ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н N. JÄÄSKINEN представено на 14 април 2011 година[1]

I — Въведение

1. С настоящия иск Европейската комисия иска от Съда да установи, че като е запазила в сила член 143, член 136, параграф 3 и член 136а, параграф 2 от Закона за организацията и дейността на пенсионните фондове от 28 август 1997 г.[2], изменен (наричан по-нататък „Законът за пенсионните фондове“), които ограничават инвестирането в чужбина на пенсионните фондове, част от национален механизъм за задължително пенсионно осигуряване и основаващи се на система на натрупване (наречени „пенсионни фондове от отворен тип“), Република Полша не е изпълнила задълженията си по член 56 ЕО, понастоящем член 63 ДФЕС[3].

2. Оспореното от Комисията законодателство въвежда горна граница от 5 % от активите на полските пенсионни фондове от отворен тип по отношение на осъществените от тях инвестиции в чужбина[4].

3. Основното твърдение на Република Полша се състои в оспорването на приложимостта на член 56 ЕО. По-точно тя счита, че разглежданите пенсионни фондове са публичноправни субекти, приравними на полската държава, поради което всяка ограничаваща техните инвестиции правна норма се намира извън приложното поле на свободното движение на капитали.

4. При условията на евентуалност Република Полша счита, че макар че разглежданото законодателство би могло да ограничава свободното движение на капитали, подобно ограничаване е обосновано.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U., 2004 г., бр. 159, точка 1667).

3 — Тъй като изпратено до Република Полша мотивирано становище на Комисията е от 23 септември 2008 г., позоваването на разпоредбите на Договора за ЕО ще бъде правено съгласно номерацията отпреди влизането в сила на Договора от Лисабон.

4 — Съгласно предоставените от Република Полша данни към 31 декември 2008 г. пенсионните фондове от отворен тип са инвестирали между 0 % и 4,5 % от своите активи в чужбина; пет от тях не са инвестирали изобщо в чужбина. Общият капитал на фондовете се оценява на 147 000 милиона злоти, което се равнява приблизително на 35 000 милиона евро (информация, предоставена от Комисията въз основа на публикуваните в интернет данни от уебсайта на полската комисия за финансов контрол (http://www.knf.gov.pl, състояние към 29 май 2009 г.). От тези числа според мен е видно, че инвестициите на пенсионните фондове от отворен тип имат определено значение за ликвидността на капиталовия пазар, както и за финансирането на предприятията и субектите на публичното право в Полша.

5. За да се разреши този спор, най-напред следва да се анализира дали член 56 ЕО е приложим към разглежданото законодателство. При положителен отговор ще трябва да се разгледа дали това законодателство ограничава свободното движение на капитали, а след това дали това ограничение може да се обоснове от разпоредбите на Договора или от признати от съдебната практика на Съда императивни съображения от общ интерес.

II — Национална правна уредба

A — *Пенсионната система*

6. Действащата в Република Полша пенсионна система се основава на три стълба и може да се обобщи посредством наглед-на таблица [5].

Стълбове	Първи стълб Задължителна система; основана на принципа на разпределяне	Втори стълб Задължителна система; основана на принципа на натрупване	Трети стълб Система по избор
Законодателство	Закон от 13 октомври 1998 г. относно схемата за социално осигуряване [6]	Закон относно организацията и дейността на пенсионните фондове	Закон от 20 април 2004 г. относно индивидуалните пенсионни партиди [7]
Институции	Институцията за социално осигуряване (Zakład Ubezpieczeń Społecznych, наричана по-нататък „ZUS“)	Четиринадесет управляващи дружества (Powszechne Towarzystwa Emerytalne, наричани по-нататък „PTE“)	Състои се от допълнителни доброволни спестявания
Фондове	Фондове за социално осигуряване (Fundusz Ubezpieczeń Społecznych, наричани по-нататък — „FUS“)	Четиринадесет пенсионни фонда от отворен тип (Otwarte Fundusze Emerytalne, наричани по-нататък „OFE“)	

5 — Системата, която е в сила към крайната дата на срока, даден от Комисията с мотивираното становище от 23 септември 2008 г. Отбелязвам, че през януари 2011 г. полското правителство предприема обществено допитване за промяна на системата (вж. документа „Analizy“ № 2(46) от 2 февруари 2011 г., изготвен от бюрото за анализи към парламента на Полша и достъпен на уебсайта http://www.bas.sejm.gov.pl).

6 — Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U., 2007 г., бр. 11, точка 74).

7 — Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych (Dz. U., бр. 116, точка 1205).

Б — *Законът за пенсионните фондове*

7. Съгласно член 3, параграф 1, точка 2 от Закона от 13 октомври 1998 г. относно схемата за социално осигуряване пенсионните фондове от отворен тип са определени в съответствие с разпоредбите на Закона за пенсионните фондове.

8. Съгласно член 2 от Закона за пенсионните фондове пенсионен фонд от отворен тип има за предмет натрупването и вложението на финансови ресурси с оглед на тяхното възстановяване на неговите членове след достигането от тяхна страна на пенсионна възраст.

9. Съгласно член 3 от този закон пенсионен фонд от отворен тип е юридическо лице, което е учредено под формата на фондация и притежаващо собствени активи, различни от активите на дружеството учредител, което има изключителното право да го управлява и представлява пред третите лица (наричано по-нататък „управляващо дружество“). Управляващото дружество осъществява своята дейност изключително под формата на акционерно дружество (член 27 от посочения закон) и възмездно (член 29 от същия закон). Дадено управляващо дружество може да управлява само един пенсионен фонд от отворен тип.

10. Осигурените лица имат възможност да избират своя пенсионен фонд от отворен тип, на който ZUS впоследствие привежда една трета от размера на пенсионните вноски за съответното осигурено лице.

11. Съгласно член 180 от Закона за пенсионните фондове държавният бюджет гарантира при определени условия покритието на дефицитите на пенсионните фондове от отворен тип.

