s. I-393).

nella domstolen är den nationella domstolen tvungen att definiera de faktiska och rättsliga förhållanden som ligger till grund för de frågor som framförs, eller åtminstone förklara de faktiska omständigheter på vilka frågorna är baserade”.

Detta är viktigt, i synnerhet vad avser ett sådant område som det konkurrensrättsliga, vilket karakteriseras av att de rättsliga och faktiska omständigheterna är komplexa²⁷. Det är förstas just därför att konkurrensfrågorna inte har framställts vid de nationella domstolarna som Hoge Raad i sin begäran om förhandsavgörande inte till fullo kunde beskriva den faktiska och rättsliga bakgrunden till denna del av målet.

55. Om Hoge Raad i motsats till min uppfattning är tvungen att pröva konkurrensfrågorna, skall domstolen enligt min mening inte avgöra dessa frågor förrän efter det att den faktiska och rättsliga bakgrunden till tvisten ytterligare har förtydligats. I detta förslag till avgörande skall jag begränsa mig till avge en preliminär ståndpunkt avseende den nationella domstolens fjärde fråga mot bakgrund av informationen rörande fonden som återfinns i det skriftliga yttrandet. Genom denna fråga önskar Hoge Raad få klarlagt om ett yrkespensionssystem upprättat i enlighet med pensionslagen, enligt vilket

anslutning är obligatorisk för alla eller för en eller flera bestämda grupper av yrkesutövare, utgör ett företag i enlighet med artikel 85, 86 eller 90 i EG-fördraget. Det förefaller mig som om denna fråga borde besvaras nekande.

56. Sökandena hänvisar till domen i målet Höfner och Elser²⁸ till stöd för en extensiv tolkning av begreppet företag, vilket på så vis skulle omfatta fonden. I detta mål fastställde domstolen att en offentlig institution som utövar arbetsförmedlande verksamhet skall betraktas som ett företag i enlighet med artikel 85 och 86 i fördraget. Domstolen fastställde att²⁹:

”Det skall, vad avser konkurrensrätt, för det första konstateras att begreppet företag omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oberoende av enhetens rättsliga ställning och hur dess verksamhet finansieras, och för det andra att arbetsförmedling är en ekonomisk verksamhet.

Det förhållandet att arbetsförmedling vanligtvis anförtros offentliga institutioner kan inte påverka verksamhetens ekonomiska art. Arbetsförmedling har inte alltid utövats, och behöver inte utövas, av offentliga institutio-

27 — I fotnot 26 nämnda dom Telemarsicabruzzo m. fl., punkt 7.

28 — Dom av den 23 april 1991 (C-41/90, Rec. s. I-1979).

29 — Punkt 21 och 22.

ner. Denna slutsats gäller i synnerhet för förmedling av företagsledartjänster”.

kommissionens ändrade förslag av den 26 maj 1993³¹, fastställs att det krävs ytterligare arbete vad avser frågan om anslutning till pensionsfonder över gränserna, för att ytterligare ta hänsyn till de olika typerna av institutioner och för att inte förekomsten av institutioner med obligatoriskt medlemskap skall ifrågasättas³².

57. Situationen avseende system för social trygghet är emellertid mer komplex. Pensionssystemen kan anta olika former, alltifrån statliga system för social trygghet i den ena änden av skalan till privata system förvaltade av privata försäkringsbolag i den andra. Även om det föreligger en möjlighet till konkurrens till och med mellan dessa system (vilket bekräftas av att i Förenade kungariket kan privata pensionsavtal till viss del ersätta det statliga systemet för social trygghet) förefaller det vara klart att de gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelserna inte var avsedda att tillämpas på statliga system för social trygghet. Svårigheten består i att klassificera en mellanliggande kategori av system såsom den ifråga i detta förfarande. Kommissionen har i samband med de åtgärder som den har vidtagit på pensionsområdet konstaterat att det förekommer många olika system och även att det är nödvändigt att respektera medlemsstaternas val av pensionssystem när de fullföljer de tre mål som kommissionen har uppställt vad avser förvaltning av pensionsfonder över gränserna, undanröjande av restriktioner gällande investering av pensionsfondernas tillgångar och anslutning till systemen över gränserna³⁰. Det kan i synnerhet påpekas att det i ingressen till

58. Domstolen har redan i domen i målet Poucet och Pistre³³ haft tillfälle att pröva omfattningen av konkurrensbestämmelserna i fördraget med avseende på vissa system som hör till den mellanliggande kategorin. I detta mål fastställde domstolen att begreppet ”företag” i artiklarna 85 och 86 i fördraget inte omfattar institutioner som förvaltar sjuk-och moderskapsförsäkringssystem för egenföretagare vilka är verksamma inom andra områden än jordbruksområdet och pensionssystemet för hantverkare. Systemen hade endast till syfte att skapa social trygghet, var inte vinstgivande och var grundade på principen om solidaritet. Syftet med systemen var att ge försäkringskydd åt samtliga personer som omfattades av dessa, oavsett dessa personers förmögenhet eller hälsotillstånd vid tidpunkten för deras anslutning.

59. Principen om solidaritet kom till uttryck vad avser sjuk-och moderskapsförsäkring

30 — Se kommissionens arbetsdokument av den 23 oktober 1990 om upprättande av den inre marknaden inom området för privata pensioner, bifogat till kommissionens yttrande i mål C-244/94. Se även förslag av den 21 oktober 1991 angående rådets direktiv om fri förvaltning och investering av fonder som upprättats av pensionsinstitut (91/C 312/04, EGT nr C 312, 1991, s. 3) ändrat den 26 maj 1993 (93/C 171/11, EGT nr C 171, s. 13).

