FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 14 april 2011 [1]

I — Inledning

1. Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG, nu artikel 63 FEUF [2], genom att bibehålla artiklarna 143, 136.3 och 136a.2 i lagen av den 28 augusti 1997 om pensionsfondernas organisation och verksamhet [3], i dess ändrade lydelse (nedan kallad pensionsfondslagen), vilka begränsar möjligheten för pensionsfonder som ingår i ett nationellt fonderat system med obligatorisk anslutning (så kallade öppna pensionsfonder) att investera i utlandet.

2. Enligt den lagstiftning som kommissionen ifrågasatt är den övre gränsen för de polska öppna pensionsfondernas investeringar i utlandet 5 procent av pensionsfondernas tillgångar [4].

3. Republiken Polen har i första hand hävdat att artikel 56 EG inte är tillämplig. Den anser bland annat att de aktuella pensionsfonderna är offentligrättsliga organ som kan likställas med den polska staten och att alla rättsregler som begränsar möjligheten för dessa organ att företa investeringar därför faller utanför tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital.

4. För det fall domstolen skulle finna att den aktuella lagstiftningen utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital har Republiken Polen hävdat att denna lagstiftning i vart fall ska anses vara motiverad.

1 — Originalspråk: franska.

2 — Eftersom det motiverade yttrandet från kommissionen till Republiken Polen är daterat den 23 september 2008 kommer hänvisningarna till bestämmelserna i EG-fördraget att följa den numrering som gällde innan Lissabonfördraget trädde i kraft.

3 — Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. 2004, nr 159, position 1667).

4 — Enligt de upplysningar som lämnats av Republiken Polen den 31 december 2008 har de öppna pensionsfonderna investerat mellan 0 procent och 4,5 procent av sina tillgångar i utlandet. Fem av pensionsfonderna har inte företagit några utlandsinvesteringar. Fondernas sammanlagda kapital beräknas uppgå till 147 miljarder PLN, vilket motsvarar cirka 35 miljarder euro (upplysningar som lämnats av kommissionen och som hämtats från de faktauppgifter som, per den 29 maj 2009, offentliggjorts på webbsidan tillhörande den polska kommissionen för finansiell kontroll (http://www.knf.gov.pl)). Enligt min mening framgår det av dessa sifferuppgifter att de öppna pensionsfondernas investeringar är av stor betydelse för likviditeten på kapitalmarknaden samt för företagsfinansieringen och finansieringen av de offentligrättsliga rättssubjekten i Polen.

5. För att avgöra denna tvist ska det först prövas huruvida artikel 56 EG är tillämplig på den aktuella lagstiftningen. Om så är fallet ska det därefter prövas huruvida lagstiftningen utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital, och om denna restriktion i så fall kan anses vara motiverad enligt bestämmelserna i fördraget eller av sådana tvingande skäl av allmänintresse som har utvecklats i domstolens rättspraxis.

II — Tillämpliga nationella bestämmelser

A — *Pensionssystemet*

6. Det i Polen gällande pensionssystemet består av tre pelare och kan sammanfattas i följande översiktstabell [5].

Pelare	Första pelaren Obligatoriskt system baserat på fördelningsprincipen	Andra pelaren Obligatoriskt system baserat på fonderingsprincipen	Tredje pelaren Frivilligt system
Lagstiftning	Lagen av den 13 oktober 1998 om det sociala trygghetssystemet [6]	Pensionsfondslagen	Lagen av den 20 april 2004 om privat pensionssparande [7]
Institutioner	Institutionen för social trygghet (Zakład Ubezpieczeń Społecznych) (nedan kallad ZUS)	Fjorton förvaltningsbolag (Powszechne Towarzystwa Emerytalne) (nedan kallade PTE)	Frivilligt kompletterande sparande
Fonder	Socialförsäkringsfonden (Fundusz Ubezpieczeń Społecznych) (nedan kallad FUS)	Fjorton öppna pensionsfonder (Otwarte Fundusze Emerytalne) (nedan kallade OFE)	

5 — Det pensionssystem som gällde vid utgången av den frist som kommissionen fastställde i sitt motiverade yttrande av den 23 september 2008. Det ska noteras att den polska regeringen inledde ett förfarande för offentligt samråd i januari 2011 i syfte att ändra systemet (se skriften ”Analizy” nr 2(46) av den 2 februari 2011, som har upprättats av det polska parlamentets forskningsbyrå och finns tillgänglig på webbsidan http://www.bas.sejm.gov.pl).

6 — Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. 2007, nr 11, position 74).

7 — Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych (Dz. U. nr 116, position 1205).

B — *Pensionsfondslagen*

7. I led 2 i artikel 3.1 i lagen av den 13 oktober 1998 om det sociala trygghetssystemet definieras de öppna pensionsfonderna enligt bestämmelserna i pensionsfondslagen.

8. Enligt artikel 2 i pensionsfondslagen är en pensionsfonds verksamhetsmål att ackumulera och placera finansiella medel för att kunna överföra dessa medel till sina medlemmar då dessa når pensionsåldern.

9. Enligt artikel 3 i denna lag är en öppen pensionsfond en juridisk person som har formen av en stiftelse, vars tillgångar är särskiljda från det bolag som etablerat pensionsfonden, som förvaltar den och som har ensamrätt att företräda den i dess relationer med utomstående (nedan kallat förvaltningsbolaget). Ett sådant förvaltningsbolag kan endast driva sin verksamhet i aktiebolagsform (artikel 27 i lagen) och mot ersättning (artikel 29 i lagen). Ett förvaltningsbolag kan inte förvalta mer än en öppen pensionsfond.

10. Eftersom medlemmarna i pensionssystemet fritt kan välja öppna pensionsfonder inbetalar ZUS upp till en tredjedel av de pensionsinbetalningar som hänför sig till medlemmen i fråga till den aktuella pensionsfonden.

11. Enligt artikel 180 i pensionsfondslagen gäller under vissa villkor statsgaranti för täckning av underskott i de öppna pensionsfonderna.