12. Членове 134—137 от същия закон определят начина на финансиране на дейността на пенсионните фондове от отворен тип. Съгласно тези разпоредби те могат да се финансират чрез удържане на процент от направените вноски преди тяхното превръщане в точки и до 3,5 % от тези точки. Те могат също така да фактурират разходи за управлението на фонда от страна на управляващото дружество, размерът на които е функция от стойността на активите, без да надхвърля определените от член 136, параграф 2а от този закон граници.

13. За определяне на стойността на активите, служещи за определяне на размера на посочените разходи, член 136, параграф 3 от Закона за пенсионните фондове предвижда:

„При определяне на стойността на нетните активи, управлявани от посочения в параграфи 2 и 2а фонд, не се взема предвид стойността на предвидените в член 141, параграф 1, точка 8 вложения, нито на вложенията в дялове, емитирани от посочените в член 143, параграф 1 предприятия за колективно инвестиране със седалище в чужбина“.

14. Член 136a от Закона за пенсионните фондове предвижда също:

„1. Разходите, свързани със съхраняването на активите и с осъществяването и уреждането на сделките за придобиване или отчуждаване на активи на фонда, които съответстват на дължимите на посреднически клирингови къщи вноски, към каквито фондът е длъжен да се обърне в съответствие със специалните разпоредби, и които разходи са част от възнаграждението на влогоприемателя, се удържат от активите на фонда съгласно действащата към съответния момент таблица на комисионите и разходите на дадената клирингова къща.

2. Посочените в параграф 1 разходи, които се равняват на дължимите на чуждестранни клирингови къщи вноски, се удържат от активите на фонда до размера на съответните дължими към посочените в параграф 1 национални клирингови къщи суми“.

15. Членове 139—156 от Закона за пенсионните фондове разглеждат инвестиционната дейност на пенсионните фондове от отворен тип.

16. Съгласно член 139 от този закон фондовете трябва да инвестират активите си съгласно неговите разпоредби, като се стремят да подобрят сигурността и доходността на тези вложения.

17. Член 141, параграф 1 от Закона за пенсионните фондове гласи следното:

„1. Активите на даден фонд могат да се влагат, освен при условията на член 146, само в следните категории финансови инструменти:

1) облигации, бонове и други ценни книжа, емитирани от държавния бюджет или Националната банка на Полша, както и заемите и кредитите към тези институции;

2) облигации и други дългови книжа, основани на плащания в брой, които са гарантирани от държавния бюджет или Националната банка на Полша или са подкрепени от тези институции, както и депозитите, кредитите и заемите, гарантирани от тези институции или подкрепени от тях;

3) банкови депозити и емитирани от банки ценни книжа, деноминирани в полска парична единица;

3а) банкови депозити и емитирани от банки ценни книжа, деноминирани в парична единица на държава — членка на [Организацията за икономическо сътрудничество и развитие ОИСР], или на друга държава, с която Република Полша е сключила договор за насърчаване и взаимна защита на инвестициите, при условие че тези парични единици се придобиват само за да се уредят текущите вземания на фонда;

4) акции на котирани на регулиран борсов пазар дружества, както и преференциални права на подписка, опции върху акции и заменими в акции облигации на котирани на регулиран борсов пазар дружества;

5) акции на котирани на нерегулиран пазар дружества или безналични акции съгласно разпоредбите на Закона от 29 юли 2005 г. относно пускането в обръщение на финансови инструменти, на акции на дружества, недопустими за търгуване на регламентиран пазар, както и на преференциални права на подписка, опции върху акции и заменими в акции облигации на котирани извън регулиран борсов пазар дружества или които са безналични, но не са котирани на регулирания пазар;

6) дялове от национални инвестиционни фондове;

7) издадени от инвестиционни фондове от затворен тип инвестиционни удостоверения;

8) дялове, прехвърлени от инвестиционни фондове от отворен тип или от специализирани инвестиционни фондове от отворен тип;

9) облигации или други дългови ценни книжа, емитирани от органи на местно самоуправление, от организирани в сдружения органи на местно самоуправление или от града Варшава, които са безналични съгласно разпоредбите на посочения в точка 5 закон;

10) финансови инструменти, различни от облигации и други безналични дългови книжа, които са емитирани от органи на местно самоуправление, от организирани в сдружения органи на местно самоуправление или от града Варшава;

10а) задължения за участие, предвидени в Закона от 29 юни 1995 г. относно задълженията (Dz.U., 2001 г., бр. 120, точка 1300; Dz.U., 2002 г., бр. 216, точка 1824 и Dz.U., 2003 г., бр. 217, точка 2124);

11) безналични облигации съгласно разпоредбите на посочения в точка 5 закон, емитирани от субекти, които не са органи на местно самоуправление, организирани в сдружения органи на местно самоуправление или града Варшава, и гарантирани до размера на пълната им номинална стойност, евентуално увеличена с лихва;

12) други финансови инструменти, които не са безналични облигации, и други дългови книжа, емитирани от субекти, които не са органи на местно самоуправление, организирани в сдружения органи на местно самоуправление или града Варшава, и гарантирани до размера на тяхната номинална стойност, евентуално увеличена с лихва;

13) облигации и други дългови книжа, емитирани от публични дружества, извън посочените в точки 11 и 12;

13а) облигации и други дългови книжа, емитирани безналично в съответствие с посочения в точка 5 закон, извън тези по точки 9 и 11;

13б) заложни облигации;

13в) депозитарни удостоверения по смисъла на Закона от 29 юли 2005 г. относно пускането в обръщение на допустими за търгуване на регламентиран пазар в Полша финансови инструменти.

[…]“.

