# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 28. januar 1999 *

Indhold


I — Indledning ..... I-5755

II — Den nationale lovgivning ..... I-5756

III — Faktiske omstændigheder ..... I-5762

A — Sag C-67/96, Albany International ..... I-5762

B — Forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming ..... I-5764

C — Sag C-219/97, BV Maatschappij Drijvende Bokken ..... I-5766

IV — Formaliteten ..... I-5769

V — Indholdet af de forelagte spørgsmål ..... I-5771

VI — Traktatens artikel 85, stk. 1 ..... I-5772

A — Komparativ oversigt ..... I-5774

B — Anvendeligheden ratione materiae af traktatens artikel 85, stk. 1 ..... I-5784

1. Gælder der en generel undtagelse for det sociale område? ..... I-5785

2. Er kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter undtaget? I-5787

a) Findes der en grundlæggende ret til kollektiv forhandling? ..... I-5787

b) Tilskyndelse til kollektive forhandlinger i fællesskabsretten ..... I-5794

C — Aftale mellem virksomheder ..... I-5802

1. Virksomhed eller sammenslutning af virksomheder ..... I-5802

a) Arbejdstagere ..... I-5803

b) Fagforeninger ..... I-5805

c) Arbejdsgivere ..... I-5807

2. Aftale eller en anden form for samordnet praksis ..... I-5808

D — Begrænsning af konkurrencen ..... I-5809

1. Aftalen om at oprette én enkelt pensionsfond, der administreres af arbejdsgiverne og fagforeningerne i fællesskab ..... I-5811

a) Begrænsning af konkurrencen i relation til arbejdsgiverne ..... I-5812

b) Begrænsning af konkurrencen i relation til pensionsforsikringsselskaberne ..... I-5816


* Originalsprog: engelsk.

2. Aftalen om sammen med fagforeningerne at indgive begæring til den kompetente minister om at indføre tilslutningspligt for samtlige virksomheder i branchen ..... I-5818

VII — Artikel 5 og 85 ..... I-5820

VIII — Er de nederlandske erhvervspensionsfonde »virksomheder«? ..... I-5822

IX — Artikel 90 og 86 ..... I-5835

A — Anvendeligheden af artikel 90, stk. 1: virksomheder, som er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder ..... I-5840

B — Anvendeligheden af artikel 86: en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf ..... I-5841

C — Nationale foranstaltninger, der strider imod artikel 90 og 86 ..... I-5842

1. Tilslutningspligtens forenelighed med artikel 90 og 86 ..... I-5842

a) Dommene af ERT-typen ..... I-5844

b) Dommene af Höfner og Elser-typen ..... I-5846

c) Dommene af Corbeau-typen ..... I-5849

2. Reglerne om, at fondene efter eget skøn kan meddele fritagelse for tilslutningspligten ..... I-5853

X — Retsvirkningerne af Domstolens dom ..... I-5858

XI — Forslag til afgørelse ..... I-5861

## I — Indledning

1. Hoge Raad (højesteret) og distriktsdomstolene Kantongerecht, Roermond, og Kantongerecht, Arnhem, alle Nederlandene, har i de foreliggende sager anmodet Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse om en række spørgsmål, der drejer sig om, hvorvidt et system med obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsfonde er foreneligt med traktatens konkurrenceregler. I de tre sager, hvorunder spørgsmålene er blevet rejst, har den sagsøgende virksomhed nedlagt påstand om annullation af et pålæg, som en erhvervspensionsfond har udstedt til den om at betale bidrag til dens ordning.

2. Sagerne rejser en række generelle spørgsmål, som må behandles, inden de mere specifikke spørgsmål vedrørende sagens realitet kan undersøges. Alle tre sager drejer sig om, hvorvidt et nationalt system, hvor det efter begæring fra arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter inden for en branche kan gøres obligatorisk for samtlige virksomheder inden for branchen at være tilsluttet en erhvervspensionsfond, krænker traktatens artikel 5, sammenholdt med artikel 85, eller dens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. Desuden rej-

ser sagerne i relation til traktatens artikel 5 og 85 det spørgsmål, om en kollektiv overenskomst mellem arbejdsgiverne og arbejdstagerne inden for en branche om at oprette en erhvervspensionsordning er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1. Domstolen skal således for første gang tage stilling til forholdet mellem traktatens konkurrenceregler og aftaler indgået af arbejdsmarkedets parter efter kollektive forhandlinger. Yderligere er der rejst et spørgsmål, som vedrører anvendelsen af traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86, og som drejer sig om, hvorvidt de nederlandske erhvervspensionsfonde, der fungerer inden for rammerne af reglerne om obligatorisk tilslutning til sådanne, er virksomheder som omhandlet i traktatens konkurrenceregler.