12. I artiklarna 134–137 i pensionsfondslagen definieras det sätt på vilket de öppna pensionsfonderna finansieras. Enligt dessa regler kan pensionsfonderna betinga sig vederlag genom att dra av en procentandel av pensionsinbetalningarna. Detta avdrag sker innan premieinbetalningarna konverteras till pensionspoäng och får inte överstiga 3,5 procent av dessa. Pensionsfonderna får även fakturera sina omkostnader till förvaltningsbolaget för förvaltning av fonden. Dessa omkostnader beräknas utifrån värdet av tillgångarna och får inte överstiga de gränser som fastställts i artikel 136.2 a i lagen.

13. När det gäller fastställandet av värdet på tillgångarna, vilket nämnda omkostnader baseras på, föreskrivs i artikel 136.3 i pensionsfondslagen följande:

”Vid fastställandet av fondens nettotillgångar enligt punkt 2 och punkt 2 a beaktas varken värdet av de placeringar som avses i led 8 i artikel 141.1 eller värdet av placeringar i andelar som utställts av sådana företag för kollektiva investeringar med säte i utlandet som avses i artikel 143.1.”

14. I artikel 136 a i pensionsfondslagen föreskrivs följande:

”1. De kostnader som är förbundna med bevarandet av tillgångarna och genomförande och reglering av förvärv eller avyttrande av fondens tillgångar – vilka motsvarar de avgifter som ska betalas till de clearingorganisationer som fonden är skyldig att använda för förmedling enligt särskilda bestämmelser och utgör en del av mottagarens vederlag – dras av från fondens tillgångar enligt vad som anges i den aktuella clearingorganisationens gällande tabell över provisioner och omkostnader.

2. Kostnader enligt punkt 1 som motsvarar avgifter som ska betalas till utländska clearingorganisationer dras av från fondens tillgångar upp till ett belopp som motsvarar vad som ska betalas till de inhemska clearingorganisationer som avses i punkt 1.”

15. I artiklarna 139–156 i pensionsfondslagen behandlas de öppna pensionsfondernas investeringsverksamhet.

16. I artikel 139 i denna lag föreskrivs att fonderna ska investera sina tillgångar i enlighet med bestämmelserna i lagen, varvid fonden i sin placeringsverksamhet ska sträva efter att optimera såväl tryggheten som avkastningen.

17. Artikel 141.1 i pensionsfondslagen har följande lydelse:

”1. Fondens tillgångar kan, med förbehåll för vad som anges i artikel 146, endast placeras i följande kategorier av instrument:

1) obligationer, statsskuldväxlar och andra värdepapper som har utställts av den polska staten eller nationalbanken, liksom lån och krediter till dessa organ,

2) obligationer och andra fordringsbevis som grundar sig på kontantprestationer för vilka garanti utställts av den polska staten eller nationalbanken eller som är kopplade till dessa organ, liksom depositioner, krediter eller lån för vilka garanti utställts av dessa organ eller som är kopplade till dessa organ,

3) banktillgodohavanden och av banker utställda värdepapper i polsk valuta,

3a) banktillgodohavanden och av banker utställda värdepapper i en valuta som gäller i en stat som är medlem av OECD eller en annan stat med vilken Republiken Polen har ingått avtal om ömsesidigt främjande av och skydd för investeringar, förutsatt att dessa valutor endast förvärvas i syfte att användas för betalning av fondens löpande fordringar,

4) aktier i bolag som är noterade på en reglerad börsmarknad, liksom teckningsoptioner, aktieoptioner och konvertibla skuldebrev i bolag som är noterade på en reglerad börsmarknad,

5) aktier i bolag som är noterade på en reglerad OTC-marknad eller papperslösa aktier enligt bestämmelserna i lagen av den 29 juli 2005 om omsättning av finansiella instrument, aktier som inte kan handlas på en reglerad marknad, liksom teckningsoptioner, aktieoptioner och konvertibla skuldebrev som är utställda av bolag som är noterade på en reglerad OTC-marknad eller som är papperslösa, men inte noterade på en reglerad marknad,

6) andelar i inhemska investeringsfonder,

7) investeringscertifikat som har utställts av slutna investeringsfonder,

8) andelar som överlåtits av öppna investeringsfonder eller specialiserade öppna investeringsfonder,

9) obligationer och andra fordringsbevis som har utställts av lokala och regionala myndigheter, grupper av lokala och regionala myndigheter eller staden Warszawa och som är papperslösa enligt bestämmelserna i den lag som avses i 5) ovan,

10) instrument som inte utgör obligationer och andra papperslösa fordringsbevis, vilka har utställts av lokala och regionala myndigheter, grupper av lokala och regionala myndigheter eller staden Warszawa,

10a) vinstandelsobligationer som avses i lagen av den 29 juni 1995 om obligationer (Dz. U. 2001, nr 120, position 1300, Dz. U. 2002, nr 216, position 1824 och Dz. U. 2003, nr 217, position 2124),

11) papperslösa obligationer enligt bestämmelserna i den lag som avses i 5) ovan som har utställts av andra organ än lokala och regionala myndigheter, grupper av lokala och regionala myndigheter eller staden Warszawa och som omfattas av en garanti upp till sitt fulla nominella värde jämte eventuell ränta,

12) instrument som inte utgör papperslösa obligationer eller andra fordringsbevis som har utställts av andra organ än lokala och regionala myndigheter, grupper av lokala och regionala myndigheter eller staden Warszawa, och som är garanterade upp till sitt fulla nominella värde jämte eventuell ränta,

13) obligationer och andra fordringsbevis som har utställts av offentliga företag och som inte utgör sådana värdepapper som avses i 11) och 12) ovan,

13a) obligationer och andra fordringsbevis som är papperslösa i enlighet med den lag som avses i 5) ovan och som inte utgör sådana obligationer eller fordringsbevis som avses i 9) och 11) ovan,

13b) hypoteksbrev,

13c) insättningsbevis i den mening som avses i lagen av den 29 juli 2005 om omsättning av finansiella instrument som kan handlas på en reglerad marknad i Polen.