18. По-нататък член 143 от Закона за пенсионните фондове определя категориите чуждестранни финансови инструменти, в които пенсионните фондове от отворен тип могат да инвестират своите активи. Текстът гласи следното:

„1. Въз основа на общо разрешение, предоставено чрез разпореждане от отговарящия за финансовите институции министър, и на посочените в това разрешение условия активите на пенсионен фонд от отворен тип могат да бъдат инвестирани в чужбина в ценни книжа, емитирани от дружества, котирани на основните борсови пазари на държавите — членки на ОИСР, или на други посочени в разрешението държави, както и в съкровищни бонове или в емитирани от централните банки на тези държави ценни книжа и в дялове, емитирани от предприятия за колективно инвестиране със седалище в тези държави, в случай че посочените субекти предлагат тези дялове на широк кръг лица и могат да си ги възвърнат по искане на инвеститора.

2. Общата стойност на осъществените вложения

(1) от страна на пенсионен фонд от отворен тип във финансови инструменти, които попадат в посочените в параграф 1 категории, не може да надхвърля 5 % от стойността на активите на фонда.

[…]“.

В — *Министерското постановление от 23 декември 2003 г.*

19. Законът за пенсионните фондове се допълва от член 1 от постановлението на министъра на финансите от 23 декември 2003 г. за предоставяне на общо разрешение на пенсионните фондове за вложения извън националните граници[8], изменено

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

(наричано по-нататък „министерското постановление от 23 декември 2003 г.“). Поконкретно съгласно член 1, параграф 3 от него вложенията в чуждестранни активи трябва да са придружени с оценка на качеството на инвестицията, предоставена от призната на международен капиталов пазар специализирана рейтингова агенция, която оценява свързания със съответните ценни книжа инвестиционен риск и способността на емитента на тези книжа да спазва на падежа поетите задължения.

III — Досъдебно производство

20. На 23 октомври 2007 г. Комисията изпраща до Република Полша официално уведомително писмо за неизпълнение на задължения от държава членка по член 56 ЕО. В него Комисията твърди, че разпоредбите на член 143 във връзка с член 141, член 136, параграф 3 и член 136а, параграф 2 от Закона за пенсионните фондове ограничават инвестициите в чужбина на пенсионните фондове от отворен тип и поради това нарушават предвидената в член 56 ЕО основна свобода на движение на капитали.

21. С писмо от 20 декември 2007 г. полското правителство отговаря на твърденията за нарушения на Комисията, като посочва, че член 56 ЕО не е приложим към пенсионните фондове от отворен тип.

22. На 23 септември 2008 г. Комисията изпраща до Република Полша мотивирано становище, в което отхвърля доводите на полските власти за неприложимостта на член 56 ЕО към инвестиционната дейност на пенсионните фондове от отворен тип и поддържа твърдението си, изведено от нарушение на задълженията по член 56 ЕО с оглед на наложеното ограничение за инвестиране от член 143 във връзка с член 141, член 136, параграф 3 и член 136а, параграф 2 от Закона за пенсионните фондове.

23. В отговора си от 24 ноември 2008 г. на мотивираното становище на Комисията, за да обоснове наложените на инвестициите на пенсионните фондове от отворен тип ограничения, полското правителство изтъква, освен неприложимостта на член 56 ЕО към инвестиционната дейност на тези фондове, и необходимостта от защита на обществения интерес чрез гарантирането на финансовата стабилност на системата за социално осигуряване.

24. Предвид отстояваното от Република Полша становище Комисията решава да предяви на 16 юли 2009 г. настоящия иск.

25. В съдебното заседание от 16 декември 2010 г. се провеждат устни състезания с участието на Комисията и Република Полша.

IV — Анализ

А — *По допустимостта*

26. В своята дуплика Република Полша оспорва допустимостта на иска на две основания.

27. На първо място, Съдът трябвало да установи, че искът е недопустим поради съществуващите между Република Полша и Комисията различия относно преценката на фактическите обстоятелства по делото и на елементите, считани за основополагащи за наличието на нарушение на правото на Европейския съюз.

28. Според Република Полша, като не е определила правилно и изцяло приложимите към пенсионните фондове от отворен тип принципи, естество и правен режим, Комисията, от една страна, не определила правилно предмета на спора в рамките на досъдебното производство, и от друга страна, нарушила член 38, параграф 1, буква в) от Процедурния правилник на Съда. В това отношение държавата членка посочва, че различията се отнасяли до въпроса за принадлежността на пенсионните фондове от отворен тип към различните стълбове на системата на социално осигуряване, до обществената природа на капиталите на пенсионните фондове от отворен тип, както и до отграничаването на пенсионните фондове от отворен тип от управляващите дружества. Що се отнася по-специално до първия от тези елементи, полското правителство счита, че неправилното разбиране на принципите на функциониране на полската система на социално осигуряване от страна на Комисията, която във връзка с ръководещите ги принципи отделя първия от втория стълб и приравнява втория към третия стълб, било в основата на погрешния извод, че пенсионните фондове от отворен тип следва да се квалифицират като осъществяващи икономическа дейност субекти.

29. Напомням, че според постоянната съдебна практика надлежното провеждане на досъдебното производство представлява съществена гаранция, заложена в Договора не само за да се защитят правата на съответната държава членка, но и за да има евентуалното съдебно производство ясен предмет. От тази цел следва, че официалното уведомително писмо има за задача, от една страна, да очертае предмета на спора и да посочи на поканената да представи становището си държава членка необходимите за подготовката на нейната защита данни, а от друга страна, да ѝ даде възможност да се съобрази с правилата, преди да бъде сезиран Съдът [9]. Следователно в хода на досъдебното производство държавата членка може да изяснява и поправя направеното от Комисията изложение на обстоятелствата по всяко време.

30. Целта на посоченото производство обаче не се състои в това между Комисията и държавата членка да бъде постигнато пълно съгласие по фактическите

9 — Вж. в този смисъл Решение от 10 април 2008 г. по дело Комисия/Италия (C-442/06, Сборник, стр. I-2413, точка 22).