## II — Den nationale lovgivning

3. Det nederlandske pensionssystem er baseret på tre former for pension:

— Den første er en lovbestemt grundpension, der ydes af staten i overensstemmelse med Algemene Ouderdomswet (lov om almindelig alderdomspension, herefter »AOW«)[1] og Algemene Nabestaandenwet (lov om den almindelige forsikringsordning for efterladte). Denne ordning giver hele befolkningen ret til en fast ydelse, der beregnes som en procentdel af mindstelønnen. Ydelsen nedsættes for hvert år, den pågældende ikke har været forsikret. Deltagelse i ordningen er obligatorisk.

— Den anden form for pension er de tillægspensioner, der ydes i forbindelse med lønnet eller selvstændig erhvervsmæssig virksomhed, og som i de fleste tilfælde supplerer grundpensionen. Disse tillægspensioner administreres normalt i henhold til kollektive ordninger, der gælder for en branche, et erhverv eller de ansatte i en virksomhed.

— Den tredje form for pension er de individuelle pensionsforsikrings- eller livsforsikringsaftaler, der kan indgås på frivilligt grundlag.

4. De foreliggende sager vedrører alle erhvervspensionsordninger henhørende under den anden form for pension, hvorefter der ydes tillægspension til arbejdstagere. I den henseende adskiller de sig fra de tillægspensionsordninger, der var omhandlet i Van Schijndel og Van Veen-sagerne[2],

1 — Stbl. 1956, 281.

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

hvorefter der blev ydet pension til udøverne af et erhverv.

5. Efter den nederlandske lovgivning står det i princippet arbejdsgiverne frit, om de vil tilbyde deres ansatte en tillægspensionsordning. Ønsker de dette, kan de oprette en virksomhedspensionsordning i form af en virksomhedspensionsfond eller indgå en gruppeforsikringsaftale med et forsikringsselskab. De kan også oprette en erhvervspensionsordning sammen med andre arbejdsgivere eller slutte sig til en eksisterende erhvervspensionsordning.

6. I praksis er arbejdsgiverne imidlertid ofte forpligtet til at tilslutte deres ansatte en obligatorisk erhvervspensionsfond. Sådanne fonde oprettes, efter at arbejdsmarkedets parter inden for en branche har sluttet kollektiv overenskomst derom. Staten gør det derpå obligatorisk at være tilsluttet den ordning, som fondene tilbyder.

7. Den første lov, sådanne ordninger er omfattet af, er Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds af 17. marts 1949[3] (lov om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsfond, herefter »BPW«, med flere senere ændringer).

8. Den centrale bestemmelse i loven er artikel 3, stk. 1. Den bemyndiger socialministeren til på begæring af en gruppe arbejdsgiver- og fagforeninger, som han finder tilstrækkeligt repræsentative, at udstede en bekendtgørelse, der gør det obligatorisk for samtlige persongrupper inden for en given branche at være tilsluttet en erhvervspensionsfond. Er der ikke fremsat nogen begæring, har ministeren ikke en sådan bemyndigelse. Ministeren skal, før han træffer afgørelse, høre Sociaal-Economische Raad (Det Økonomiske og Sociale Råd) og Verzekeringskamer (Forsikringstilsynet), der fører tilsyn med forsikrings- og pensionsfonde.

9. Ifølge artikel 3, stk. 2, i BPW skal alle af bekendtgørelsen omfattede personer samt deres arbejdsgivere overholde den pågældende erhvervspensionsfonds bestemmelser. De forpligtelser, der følger af disse bestemmelser, herunder pligten til at betale bidrag, kan håndhæves ved domstolene. Efter artikel 18 kan pensionsfonden udstede et eksigibelt påbud til inddrivelse af udestående præmier.