…”

18. I artikel 143 i pensionsfondslagen definieras vidare de kategorier av utländska instrument i vilka de öppna pensionsfonderna kan investera sina tillgångar. Den har följande lydelse:

”1. Med stöd av ett allmänt tillstånd som meddelats genom beslut av den minister som har ansvaret för de finansiella institutionerna kan en öppen pensionsfonds tillgångar, på de villkor som anges i tillståndet, investera sina tillgångar i utlandet. Sådan investering kan avse värdepapper som utställts av bolag som är noterade på huvudbörserna i de stater som är medlemmar i OECD eller i andra stater som närmare anges i tillståndet. Den kan även omfatta statsobligationer eller värdepapper som utställts av centralbankerna i nämnda stater och andelar som utställts av företag för kollektiva investeringar med säte i dessa stater, förutsatt att företagen utbjuder dessa andelar till den stora allmänheten och återtar dem på begäran av investeraren.

2. Det sammanlagda värdet av placeringar som företas av

(1) en öppen pensionsfond i sådana instrument som omfattas av de kategorier som avses i punkt 1 får inte överskrida 5 procent av värdet på fondens tillgångar.

…”

C — *Kungörelsen av den 23 december 2003*

19. Pensionsfondslagen kompletteras av artikel 1 i finansministerns kungörelse av den 23 december 2003 om allmänt tillstånd för pensionsfonders placeringar utanför de nationella gränserna [8], i dess ändrade lydelse (nedan kallad kungörelsen av den 23 december 2003). Det framgår bland annat av artikel 1.3 i denna kungörelse att placeringar i

8 — Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju (Dz. U. nr 229, position 2286).

utländska tillgångar måste åtföljas av en värdering av investeringens kvalitet utfärdad av ett specialiserat kreditvärderingsinstitut, som är erkänt på en internationell kapitalmarknad. Detta institut bedömer den investeringsrisk som är förbunden med de aktuella värdepapperen och utställarens förmåga att uppfylla sina avtalsförpliktelser på förfallodagen.

III — Det administrativa förfarandet

20. Den 23 oktober 2007 sände kommissionen en formell underrättelse till Republiken Polen avseende åsidosättande av artikel 56 EG, varvid kommissionen hävdade att bestämmelserna i artikel 143 i pensionsfondslagen, i förening med artiklarna 141, 136.3 och 136a.2 i denna lag, begränsar de öppna pensionsfondernas möjligheter att investera i utlandet och står därmed i strid med den grundläggande fria rörligheten för kapital i artikel 56 EG.

21. Genom en skrivelse av den 20 december 2007 besvarade den polska regeringen kommissionens anmärkningar, varvid den gjorde gällande att artikel 56 EG inte är tillämplig på öppna pensionsfonder.

22. Den 23 september 2008 sände kommissionen ett motiverat yttrande till Republiken Polen, i vilket den förkastade de polska myndigheternas argument att artikel 56 EG inte är tillämplig på öppna pensionsfonders investeringsverksamhet. Kommissionen vidhöll anmärkningen avseende åsidosättande av artikel 56 EG på den grunden att artikel 143 i pensionsfondslagen, i förening med artiklarna 141, 136.3 och 136a.2 i denna lag, innebär en begränsning av investeringsmöjligheterna.

23. Den 24 november 2008 hävdade den polska regeringen i sitt svar på kommissionens motiverade yttrande, förutom att artikel 56 EG inte är tillämplig på öppna pensionsfonders investeringsverksamhet, att det finns ett behov av att skydda allmänhetens intressen genom att säkerställa ekonomisk stabilitet i det sociala trygghetssystemet och att restriktionerna när det gäller dessa fonders investeringsmöjligheter därmed är motiverade.

24. Med beaktande av Republiken Polens inställning beslutade kommissionen att väcka förevarande talan den 16 juli 2009.

25. Kommissionen och Republiken Polen utvecklade sin talan vid förhandlingen den 16 december 2010.

IV — Bedömning

A — *Upptagande till sakprövning*

26. Republiken Polen har i sin duplik bestritt att talan kan tas upp till sakprövning, varvid två grunder har åberopats.

27. För det första har det gjorts gällande att Republiken Polen och kommissionen inte har gjort samma bedömning av de faktiska omständigheterna i målet och av de omständigheter som påstås utgöra ett åsidosättande av unionsrätten.

28. Enligt Republiken Polen har kommissionen – genom att den inte på ett korrekt och fullständigt sätt har redogjort för de öppna pensionsfondernas karaktär och de principer och rättsregler som gäller för sådana fonder – dels underlåtit att precist ange föremålet för tvisten under det administrativa förfarandet, dels åsidosatt artikel 38.1 c i domstolens rättegångsregler. I detta hänseende har medlemsstaten anfört att meningsskiljaktigheterna avser frågan om de öppna pensionsfondernas införlivande i de olika pelarna i det sociala trygghetssystemet, frågan huruvida de öppna pensionsfondernas kapital är av offentlig karaktär och frågan om avgränsningen mellan de öppna pensionsfonderna och förvaltningsbolagen. När det närmare bestämt gäller den första frågan har den polska regeringen gjort gällande att kommissionen har missförstått principerna för hur det polska sociala trygghetssystemet fungerar, vilket har lett till att den har gjort åtskillnad mellan den första pelaren och den andra pelaren när det gäller dessa styrande principer och att den har likställt den andra pelaren och den tredje pelaren. Detta missförstånd utgör grunden för kommissionens felaktiga slutsats att de öppna pensionsfonderna ska anses utgöra enheter som utövar ekonomisk verksamhet.

29. Jag erinrar om att ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet utgör en grundläggande garanti som åsyftas genom EG-fördraget, inte bara som ett skydd för medlemsstatens rättigheter, utan också för att säkerställa att ett eventuellt domstolsförfarande får ett klart avgränsat tvisteföremål. Det följer av detta syfte att en formell underrättelse dels ska avgränsa tvisteföremålet och förse den medlemsstat som ges tillfälle att yttra sig med de upplysningar som är nödvändiga för att denna ska kunna förbereda sitt försvar, dels ge denna stat möjlighet att vidta rättelse innan talan väcks vid domstolen.[9] Medlemsstaten kan därmed förtydliga och korrigera kommissionens redogörelse för de faktiska omständigheterna under hela det administrativa förfarandet.