обстоятелства или по оценката за тях. Комисията може валидно да подаде иск, ако счита това за необходимо и доколкото процедурните правила са напълно спазени. Поради това обстоятелството, че държавата членка не споделя изцяло анализа на Комисията, не е пречка Комисията да предяви иск за неизпълнение на задълженията от тази държава членка. Въпреки това тежестта на доказване пада винаги на Комисията.

31. В конкретния случай твърденията на Комисията в хода на досъдебното производство са били достатъчно ясни, за да дадат възможност на Република Полша да изтъкне доводите в своя защита, както се установява от протичането на тази фаза от производството.

32. Ето защо възражението за недопустимост следва да се отхвърли като неоснователно.

33. На второ място, в своята дуплика Република Полша повдига друго възражение за допустимост по отношение на посоченото в репликата на Комисията министерско постановление от 23 декември 2003 г. Това обстоятелство според държавата членка не е било приведено в хода на досъдебното производство, поради което представлявало ново твърдение за нарушение, без да има връзка с първоначално формулираните и без да е тяхно продължение.

34. Отбелязвам, че в досъдебното производство Комисията не се е позовавала на постановлението от 23 декември 2003 г., а е направила това едва в стадия на подаване на своята реплика пред Съда. Тя се позовава на него едва в отговор на направените по този повод бележки в писмената защита на Република Полша. Разглеждайки това постановление в своята реплика, Комисията не е променила изложените в иска срещу дадената държава членка твърдения за нарушение [10].

35. При тези обстоятелства това възражение за недопустимост също следва да се отхвърли като неоснователно.

Б — *По същество*

36. Комисията твърди, че предвидените в член 143, параграфи 1 и 2 от Закона за пенсионните фондове във връзка с член 141, член 136, параграф 3 и член 136а, параграф 2 от същия закон ограничения относно размера и естеството на възможните инвестиции в чужбина, които се отнасят до разходите за функциониране на пенсионните фондове от отворен тип, могат да разубедят тези фондове да влагат своите активи извън полска територия, поради което представляват препятствия пред свободното движение на капитали по смисъла на член 56 ЕО.

10 — Вж. в този смисъл Решение от 20 юни 2002 г. по дело Комисия/Германия (C-287/00, Recueil, стр. I-5811, точка 24).

37. Република Полша счита, че член 56 ЕО не се прилага спрямо инвестиционната дейност на пенсионните фондове от отворен тип. Тя твърди по същество, че правният статут на пенсионните фондове от отворен тип и обстоятелството, че тяхната дейност се отнася до пенсионната схема за задължително пенсионно осигуряване, изключват разпоредбите на член 143, член 136, параграф 3 и член 136а от Закона за пенсионните фондове от приложното поле на гарантираното от Договора основно право на свобода, каквото е правото на свободно движение на капитали.

38. Следователно на първо място трябва да се установи дали в случая член 56 ЕО е приложим.

1. Относно приложното поле на член 56 ЕО

39. В началото трябва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика по принцип член 56, параграф 1 ЕО забранява ограниченията върху движението на капитали между държавите членки [11].

40. При отсъствие в Договора на определение на понятието „движение на капитали“ по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО Съдът признава указателния характер на посочената в приложение I от Директива 88/361/ЕИО номенклатура на движенията на капитали [12].

41. Съдът приема, че движение на капитали по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО са и така наречените „портфейлни“ инвестиции, а именно инвестициите, осъществени под формата на придобиване на ценни книжа на капиталовите пазари с единствена цел да се направи финансово вложение, без намерение да се влияе върху управлението и контрола на предприятието [13].

42. Според Съда като „ограничения“ по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО следва да се квалифицират националните мерки, които могат да възпрепятстват или ограничат придобиването на дялове от въпросните дружества или да възпрат инвеститорите от останалите държави членки да инвестират в техния капитал [14].

11 — Вж. по-специално Решение от 28 септември 2006 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-282/04 и C-283/04, Recueil, стр. I-9141, точка 18 и цитираната съдебна практика), както и Решение от 23 октомври 2007 г. по дело Комисия/Германия (C-112/05, Recueil, стр. I-8995, точка 17).

12 — Директива на Съвета от 24 юни 1988 г. за прилагане на член 67 от Договора (отменена с Договора от Амстердам разпоредба), (ОВ L 178, стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 10, том 1, стр. 10).

13 — Вж. Решение по дело Комисия/Нидерландия, посочено по-горе, точка 19 и цитираната съдебна практика.

14 — Вж. Решение от 4 юни 2002 г. по дело Комисия/Португалия (C-367/98, Recueil, стр. I-4731, точки 45 и 46), Решение от 4 юни 2002 г. по дело Комисия/Франция (C-483/99, Recueil, стр. I-4781, точка 40), Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания (C-463/00, Recueil, стр. I-4581, точки 61 и 62), Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Обединено кралство (C-98/01, Recueil, стр. I-4641, точки 47 и 49); Решение от 2 юни 2005 г. по дело Комисия/Италия (C-174/04, Recueil, стр. I-4933, точки 30 и 31), както и Решение по дело Комисия/Нидерландия, посочено по-горе (точка 20).

43. По мое мнение направените в пенсионни фондове от отворен тип инвестиции напълно отговарят на определението за портфейлни инвестиции. Република Полша обаче твърди, че държавният характер на пенсионните фондове ги изключва от приложното поле на член 56 ЕО.

44. Преди да се обсъди дали разглежданите фондове имат такъв характер, трябва да се провери дали държавният характер на пенсионните фондове би могъл да играе определяща роля за свободното движение на капитали, тъй като, ако това не е така, ще бъде безсмислено да се анализира дали разглежданите фондове са „частни“ или „държавни“ по своето естество [15].

45. Предоставянето на свобода за движението на капитали, която Договорът за създаване на Европейската икономическа общност е предвиждал съгласно първоначалната редакция на член 67 от Договора за ЕИО, е преследвало само една цел, за постигането на която е било необходимо да се предприемат последващи мерки [16].