31 — Nämnad i fotnot 30.

32 — Se det sista övervägandet.

33 — Dom av den 17 februari 1993 (C-159/91 och C-160/91, Rec. s. I-637).

genom en återfördelning av inkomst på så sätt att medlemmarna erlade premier i förhållande till inkomst av tjänst (personer som erhöll invaliditetspensioner och pensionärer undantogs från skyldighet att erlägga avgift) men erhöll identiska förmåner. Vad avser pensionsystemet kom solidaritetsprincipen till uttryck genom att de pensionerade medlemmarnas pensioner finansierades genom avgifter betalade av verksamma medlemmar och genom att pensionerna inte utbetalades i förhållande till de avgifter som erlagts. Det förelåg även en viss grad av solidaritet mellan olika system. Dessa system var med nödvändighet grundade på obligatorisk anslutning, vilket var oundgängligt för systemens ekonomiska balans.

60. Systemens förvaltning var föremål för statliga myndigheternas kontroll. Fonderna kunde inte påverka varken avgifternas eller förmånernas omfattning.

61. Domstolen fastställde att förvaltningen av systemen fyllde en funktion som endast omfattade social trygghet och att den inte utgjorde någon ekonomisk verksamhet. Följaktligen omfattades inte fonderna av begreppet "företag" såsom det definierats i domen i målet Höfner och Elser³⁴.

62. Det förefaller mig som om, även om pensionsfonden i fråga i detta fall i vissa avseenden skiljer sig från vad som var för handen i målen Poucet och Pistre, den faktiskt besitter de väsentliga egenskaper som fick domstolen att komma fram till sin slutsats i dessa mål. Fonden fyller obestriddligen en funktion som endast omfattar social trygghet. Den upprättades av yrkesgruppen fysioterapeuter och obligatorisk anslutning infördes, efter begäran av denna yrkesgrupp, genom ett ministerdekret som antogs med stöd av pensionslagen. Såsom redan har påpekats är ändamålet med denna lag att säkerställa att pensionsinkomsterna återspeglar ökningen av den allmänna inkomstnivån, att möjliggöra att yngre kolleger bidrar till att bära de ökande kostnaderna som uppkommer vid utbetalning av pensioner till äldre kolleger och att tilldela pensionsrätt för de år som föregick den tidpunkt då systemet trädde ikraft. Fonden är inte vinstgivande. Styrelsen, som inte erhåller något vederlag utan endast ersättning för utgifter (artikel 7 i fondens stadgar), består uteslutande av medlemmar i fonden (artikel 5 i fondens stadgar).

63. Vidare framgår det av fondens skriftliga yttranden att det system som den förvaltar omfattar en väsentlig grad av solidaritet mellan medlemmar som går utöver vad som normalt sett kan förväntas vid privata avtal. I princip uppbärs en standardvagn och utbetalas en standardversion. Detta är fallet oberoende av vid vilken ålder en enskild medlem började utöva yrket och oberoende av medlemmens hälsotillstånd då denne blev ansluten, vidare beviljas pensionsrätt retroaktivt för de medlemmar som redan utövade yrket då systemet trädde ikraft. Det kan påpekas

34 — Nämnd ovan i fotnot 28.

som extra information att försäkringsskyddet fortsätter att gälla även om avgifter inte erläggs till följd av arbetsoförmåga.

64. Mot bakgrund av det föregående tycks det mig som om fonden snarare liknar en institution för social trygghet än en privat försäkringsgivare, och att systemet är mer besläktat med ett system för social trygghet än med privata pensionsavtal — även de som organiseras på kollektiv basis. Medlemmarna i systemet bidrar till en gemensam fond snarare än att de erhåller en privat tjänst. Enligt min åsikt agerar följaktligen inte fonden i förhållande till dess medlemmar som ett företag utan som en institution för social trygghet till vilken medlemmarna inom yrket har givit ansvaret att förvalta deras pensioner.

65. Detta är fallet oaktat det förhållandet att systemet förfogar över fonder, så att pensionerna finansieras med dessa reserver istället för genom löpande avgifter. Fonden har på ett övertygande sätt hävdad att ett upprätstående av väsentliga reserver är nödvändigt för att ett system som inte finansieras genom statsbudgeten skall kunna bibehålla pensionernas reella värde under perioder då det råder hög inflation. Det förhållandet att pensionsfonder är stora investerare på kapitalmarknaden förklarar visserligen kommissionens åtgärder vad avser förvaltning av pensionsfonder över gränserna och investeringar utförda av dessa, men det är inte en avgörande omständighet vid bedömningen av om en fond i förhållande till sina medlemmar agerar som ett företag med avseende på konkurrensrätten.

Förslag till avgörande

66. Jag är följaktligen av den åsikten att domstolen skall besvara den första och den andra fråga som Hoge Raad har ställt enligt följande, medan de övriga frågorna inte kräver något svar.

I förfaranden som de som är anhängiga vid de nationella domstolarna i förevarande mål varken kräver eller tillåter gemenskapsrätten att en nationell domstol åsidosätter nationella rättegångsregler, vilka är tillämpliga utan åtskillnad avseende anspråk som är grundade på nationell rätt och gemenskapsrätt, vilket skulle hindra den nationella domstolen att tillämpa gemenskapsrättsliga bestämmelser som parterna inte har åberopat då detta skulle kräva att den nationella domstolen går utanför ramarna för tvisten eller att ta upp frågor avseende faktiska omständigheter som parterna inte har framställt.