30. Målet med detta förfarande är emellertid inte att kommissionen och medlemsstaterna ska bli eniga i alla delar vad gäller de faktiska omständigheterna eller bedömningen härav. Kommissionen har rätt att väcka talan om

9 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 april 2008 i mål C-442/06, kommissionen mot Italien (REG 2008, s. I-2413), punkt 22.

den finner det lämpligt och om förfarandebestämmelserna fullt ut har iakttagits. Det faktum att medlemsstaten inte fullt ut ställer sig bakom den analys som kommissionen företagit hindrar därför inte kommissionen från att väcka talan om fördragsbrott. Bevisbördan åligger emellertid alltid kommissionen.

31. I detta fall har kommissionens påståenden under det administrativa förfarandet varit tillräckligt tydliga för att ge Republiken Polen möjlighet att göra gällande sin försvarsargumentation, vilket också framgår av denna del av förfarandets förlopp.

32. Invändningen om rättegångshinder ska därför ogillas.

33. För det andra har Republiken Polen i sin duplik framfört ytterligare en invändning om rättegångshinder, vilken avser kommissionens åberopande, i sin replik, av kungörelsen av den 23 december 2003. Enligt Republiken Polen har denna omständighet inte åberopats under det administrativa förfarandet, vilket innebär att den utgör en ny anmärkning som inte har något samband med de ursprungliga anmärkningarna och därmed inte kan anses som en utveckling härav.

34. Jag noterar att kommissionen inte har åberopat kungörelsen av den 23 december 2003 under det administrativa förfarandet, utan först i repliken till domstolen. Den åberopas emellertid endast som svar på de kommentarer som Republiken Polen har gjort i detta hänseende i sitt svaromål. Genom att kommentera denna kungörelse i sin replik har kommissionen inte ändrat de anmärkningar som framställts mot den aktuella medlemsstaten i ansökan. [10]

35. Mot bakgrund härav ska även denna invändning om rättegångshinder ogillas.

B — *Prövning i sak*

36. Kommissionen har hävdat att de begränsningar som gäller i fråga om de belopp som kan investeras i utlandet och de typer av investeringar som kan företas i utlandet enligt artikel 143.1 och 143.2 i pensionsfondslagen – i förening med artiklarna 141 och 136.3 i denna lag samt artikel 136a.2 i lagen, vilken avser kostnaderna för de öppna pensionsfondernas verksamhet – kan avskräcka nämnda fonder från att placera sina tillgångar utanför Polen och utgör därmed hinder för den fria rörligheten för kapital i den mening som avses i artikel 56 EG.

10 — Se dom av den 20 juni 2002 i mål C-287/00, kommissionen mot Tyskland (REG 2002, s. I-5811), punkt 24.

37. Republiken Polen anser att artikel 56 EG inte är tillämplig på de öppna pensionsfondernas investeringsverksamhet. Den har i huvudsak hävdat att de öppna pensionsfondernas rättsställning och den omständigheten att deras verksamhet faller under det lagstadgade ålderspensionssystemet innebär att bestämmelserna i artiklarna 143, 136.3 och 136a i pensionsfondslagen inte omfattas av tillämpningsområdet för den grundläggande frihet som garanteras genom fördraget i form av den fria rörligheten för kapital.

38. Det ska således först prövas om artikel 56 EG är tillämplig i förevarande fall.

1. Tillämpningsområdet för artikel 56 EG

39. Inledningsvis bör det erinras om att enligt fast rättspraxis innebär artikel 56.1 EG ett generellt förbud mot alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstaterna. [11]

40. Eftersom begreppet ”kapitalrörelser”, i den mening som avses i artikel 56.1 EG, inte definieras i fördraget, har domstolen ansett att den nomenklatur för kapitalrörelser som finns i bilaga 1 till rådets direktiv 88/361/EEG är vägledande. [12]

41. Domstolen har slagit fast att så kallade portföljinvesteringar, det vill säga förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att genomföra en penningplacering utan avsikt att inverka på driften och kontrollen av företaget, utgör exempel på kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 56.1 EG. [13]

42. Enligt domstolen ska nationella åtgärder som kan hindra eller begränsa förvärv av aktier i de berörda företagen eller som kan avskräcka investerare från andra medlemsstater från att investera i dessa bolag anses utgöra restriktioner i den mening som avses i artikel 56.1 EG. [14]

11 — Se, bland annat, dom av den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna (REG 2006, s. I-9141), punkt 18 och där angiven rättspraxis, och av den 23 oktober 2007 i mål C-112/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-8995), punkt 17.

12 — Rådets direktiv av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget [artikeln upphävdes genom Amsterdamfördraget] (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44).

13 — Se domen i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 19 och där angiven rättspraxis.

14 — Se dom av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2002, s. I-4731), punkterna 45 och 46, av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781), punkt 40, av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), punkterna 61 och 62, av den 13 maj 2003 i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-4641, punkterna 47 och 49), av den 2 juni 2005 i mål C-174/04, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-4933, punkterna 30 och 31), och domen i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 20.

43. Enligt min mening motsvarar investeringar som företas av öppna pensionsfonder fullt ut definitionen av portföljinvesteringar. Republiken Polen har emellertid hävdat att pensionsfonder faller utanför tillämpningsområdet för artikel 56 EG på grund av sin offentligrättsliga karaktär.