46. Що се отнася до обхвата на предоставената свобода, то с позоваването на „пребиваващи в държавите членки лица“ първоначалният текст вероятно създава известна неяснота относно обхвата на тази разпоредба. Въпреки това е очевидно, струва ми се, че от самото начало се имат предвид държавите членки [17], и именно това става ясно от въведеното с Договора от Маастрихт изменение, което премахва всякакво позоваване на лица, заличавайки тъкмо думите „пребиваващи в държавите членки лица“ [18].

47. Поради това член 56 ЕО всъщност е приложим към пенсионните фондове от отворен тип, дори ако техните дейности са „държавни“. Следователно мерки като разглежданите в настоящия случай се покриват от разпоредбите на Договора относно свободата на движение на капитали, независимо дали активите на съответния пенсионен фонд от отворен тип са с държавен или с частен произход. При тези условия дори не е необходимо да се установява дали съответните фондове действително имат „държавен“ произход, както

15 — Трябва да отбележа все пак, че „публичният“ или „частният“ характер на тези фондове би могъл да има отражение върху това дали ограниченията са обективно обосновани или не — въпрос, който ще бъде разгледан по-нататък.

16 — Член 67, параграф 1 от Договора за ЕИО, съгласно който: „Държавите членки премахват постепенно помежду си през преходния период и доколкото е необходимо за доброто функциониране на общия пазар ограниченията, свързани с движението на капитали, които принадлежат на пребиваващи в държавите членки лица, както и прилагането на дискриминационно отношение въз основа на национална принадлежност, на местоживеенето на страните или на мястото на вложението“.

17 — Вж. в това отношение и предишния член 68, параграф 3 от Договора за ЕИО (отменен на 1 януари 1994 г. с Договора от Маастрихт), съгласно който „заемите, предназначени за пряко или непряко финансиране на държава членка или на нейни органи на местно самоуправление могат да бъдат емитирани или вложени в други държави членки само когато заинтересованите държави са постигнали съгласие за това. Тази разпоредба не е пречка за прилагането на член 22 от Протокола за устава на Европейската инвестиционна банка“. Според мен тази разпоредба щеше да е излишна, ако действията на държавите членки на капиталовите пазари не бяха визирани от разпоредбите на Договора за ЕИО, които се отнасят до свободното движение на капитали.

18 — Вж. член 73 Б, параграф 1 от Договора за ЕО (понастоящем член 56, параграф 1 ЕО), съгласно който: „В рамките на разпоредбите на настоящата глава, всички ограничения върху движението на капитали между държавите членки и между държавите членки и трети страни се забраняват“.

твърди Република Полша. Освен това е без значение и въпросът кой следва да се приеме за „собственик“ на активите, с които пенсионните фондове от отворен тип разполагат [19].

2. Относно съществуването на ограничение на свободното движение на капитали

а) Член 143 от Закона за пенсионните фондове

48. Първото твърдение на Комисията за въведено ограничение на свободното движение на капитали е следното. Член 143, параграф 2 от Закона за пенсионните фондове ограничавал стойността на вложенията извън Полша, които може да направи даден пенсионен фонд от отворен тип.

49. Установявам, че съгласно тази разпоредба вложенията в чужбина не могат да надхвърлят 5 % от стойността на активите на съответния фонд. Следователно разпоредбата въвежда количествено ограничение за движението на капитали. Тя е равностойна на задължението да се инвестират 95 % от активите на пенсионния фонд от отворен тип в полски акции, права на вземане или депозити и поради това въвежда система на национално предпочитание спрямо направените от тези фондове инвестиции.

50. Освен това изведеният в член 143, параграф 1 от Закона за пенсионните фондове списък на инвестициите в чужбина не съдържа всички категории вложения, които са изброени в член 141 от този закон, отнасящ се до допустимите за националната територия инвестиции. Всъщност член 143, параграф 1 от закона предвижда само следните възможности за вложение извън полска територия на активи на пенсионните фондове от отворен тип:

— ценни книжа, емитирани от дружества, котирани на основните борсови пазари на държава — членка на ОИСР, или на посочена в министерското разрешение държава,

— съкровищни бонове или ценни книжа, емитирани от централната банка на държава — членка на ОИСР, или на посочена в министерското разрешение държава, и

— дялове, емитирани от предприятия за колективно инвестиране със седалище извън Полша, ако тези дялове са достъпни за широк кръг лица и са възвръщаеми по искане на инвеститора.

19 — Следва да се подчертае, че за свободното движение на капитали Договорът не предвижда изключение, свързано с „публичната власт“, какъвто е случаят със свободното движение на хора съгласно член 39, параграф 4 ЕО, с правото на установяване съгласно член 45, първа алинея ЕО и с услугите съгласно член 55 ЕО.

51. Следователно в сравнение с изброените в член 141, параграф 1 от Закона за пенсионните фондове категории вложения, които могат да се осъществяват в Полша, пенсионните фондове от отворен тип не могат да инвестират в чужбина, по-конкретно в следните финансови инструменти:

— предоставените на правителството на друга държава членка или на нейната централна банка заеми и кредити (вж. член 141, параграф 1, точка 1),

— облигациите и другите ценни книжа, по-специално депозитите и заемите на други субекти, които са гарантирани от правителството на друга държава членка или от нейната централна банка (вж. член 141, параграф 1, точка 2),

— облигациите и другите дългови ценни книжа, емитирани от орган на местно самоуправление на друга държава членка (вж. член 141, параграф 1, точки 9—12),

— акциите на котирани дружества, които се търгуват на борса, различна от първичния пазар (вж. член 141, параграф 1, точка 5) и заменимите облигации (вж. член 141, параграф 1, точка 4), и

— преференциалните права на подписка, опции върху акции и заменими в акции облигации на котирани извън регулиран борсов пазар дружества или които са безналични, но не са котирани на регулирания пазар (вж. член 141, параграф 1, точка 5).

52. Самата Република Полша признава, че член 143 от Закона за пенсионните фондове налага ограничение за инвестициите на пенсионни фондове от отворен тип.