44. Innan det prövas huruvida de aktuella fonderna är av en sådan karaktär ska det prövas om denna karaktär skulle kunna spela en avgörande roll när det gäller den fria rörligheten för kapital. Om så inte är fallet är det nämligen meningslöst att pröva huruvida de aktuella fonderna är av privat eller offentlig karaktär. [15]

45. Liberalisering av rörligheten för kapital, vilken föreskrevs i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen var, såsom framgår av den ursprungliga versionen av artikel 67 i EEG-fördraget, ett mål som skulle uppnås genom framtida åtgärder. [16]

46. När det gäller liberaliseringens räckvidd kunde originaltexten ge upphov till en viss osäkerhet avseende bestämmelsens tillämpningsområde, eftersom det hänvisades till ”personer bosatta i medlemsstaterna”. Enligt min mening står det emellertid klart att det redan från början var medlemsstaterna som avsågs. [17] Detta framgår nu av den ändring som gjordes genom Maastrichtfördraget, som innebar att hänvisningen till personer togs bort, närmare bestämt genom att orden ”personer bosatta i medlemsstaterna” ströks. [18]

47. Artikel 56 EG är därmed tillämplig på öppna pensionsfonder, även om deras verksamhet är av offentlig karaktär. Sådana åtgärder som de som är i fråga i detta mål måste således vidtas under iakttagande av bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för kapital, oavsett om den aktuella öppna pensionsfondens tillgångar har ett privat eller offentligt ursprung. Under dessa omständigheter är det inte nödvändigt att fastställa huruvida de

15 — Det ska emellertid noteras att frågan huruvida fonderna är av privat eller offentlig karaktär kan ha betydelse när det ska avgöras om restriktionerna kan motiveras av sakliga skäl. Denna fråga kommer att behandlas längre fram.

16 — I artikel 67.1 i EEG-fördraget föreskrivs följande: ”I den utsträckning det är nödvändigt för att säkerställa den gemensamma marknadens funktion skall medlemsstaterna under övergångstiden sinsemellan gradvis avskaffa alla restriktioner avseende rörligheten för kapital som tillhör personer bosatta i medlemsstaterna och all diskriminering som grundas på parternas nationalitet eller bostadsort eller på den ort där sådant kapital är placerat.”

17 — Se, i detta hänseende, den tidigare artikel 68.3 i EEG-fördraget (upphävd genom Maastrichtfördraget den 1 januari 1994), som har följande lydelse: ”Lån för direkt eller indirekt finansiering av en medlemsstat eller dess regionala eller lokala myndigheter får inte emitteras eller placeras i andra medlemsstater utan att de stater som saken gäller har enats om detta. Denna bestämmelse skall inte hindra tillämpningen av artikel 22 i protokollet om Europeiska investeringsbankens stadga.” Enligt min mening hade denna bestämmelse varit överflödig om det inte hade varit medlemsstaternas transaktioner på kapitalmarknaderna som hade avsetts i bestämmelserna i EEG-fördraget om fri rörlighet för kapital.

18 — Se punkt 1 i artikel 73b i EG-fördraget (konsoliderad version i Maastrichtfördraget) (nu artikel 56.1 EG), som har följande lydelse: ”Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna.”

aktuella fonderna har ett offentligt ursprung, såsom Republiken Polen har hävdat. Det är inte heller relevant att avgöra vem som ska betraktas som ägare av de tillgångar som de öppna pensionsfonderna innehar. [19]

2. Huruvida det föreligger en restriktion för den fria rörligheten för kapital

a) Artikel 143 i pensionsfondslagen

48. Kommissionen har för det första hävdat att det föreligger en begränsning i den fria rörligheten för kapital på den grunden att artikel 143.2 i pensionsfondslagen sätter en gräns när det gäller värdet av de placeringar som en öppen pensionsfond får göra utanför Polen.

49. Det kan konstateras att placeringar i utlandet enligt denna bestämmelse inte får överstiga 5 procent av värdet på den aktuella fondens tillgångar. Denna bestämmelse utgör således en kvantitativ restriktion för kapitalrörelser. Den är likvärdig med en skyldighet att investera 95 procent av den öppna pensionsfondens tillgångar i polska aktier, polska fordringsbevis eller polska banktillgodohavanden och skapar således ett nationellt förmånssystem när det gäller investeringar som företas av dessa fonder.

50. Dessutom innehåller listan över utlandsinvesteringar i artikel 143.1 i pensionsfondslagen inte alla de kategorier av placeringar som nämns i artikel 141 i denna lag, i vilken det anges vilka inhemska investeringar som kan företas. De enda tillgångsplaceringar som de öppna pensionsfonderna kan företa utanför Polen är, enligt artikel 143.1 i pensionsfondslagen, följande:

— värdepapper som utställts av bolag som är noterade på huvudbörsen i en stat som är medlem i OECD eller som anges i det av ministern utfärdade tillståndet,

— statsobligationer eller värdepapper som utställts av centralbanken i en stat som är medlem i OECD eller som anges i det av ministern utfärdade tillståndet, och

— andelar som utställts av företag för kollektiva investeringar med säte utanför Polen, förutsatt att de är tillgängliga för den stora allmänheten och återtas på begäran av investeraren.

19 — Det ska framhållas att det beträffande den fria rörligheten för kapital inte finns något undantag i fördraget för ”offentlig makt”, såsom är fallet beträffande den fria rörligheten för personer enligt artikel 39.4 EG och etableringsrätten enligt artikel 45 första stycket EG samt för tjänster enligt artikel 55 EG.

51. Vid en jämförelse med de kategorier av placeringar som kan företas i Polen, vilka räknas upp i artikel 141.1 i pensionsfondslagen, kan det konstateras att de öppna pensionsfonderna inte kan företa utlandsinvesteringar genom följande instrument:

— lån och krediter som beviljats regeringen i en annan medlemsstat eller dess centralbank (jämför led 1 i artikel 141.1),

— obligationer och andra värdepapper, bland annat banktillgodohavanden och lån i andra organ, som omfattas av statsgaranti från regeringen i en annan medlemsstat eller dess centralbank (jämför led 2 i artikel 141.1),

— obligationer och andra fordringsbevis som utställts av en lokal eller regional myndighet i en annan medlemsstat (jämför leden 9–12 i artikel 141.1),

— aktier i bolag som är noterade på en annan börs än primärmarknaden (se led 5 i artikel 141.1) och konvertibla skuldebrev (jämför led 4 i artikel 141.1), och

— teckningsoptioner, aktieoptioner och konvertibla skuldebrev som utställts av bolag noterade på en reglerad OTC-marknad eller som är papperslösa, men inte noterade på en reglerad marknad (jämför led 5 i artikel 141.1).

52. Republiken Polen har vitsordat att artikel 143 i pensionsfondslagen innebär en begränsning av de öppna pensionsfondernas investeringar.

53. Enligt min mening utgör en lista över möjliga utlandsplaceringar som är kortare än motsvarande lista över möjliga inhemska placeringar inte bara en restriktion för kapitalrörelserna i den mening som avses i artikel 56.1 EG, utan även diskriminering av investeringar i utländska värdepapper i förhållande till investeringar i inhemska värdepapper.

b) Artikel 136.3 i pensionsfondslagen

54. Kommissionen har för det andra hävdat att det föreligger en begränsning i den fria rörligheten för kapital på den grunden att, enligt artikel 136.3 i pensionsfondslagen, värdet av de placeringar som en öppen pensionsfond företar – i andelar utställda av sådana företag för kollektiva investeringar (investeringsfonder) med säte i utlandet som avses i artikel 143.1 i pensionsfondslagen – inte beaktas vid fastställandet av den aktuella fondens nettotillgångar. De avgifter som ska betalas till förvaltningsbolaget för förvaltningen av den

öppna pensionsfonden beräknas likväl, enligt artikel 136.2a i pensionsfondslagen, utifrån värdet på fondens nettotillgångar. Förvaltningsbolaget kan därför inte uppbära avgifter för förvaltningen av fondens tillgångar i den mån de investerats i investeringsfonder med säte i utlandet, oavsett vilken kategori av investeringar det rör sig om.

55. Enligt min mening utgör denna bestämmelse en restriktion för kapitalrörelserna i den mening som avses i artikel 56 EG, eftersom den avskräcker de öppna pensionsfonderna från att investera sina tillgångar i utländska investeringsfonder. Det rör sig i detta hänseende om en direkt restriktion.

56. Bestämmelsen utgör dessutom en indirekt restriktion för kapitalrörelserna, eftersom den begränsar de investeringar som de öppna pensionsfonderna kan företa i inhemska investeringsfonder som, i sin tur, placerar sitt kapital i utlandet. [20]

57. Denna bestämmelse missgynnar således placeringar i utländska investeringsfonder i förhållande till placeringar som de öppna pensionsfonderna företar i sådana inhemska investeringsfonder som inte räknas upp i led 8 i artikel 141.1 i pensionsfondslagen (såsom slutna investeringsfonder), för vilka förvaltningsbolaget skulle kunna uppbära förvaltningsavgifter.

c) Artikel 136a.2 i pensionsfondslagen

58. Kommissionen har för det tredje hävdat att det föreligger en begränsning i den fria rörligheten för kapital på den grunden att det i artikel 136a.2 i pensionsfondslagen föreskrivs att de transaktionsavgifter som ska betalas till utländska clearingorganisationer endast täcks av den öppna pensionsfondens tillgångar upp till ett belopp motsvarande de transaktionsavgifter som ska betalas till inhemska clearingorganisationer.

59. Jag anser att även denna bestämmelse kan avskräcka de öppna pensionsfonderna från att investera i utlandet, eftersom dessa transaktionskostnader inte fullt ut kan täckas av deras tillgångar, vilket är fallet när det gäller inhemska investeringar. I detta avseende utgör artikel 136a.2 i pensionsfondslagen inte bara en restriktion för kapitalrörelserna, utan den missgynnar även de öppna pensionsfondernas utlandsinvesteringar.

20 — Enligt artikel 136.3 i pensionsfondslagen, vilken hänvisar till led 8 i artikel 141.1 i samma lag, är det endast placeringar i öppna inhemska investeringsfonder och öppna specialiserade investeringsfonder som omfattas av bestämmelsen.

3. Huruvida restriktionerna för den fria rörligheten för kapital kan motiveras

60. Mot bakgrund av ovanstående kan den aktuella lagstiftningen anses ge upphov till restriktioner för kapitalrörelserna i den mening som avses i artikel 56 EG. Enligt fast rättspraxis kan nationella åtgärder som begränsar den fria rörligheten för kapital motiveras av de skäl som nämns i artikel 58 EG eller av tvingande skäl av allmänintresse, förutsatt att de är ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. [21] Det är uppenbart att vissa andra undantagsbestämmelser i fördraget också kan åberopas, vilket Republiken Polen har gjort. Enligt min mening bör det företas en prövning beträffande artiklarna 58 EG, 86.2 EG, 137.4 EG och 295 EG, vilka har åberopats av Republiken Polen, i syfte att fastställa huruvida de restriktioner som har konstaterats föreligga kan motiveras utifrån dessa bestämmelser.

61. Kommissionen anser, utan att ifrågasätta nödvändigheten av att trygga de ackumulerade penningmedel som innestår på de öppna pensionsfondernas pensionskonton, att sådana restriktioner inte kan motiveras med stöd av vare sig artikel 58.1 b EG eller någon av de andra nämnda bestämmelserna eller av tvingande skäl av allmänintresse i form av den ekonomiska balansen i de öppna pensionsfonderna och skyddet för deras medlemmar, eftersom de är diskriminerande. Kommissionen anser under alla omständigheter att restriktionerna är oproportionerliga.

62. Republiken Polen har inte bestritt att de åtgärder som ifrågasatts är av begränsande karaktär. Den har emellertid hävdat att dessa är motiverade. De åberopade motiveringarna ska därför prövas.

a) Huruvida restriktionerna är motiverade med stöd av artikel 58 EG

63. Republiken Polen har framfört två typer av skäl, som grundar sig på artikel 58 EG, till att det är motiverat att behandla sådana investeringar som de öppna pensionsfonderna företar i utlandet strängare än de investeringar de företar i Polen. Den har hänvisat dels till risken för svängningar i växelkurserna, dels till de påstådda svårigheterna med avseende på inhämtande av information om de utländska kapitalmarknaderna och de därtill hänförliga instrumenten samt den ”informationsasymmetri” som dessa innebär.

21 — Se dom av den 11 november 2010 i mål C-543/08, kommissionen mot Portugal (REU 2010, s. I-11241), punkt 83 och där angiven rättspraxis.