53. По мое мнение по-стесненият списък на допустимите в чужбина вложения от този на вложенията, допустими на националната територия, не само представлява ограничение на движението на капитали по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО, но и е дискриминация по отношение на инвестициите в чуждестранни ценни книжа спрямо тези в национални ценни книжа.

б) Член 136, параграф 3 от Закона за пенсионните фондове

54. Второто твърдение на Комисията за въведено ограничение на свободното движение на капитали е следното. Съгласно член 136, параграф 3 от Закона за пенсионните фондове стойността на направените от пенсионен фонд от отворен тип вложения в дялове, емитирани от предприятия за колективно инвестиране (инвестиционни фондове) със седалище в чужбина и предвидени в член 143, параграф 1 от Закона за пенсионните фондове, не трябвало да се вземат предвид при определянето на нетните активи на съответния фонд. Въпреки това сумата, дължима на управляващото дружество под формата на разходи за управлението на пенсионния фонд от

отворен тип, трябвало да се изчисли въз основа на стойността на нетните активи на фонда в съответствие с член 136, параграф 2а от Закона за пенсионните фондове. Поради това управляващото дружество нямало да може да удържа разходи за управлението на активите на пенсионния фонд от отворен тип, които са инвестирани в инвестиционни фондове със седалище в чужбина, независимо от тяхната категория.

55. Според мен тази разпоредба представлява ограничение на движението на капитали по смисъла на член 56 ЕО, доколкото чрез нея се разубеждават пенсионните фондове от отворен тип да инвестират своите активи в чуждестранни инвестиционни фондове. В случая е налице пряко ограничаване.

56. Освен това тя ограничава движението на капитали непряко, като ограничава инвестициите, които пенсионните фондове от отворен тип могат да осъществяват в националните инвестиционни фондове, които на свой ред влагат своя капитал в чужбина [20].

57. По този начин посочената разпоредба наказва вложенията в чуждестранни инвестиционни фондове в сравнение с осъществяваните от пенсионни фондове от отворен тип вложения в национални инвестиционни фондове, които не са изброени в член 141, параграф 1, точка 8 от Закона за пенсионните фондове (например инвестиционни фондове от затворен тип) и от които управляващото дружество би могло да удържа разходи за управление.

20 — Член 136, параграф 3 от посочения закон, който препраща към член 141, параграф 1, точка 8 от него, третира по този начин само вложенията в национални инвестиционни фондове от отворен тип и в специализирани инвестиционни фондове от отворен тип.

в) Член 136а, параграф 2 от Закона за пенсионните фондове

58. Третото твърдение на Комисията за въведено ограничение на свободното движение на капитали е следното. Член 136а, параграф 2 от Закона за пенсионните фондове определял, че дължимите на чуждестранните клирингови къщи разходи за осъществени сделки можели да се покрият от активите на пенсионен фонд от отворен тип само до размера на съответни дължими към национални клирингови къщи суми.

59. Считам, че тази разпоредба също може да разубеди пенсионните фондове от отворен тип да инвестират в чужбина, доколкото те не биха могли да покрият напълно разходите за тези сделки от своите активи, както е възможно да се направи при инвестиране на националната територия. По този начин член 136а, параграф 2 от посочения закон не само ограничава движението на капитали, но и наказва инвестициите в чужбина на пенсионните фондове от отворен тип.

3. Относно съществуването на обоснованост за ограниченията на свободното движение на капитали

60. От гореизложеното се налага изводът, че разглежданата правна уредба въвежда ограничения за движението на капитали по смисъла на член 56 ЕО. Съгласно постоянната съдебна практика национални разпоредби, които ограничават свободното движение на капитали, могат да бъдат обосновани с посочените в член 58 ЕО мотиви или императивни съображения от общ интерес, при условие че са подходящи да гарантират постигането на преследваната цел и не излизат извън необходимото за постигането ѝ [21]. Очевидно е, че може да се направи позоваване и на някои други дерогиращи разпоредби от Договора, както е направила Република Полша. Според мен в дадения контекст, за да се определи дали тяхното съдържание позволява да се обосноват установените ограничения, следва да се разгледат член 58 ЕО, член 86, параграф 2 ЕО, член 137, параграф 4 ЕО и член 295 ЕО, на които се позовава Република Полша.

61. От своя страна, без да поставя под съмнение необходимостта да се гарантира сигурността на финансовите средства, натрупани по пенсионните партиди на пенсионните фондове от отворен тип, Комисията счита, че подобни ограничения не могат да се обосноват нито с член 58, параграф 1, буква б) ЕО или някоя друга от посочените разпоредби, нито с императивни съображения от общ интерес, каквито биха били финансовата стабилност на пенсионните фондове от отворен тип и защитата на техните членове, поради техния дискриминационен характер, и че те при всички случаи са несъразмерни.

62. Република Полша не оспорва ограничителния характер на разглежданите разпоредби, но все пак твърди, че те са обосновани. Следователно е необходимо да се анализират изложените доводи за обоснованост.

а) Обосновката, изведена от член 58 ЕО

63. Република Полша посочва два вида доводи въз основа на член 58 ЕО, за да обоснове по-строгото отношение към осъществяваните от пенсионните фондове от отворен тип инвестиции в чужбина в сравнение с тези, които те осъществяват в Полша. Тя се позовава, от една страна, на опасността от колебания на лихвените проценти, а от друга страна, на предполагаемите трудности, които те биха изпитали, за да получат информация относно капиталовите пазари в чужбина и техните финансови инструменти, в резултат на което щяла да възникне „информационна асиметрия“.

21 — Вж. Решение от 11 ноември 2010 г. по дело Комисия/Португалия (C-543/08, Сборник, стр. I-11241, точка 83 и цитираната съдебна практика.