64. Det ska erinras om att artikel 56 EG, enligt artikel 58.1 b EG, inte påverkar medlemsstaternas rätt att vidta alla nödvändiga åtgärder för att förhindra överträdelser av nationella lagar och andra författningar, särskilt i fråga om beskattning och tillsyn över finansinstitut, eller att i administrativt eller statistiskt informationssyfte fastställa förfaranden för deklaration av kapitalrörelser eller att vidta åtgärder som är motiverade med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet. [22]

65. De polska öppna pensionsfonderna förefaller inte kunna kvalificeras som finansinstitut, även om den aktuella lagstiftningen skulle kunna anses utgöra ett led i tillsynen över dessa fonder. Republiken Polens resonemang syftar till att visa att pensionsfonderna är en del av den polska statsapparaten, vilket enligt min mening skulle ha just den konsekvensen att de inte kan kvalificeras som finansinstitut. Republiken Polen har inte heller åberopat att det föreligger ett undantag som är motiverat med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet, vilket den enligt min mening inte heller skulle kunna göra. Övriga undantag som föreskrivs i nämnda bestämmelse är inte relevanta.

22 — Enligt punkt 3 i nämnda artikel får de åtgärder och förfaranden som avses i punkterna 1 och 2 inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital och betalningar enligt artikel 56 EG.

66. De aktuella restriktionerna för den fria rörligheten för kapital kan således inte motiveras med stöd av artikel 58.1 b EG.

b) Huruvida restriktionerna är motiverade med stöd av artikel 86.2 EG

67. Republiken Polen har hävdat att det även med stöd av artikel 86.2 EG kan konstateras att artikel 56 EG inte ska tillämpas i förevarande fall, eftersom de öppna pensionsfonderna är företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

68. För att artikel 86.2 EG ska kunna tillämpas måste det vara fråga om ett företag som driver verksamhet på marknaden, genom att exempelvis utbjuda varor eller tjänster. Det är möjligt att vissa statliga åligganden delegeras till ett företag i detta syfte. [23]

23 — I detta hänseende erinras om vad generaladvokaten Jacobs skrev om det funktionella synsättet i sitt förslag till avgörande i de mål som avgjordes genom domen av den 16 mars 2004 i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, AOK Bundesverband m.fl. (REG 2004, s. I-2493), punkt 25, enligt följande: ”Beträffande sjukförsäkringskassornas status kan domstolens allmänna synsätt på huruvida en viss enhet är ett företag i den mening som avses i gemenskapens konkurrensregler beskrivas som funktionell, så till vida att den tar sikte på den typ av verksamhet som bedrivs snarare än egenskaperna hos de aktörer som bedriver densamma, de sociala mål som är förknippade med enheten, eller den rättsliga reglering eller det finansieringssätt som gäller för den i en viss medlemsstat. … Förutsatt att en verksamhet är ekonomisk till sin karaktär, omfattas de som bedriver den av gemenskapens konkurrensrätt.”

69. I förevarande fall har Republiken Polen definierat de aktuella fonderna som en del av statsapparaten som tjänar samhällssyften. Enligt min mening innebär detta att de inte kan kvalificeras som företag som utövar ekonomisk verksamhet, vilket är ett villkor för att artikel 86.2 EG ska vara tillämplig.

70. Det är emellertid i princip möjligt att betrakta de enskilda förvaltningsbolag som är knutna till fonderna, liksom de enheter som utgörs av förvaltningsbolagen och deras fonder, som företag, även om det rör sig om ett system för lagstadgad pension, såvitt dessa företag kan anses verksamma på marknaden.

71. Förvaltningsbolagen tillhandahåller emellertid inte sina tjänster till en öppen krets av kunder, eftersom ett förvaltningsbolag enligt den polska lagstiftningen endast får förvalta en enda öppen pensionsfond. Jag anser att det därför inte är möjligt att kvalificera dessa företags verksamhet som tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i konkurrensrätten, trots att lagstiftaren, efter vad man får anta, har bestämt att dessa företag ska ha ett vinstintresse i syfte att öka konkurrensen inom området för lagstadgade pensioner.

72. Den verksamhet som bedrivs av de öppna pensionsfonderna, vars förmånstagare utgörs av de betalande medlemmarna, skulle kunna kvalificeras som tjänster av allmänt intresse, eftersom den består i att förvalta kapital som sedan ska överföras till ZUS, så att ZUS till var och en av de pensionsberättigade ska kunna utbetala den pension som motsvarar hans eller hennes kapitaliserade pensionsinbetalningar. Å andra sidan skiljer sig den andra delen av de öppna pensionsfondernas verksamhet, det vill säga att placera tillgångar, inte från den verksamhet som bedrivs av andra institutionella investerare som är under strikt tillsyn, såsom livförsäkringsbolagen.

73. Sammanfattningsvis, även om det antas att de enskilda förvaltningsbolagen, eller förvaltningsbolagen tillsammans med de fonder de förvaltar, skulle utgöra företag i den mening som avses i konkurrensrätten, har Republiken Polen inte visat på vilket sätt de aktuella restriktionerna är nödvändiga för att säkerställa att de mål som eftersträvas med dem uppnås. Den har nämligen inte visat att det är nödvändigt med nationell förmånsbehandling på investeringsområdet för att uppfylla målet med fonderna, vilket är att kunna erbjuda kapitalförvaltning inom systemet för lagstadgad pension.

74. Av dessa skäl kan inte heller denna motivering godtas.

c) Huruvida restriktionerna är motiverade med stöd av artikel 137.4 EG

75. Republiken Polen har anfört att den, enligt artikel 137.4 EG, har exklusiv behörighet att fastställa principerna för hur det

lagstadgade sociala trygghetssystemet ska utformas och att detta inte i något avseende omfattas av artikel 56 EG.