64. Напомням, че съгласно член 58, параграф 1, буква б) ЕО член 56 ЕО не засяга правото на държавите членки да предприемат всички необходими мерки, за да предотвратят нарушаването на своите закони и правила, по-конкретно във финансовата област или в областта на надзора за разумно финансово управление над финансовите институции, да предвидят процедури по заявяване на движението на капитали с цел предоставяне на административна или статистическа информация или да предприемат мерки, обосновани със свързани с обществения ред или обществената сигурност мотиви [22].

65. Струва ми се, че полските пенсионни фондове от отворен тип не могат да бъдат определени като финансови институции, дори съответната правна регламентация да можеше да се счита за попадаща в надзора за разумно финансово управление на тези фондове. В действителност всички доводи на Република Полша имат за цел да докажат, че пенсионните фондове са еманация на полската държава, като именно това според мен изключва възможността те да бъдат определяни като финансови институции. Освен това държавата членка не се позовава на изключение, което да е обосновано от съображения, свързани с обществения ред или с обществената сигурност, а и според мен тя не би могла да направи това. Останалите предвидени в посочената разпоредба дерогации не изглежда да са относими.

22 — Освен това съгласно параграф 3 от посочената разпоредба предвидените в параграфи 1 и 2 мерки и процедури не трябва да представляват нито средство за произволна дискриминация, нито прикрито ограничаване на свободното движение на капитали и плащания, така както са определени в член 56 ЕО.

66. Поради това разглежданите ограничения на свободното движение на капитали не могат да се обосноват съгласно член 58, параграф 1, буква б) ЕО.

б) Обосновката, изведена от член 86, параграф 2 ЕО

67. Според Република Полша приложимостта на член 56 ЕО също трябва да се отхвърли въз основа на член 86, параграф 2 ЕО, доколкото пенсионните фондове от отворен тип били предприятия, на които е възложено управлението на услуги от общ икономически интерес.

68. Твърдя, че приложимостта на член 86, параграф 2 ЕО изисква да е налице предприятие, което осъществява дейност на пазара чрез предлагането именно на стоки и услуги. Възможно е с тази цел на дадено предприятие да бъдат предоставени някои държавнически правомощия [23].

23 — В това отношение е добре да се напомни какво пише за функционалния подход генералният адвокат Jacobs в заключението, които представя по дело AOK Bundesverband и др., по което на 16 март 2004 г. е постановено решение (C-264/01, C-306/01, C-354/01 и C-355/01, Recueil, стр. I-2493, точка 25), а именно че:„По отношение на статута на здравните каси Съдът, за да реши дали даден субект е предприятие по смисъла на общностните правила на конкуренцията, прилага подход, който би могъл да се нарече функционален, доколкото се отнася до вида на осъществяваната икономическа дейност, а не до характеристиките на участниците в тази дейност, до социалните цели, които са свързани с нея, или до условията на регулиране и финансиране, с които субектът е обвързан в конкретна държава членка […]. Щом определена дейност има характеристиките на икономическа дейност, то спрямо участниците в нея е приложимо общностното право на конкуренцията“.

69. В случая Република Полша определя разглежданите фондове като еманация на държавата, еманация, която преследва социални по своята природа цели. По мое мнение това изключва възможността те да бъдат определяни като предприятия, осъществяващи икономически дейности, което е условие за приложимостта на член 86, параграф 2 ЕО.

70. Въпреки това поначало не е изключено да се приеме, че взети поотделно, управляващите тези фондове дружества, както и субектите, в които участват управляващите дружества и техните фондове, са предприятия, дори когато става дума за система на задължително пенсионно осигуряване, стига тези предприятия да осъществяват дейност на пазара.

71. При все това дадено управляващо дружество не може да предлага своите услуги на неопределен кръг от клиенти, тъй като полското законодателство изисква управляващото дружество да управлява само един пенсионен фонд от отворен тип. Според мен това изключва възможността техните дейности да се определят като предоставяне на услуги по смисъла на правото на конкуренцията, макар че законодателят изглежда им е поставил като цел реализирането на печалба, за да се увеличи конкуренцията в областта на задължителното пенсионно осигуряване.

72. Що се отнася до пенсионните фондове от отворен тип, чиито ползватели са осигуряващите се лица, тяхната дейност би могла да се определи като предоставяне на услуга от общ интерес, доколкото тя се състои в управлението на капитали по начин, по който те да могат да прехвърлят ликвидни средства към ZUS, която впоследствие да може да превежда на правоимащите лица пенсиите, съответстващи на натрупаните вноски. Все пак другата страна на дейността на пенсионните фондове от отворен тип, която се състои във вложението на активи, не се различава от дейностите на останалите институционализирани инвеститори, подчинени на строгия надзор за разумно финансово управление, какъвто е случаят със животозастраховащите дружества.

73. В заключение, дори за изходна точка да се приеме хипотезата, че управляващи дружества, разгледани поотделно или взети заедно с управляваните от тях фондове, са предприятия в смисъла, който се влага в правото на конкуренцията, Република Полша не доказва защо разглежданите ограничения биха били необходими, за да се гарантира осъществяването на преследваните от тези фондове цели. Тя всъщност не доказва, че в областта на инвестициите е необходимо национално предпочитание, за да се постигне целта на фондовете, която се състои в това те да могат да предоставят на системата на задължително пенсионно осигуряване услуги за управление на капитали.

74. С оглед на изложените мотиви тази обосновка следва също да се отхвърли.

в) Обосновката, изведена от член 137, параграф 4 ЕО

75. Република Полша твърди, че съгласно член 137, параграф 4 ЕО единствено тя имала компетентност да определя принципите на функциониране на системата

на задължително социално осигуряване, към която член 56 ЕО изобщо не бил приложим.

76. Тази теза не може да бъде възприета.

77. Всъщност, ако действително при липсата на хармонизиране на общностно равнище законодателството на всяка държава членка трябва да определи в частност условията относно задължението за осигуряване към схема на социално осигуряване и следователно начина на финансиране на тази схема, при упражняване на посочената компетентност държавите членки трябва да спазват общностното право, включително свободното движение на капитали [24].