76. Denna ståndpunkt kan inte godtas.

77. Varje medlemsstat får visserligen, enligt fast rättspraxis, i avsaknad av harmonisering på gemenskapsnivå, i sin lagstiftning fastställa bland annat villkoren för när någon har en skyldighet att ansluta sig till ett system för social trygghet och, följaktligen, hur detta system ska finansieras. Vid utövandet av denna behörighet ska medlemsstaterna icke desto mindre beakta gemenskapsrätten, bland annat den fria rörligheten för kapital. [24]

78. Artikel 137.4 EG är dessutom en rambestämmelse som anger vilka bestämmelser unionslagstiftaren ska anta i enlighet härmed. Den avser inte att avvika från de grundläggande friheter som slås fast i fördraget.

79. Denna motivering kan således inte godtas.

d) Huruvida restriktionerna är motiverade med stöd av artikel 295 EG

80. När det gäller artikel 295 EG, enligt vilken ”… fördraget inte i något hänseende ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordning”, räcker det att erinra om att det enligt fast rättspraxis inte följer av denna artikel att medlemsstaternas egendomsordningar undantas från fördragets grundläggande regler. Artikeln kan därmed inte åberopas till stöd för inskränkningar i de friheter som stadgas i fördraget. [25] Domstolen har redan tillämpat denna princip när det gäller bestämmelser om ”golden shares”, som vissa medlemsstater förbehåller sig i privatiserade företag.

81. Jag anser emellertid inte att de restriktioner som lagstiftaren har infört beträffande föremålet för de öppna pensionsfondernas portföljinvesteringar kan hänföras till den aktuella medlemsstatens egendomsordning.

82. Mot bakgrund härav kan inte heller denna motivering godtas.

24 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 mars 2009 i mål C-350/07, Kattner Stahlbau (REG 2009, s. I-1513), punkt 74.

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 2010 i mål C-171/08, kommissionen mot Portugal (REU 2010, s. I-6817), punkt 64 och där angiven rättspraxis.

e) Huruvida restriktionerna är motiverade av hänsyn till tvingande skäl av allmänintresse

83. Republiken Polen har som huvudargument gjort gällande att de öppna pensionsfonderna är av offentlig karaktär och av offentligt ursprung. Jag anser inte att det kan uteslutas att restriktionerna när det gäller dessa fonders investeringar kan motiveras av hänsyn till sådana tvingande skäl av allmänintresse som avser fondernas uppgifter och mål inom det sociala trygghetssystemet. [26] Det är av dessa skäl uppenbart att en öppen pensionsfonds investeringar måste uppfylla de krav som ställs i fråga om likviditet och trygghet för att pensionärerna genom pensionssystemet ska kunna motta de förmåner som de har rätt till.

84. Det ska inledningsvis noteras att en förnuftig institutionell investerare fastställer sin investeringsstrategi utifrån de risker och den instabilitet som kan godtas samt utifrån önskat investeringsutfall. Vid fastställandet av denna strategi är det nödvändigt att dela upp investeringarna i kategorier utifrån de olika investeringsobjekten och att sprida dem över olika geografiska marknader.

85. När det gäller offentliga investerare – såsom stater, centralbanker och andra offentligrättsliga rättssubjekt samt institut och organ som ingår i det sociala trygghetssystemet – anser jag att det är normalt att de allmänna riktlinjerna för investeringsstrategin fastställs i lag eller annan författning, vilket är fallet för de institut som är föremål för tillsyn. [27]

86. När det gäller de offentligrättsliga rättssubjekten anser jag även att det är berättigat att reglerna för deras investeringsstrategi går utöver de aktsamhetsprinciper som de privata investerarna tillämpar när de fastställer sin investeringsstrategi, förutsatt att detta är nödvändigt för att de ska kunna utföra det finanspolitiska, penningpolitiska eller socialpolitiska uppdrag, eller andra sådana särskilda uppgifter, som de anförtrotts. Sådana restriktioner kan innebära att det ställs vissa krav med avseende på likviditet och trygghet i investeringsverksamheten eller att vissa typer av risktagande begränsas.

87. Jag anser emellertid att de begränsningar som lagstiftaren har infört för de öppna pensionsfonderna i förevarande fall varken kan anses konsekventa eller proportionerliga. Som exempel kan det nämnas att risker som enligt denna lagstiftning är tillåtna vid vissa typer av investeringar i Polen inte är tillåtna

26 — Se, för ett liknande resonemang, domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 69. Se även generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande av den 8 mars 2011 i mål C-10/10, kommissionen mot Österrike (ännu inte avgjort av domstolen), punkt 59 och följande punkter.

27 — Kommissionen har som exempel på en aktsamhetsregel av denna typ nämnt artikel 18.5 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/41/EG av den 3 juni 2003 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (EUT L 235, s. 10). I denna bestämmelse fastställs den översta gränsen till 30 procent när det gäller investeringar i tillgångar denominerade i andra valutor än de som de finansiella institutens åtaganden är uttryckta i.

när det gäller jämförbara investeringar i övriga medlemsstater.[28]

88. När det gäller riskhantering innebär dessa restriktioner att de öppna pensionsfonderna tvingas koncentrera nästan alla sina investeringar till den polska kapitalmarknaden. Offentliga investerare i medlemsstaterna är visserligen inte, enligt unionsrätten, skyldiga att sprida sina investeringar, men nationell lagstiftning som uppenbart ökar snarare än minskar risknivån för investeringar kan ändå inte anses motiverad av hänsyn till den särskilda tillsyn som utövas över dessa fonder.

89. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att de aktuella restriktionerna inte heller kan anses motiverade av hänsyn till sådana tvingande skäl av allmänintresse som avser de öppna pensionsfondernas särskilda uppgifter och mål.

V — Förslag till avgörande

90. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

— fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG, genom att bibehålla artiklarna 143, 136.3 och 136a.2 i lagen av den 28 augusti 1997 om pensionsfondernas organisation och verksamhet (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych), vilka begränsar de polska öppna pensionsfondernas möjlighet att investera i utlandet, och

— förplikta Republiken Polen att ersätta rättegångskostnaderna.

28 — När det gäller proportionaliteten kan en skyldighet att investera minst 95 procent av tillgångarna på den inhemska marknaden inte anses vara en ändamålsenlig åtgärd för att skydda investeringarna mot risken för värdeförändring.