78. Освен това член 137, параграф 4 ЕО създава рамка за разпоредбите, които законодателят на Съюза трябва да приеме на основание на този член. Той не предвижда дерогиране от признатите в Договора основни свободи.

79. Следователно тази обосновка трябва да се отхвърли.

г) Обосновката, изведена от член 295 ЕО

80. По отношение на член 295 ЕО, съгласно който „[Д]оговор[ът] по никакъв начин не засяга разпоредбите в държавите членки, отнасящи се до системата на собственост върху имущество“, достатъчно е да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика посоченият член не изключва прилагането на основните норми на Договора към съществуващите в държавите членки системи на собственост и следователно с него не могат да се обосноват пречки за предвидените в Договора свободи [25]. Съдът вече е приложил този принцип в контекста на правилата за „golden shares“, които някои държави членки запазват за себе си в приватизираните предприятия.

81. Въпреки наложените от законодателя ограничения по отношение на предмета на портфейлните инвестиции на пенсионните фондове от отворен тип, струва ми се, че те не могат да се приемат за част от уредбата на собствеността в дадената държава членка.

82. С оглед на посочените доводи тази обосновка също трябва да се отхвърли.

24 — Вж. в този смисъл Решение от 5 март 2009 г. по дело Kattner Stahlbau (C-350/07, Сборник, стр. I-1513, точка 74).

25 — Вж. в този смисъл Решение от 8 юли 2010 г. по дело Комисия/Португалия (C-171/08, Сборник, стр. I-6817, точка 64 и цитираната съдебна практика).

д) Обосновката, изведена от императивни съображения от общ интерес

83. Република Полша изтъква като основен довод естеството и публичния произход на пенсионните фондове от отворен тип. Не изключвам възможността ограниченията за инвестициите на тези фондове да се обосноват с императивни съображения от общ интерес, които са свързани с поставените задачи и целите на тези фондове в системата на социално осигуряване [26]. Видно е, че по тези съображения инвестициите на даден пенсионен фонд от отворен тип трябва да изпълняват изисквания, свързани с ликвидност и сигурност, за да може пенсионната система да предоставя на пенсионерите дължимите престации.

84. Според моите първоначални наблюдения всеки разумен институционален инвеститор определя своята инвестиционна политика по отношение на допустимите рискове и неустойчивост, както и с оглед на желаните инвестиционни приходи. Необходим елемент при определянето на тази политика е разпределянето на инвестициите в различни категории по инвестиционен предмет и тяхното разнообразяване чрез насочването им към различни географски пазари.

85. В случая на публичните инвеститори, каквито са държавите, централните банки, другите субекти на публичното право, както и институциите или организациите, които са част от системата на социално осигуряване, според мен е нормално общата рамка на инвестиционната политика да може да бъде определяна по законов, подзаконов или административен ред, какъвто е случаят с поднадзорните институции [27].

86. Освен това според мен е също така обосновано отнасящите се до субектите на публичното право правни норми относно техните инвестиционни политики да могат да отиват отвъд принципите на надзора за разумно финансово управление, които се прилагат от частните инвеститори спрямо собствените им инвестиционни политики, ако това е необходимо, за да им се позволи да изпълняват възложените им специфични задачи, свързани например с финансовата, валутната или социалната политика. Тези видове ограничения могат да наложат изисквания в областта на ликвидността или сигурността на инвестициите или ограничения при поемането на някои рискове.

87. Въпреки това ограниченията на пенсионните фондове от отворен тип, наложени от законодателя в дадения случай, не ми изглеждат нито последователни, нито пропорционални. Забелязвам например, че когато става дума за полски инвестиции, законодателството допуска рискове, свързани с някои видове инвестиции, но не ги

26 — Вж. в този смисъл Решение от 8 юли 2010 г. по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе (точка 69). Вж. също така заключението на генералния адвокат от 8 март 2011 г., представено по висящото пред Съда дело Комисия/Австрия (C-10/10), точка 59 и сл.

27 — Комисията споменава като пример член 18, параграф 5, буква б) от Директива 2003/41/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 3 юни 2003 година относно дейностите и надзора на институциите за професионално пенсионно осигуряване (ОВ L 235, стр. 10; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 6, стр. 219), който въвежда принцип на разумно финансово управление от този вид, определяйки на 30 % максималното ниво на инвестициите в активи, деноминирани във валути, различни от тези, в които са изразени задълженията на финансовата институция.

допуска, когато става дума за сравними инвестиции в другите държави членки[28].

88. От гледна точка на управлението на рисковете тези ограничения налагат на пенсионните фондове от отворен тип задължението да концентрират почти изцяло своите инвестиции на полския капиталов пазар. Ако се приеме, че правото на Европейския съюз не налага на публичните инвеститори в държавите членки задължението да разнообразяват своите инвестиции, национална правна уредба, която по очевиден начин по-скоро увеличава, отколкото намалява нивото на инвестиционните рискове, не би могла да се разглежда като обосновка, свързана с надзора за разумно финансово управление над тези фондове.

89. По тези съображения достигам до извода, че разглежданите ограничения също не могат да се обосновят с императивни съображения от общ интерес, които са свързани със специалните задачи и цели на пенсионните фондове от отворен тип.

V — Заключение

90. С оглед на гореизложеното предлагам на Съда:

— да установи, че като е запазила в сила член 143, член 136, параграф 3 и член 136а, параграф 2 от Закона за организацията и дейността на пенсионните фондове (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych) от 28 август 1997 г., по силата на които се ограничават инвестициите в чужбина на полските пенсионни фондове от отворен тип, Република Полша не е изпълнила задълженията си по член 56 ЕО, и

— да осъди Република Полша да заплати съдебните разноски.

28 — От гледна точка на пропорционалността задължението за инвестиране най-малко на 95 % от активите на вътрешния пазар не би могло да се определи като подходящо средство за защита на инвестициите срещу рисковете от колебание на стойностите.