10. Under parlamentets forhandlinger forud for vedtagelsen af BPW redegjorde

3 — Stbl. 1949, J 121.

regeringen for formålet med reglerne om tilslutningspligt og anførte[4]:

» ... hensigten med lovforslaget er at fastsætte regler for individuelle pensionsordninger, der svarer til reglerne i Wet op het Algemeen Verbindend Verklaren van Bepalingen van Collectieve Arbeidsovereenkomsten (lov om almen gyldighed af bestemmelser i kollektive overenskomster), med hensyn til ansættelsesvilkår. Det skal således forhindre, at nogle arbejdsgivere i en branche opnår en fordel over for andre arbejdsgivere i samme branche ved at undlade at yde pension ...«

Den daværende socialminister udtalte:[5]

» ... erhvervspensionsforsikring af den i lovforslaget omhandlede art er særlig hensigtsmæssig, fordi den bygger på princippet om kollektiv forsikring, dvs. at samtlige erhvervsudøvere i en branche — først og fremmest arbejdsgiverne og arbejdstagerne — ... kollektivt påtager sig ansvaret for at indsamle de nødvendige midler til at sikre, at alle, som har arbejdet et tilstrækkeligt antal år inden for branchen, og som har nået en bestemt alder, kan oppebære de ydelser, som de har behov for. Hvis man overlod det til de beskæftigede selv at forsikre sig — sådan som det sker i visse tilfælde — og lod det blive ved det, ville de bedst stillede forholdsvis let kunne sørge for sig selv i modsætning til dem, der er mindre gunstigt stillet«.

11. Ifølge artikel 5, stk. 2, i BPW skal en række betingelser være opfyldt, før ministeren kan indføre tilslutningspligt. F.eks. skal arbejdsgiverne og arbejdstagerne i henhold til artikel 5, stk. 2, punkt IV, være ligeligt repræsenteret i den pågældende fonds bestyrelse, og fonden skal ifølge punkt V være en juridisk person.

12. I artikel 5, stk. 2, punkt II, opregnes en række spørgsmål, som der skal være truffet bestemmelse om i pensionsfondenes vedtægter og regulativer. Det fremgår nærmere bestemt af artikel 5, stk. 2, punkt II, litra l), at vedtægterne og regulativerne skal give mulighed for under visse omstændigheder at dispensere fra tilslutningspligten eller i det mindste fra nogle af de forpligtelser, som tilslutningen indebærer.

13. Artikel 5, stk. 3, bemyndiger socialministeren til at fastsætte »richtlijnen« (retningslinjer) for fritagelse for tilslutningspligten. I henhold til denne bestemmelse

4 — Kamerstukken II 1948-1949, 785, nr. 5, s. 2.
5 — Hand. II, 1.2.1949, s. 1101.

udstedte den kompetente minister Beschikking van 29. december 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegen een bijzondere pensionsvoorziening (afgørelse af 29.12.1952 om fastsættelse af retningslinjer for fritagelse for tilslutning til en erhvervspensionsfond på grund af tilslutning til en særlig pensionsordning, herefter »retningslinjerne for fritagelse« eller »retningslinjerne«), med flere senere ændringer[6].

14. Ifølge artikel 1 i den udgave af retningslinjerne, som er relevant for hovedsagerne, er det vedkommende erhvervspensionsfond selv, der meddeler fritagelse. Fritagelse skal være begæret enten individuelt af en ansat eller, som i hovedsagerne, af en arbejdsgiver for samtlige hans ansatte.

15. Fonden kan i henhold til artikel 1 meddele fritagelse fra tilslutningspligten, hvis den tilsluttede virksomhed har oprettet sin egen pensionsordning, og betingelserne i artikel 1, litra a)-d), i retningslinjerne er opfyldt. I artikel 1, litra a), opregnes de alternative former for pensionsordning, der anerkendes, nemlig en virksomhedspensionsfond, en anden erhvervspensionsfond eller en gruppeforsikringsaftale med et privat forsikringsselskab. Ifølge artikel 1, litra b), skal de ydelser, der kan oppebæres i henhold til virksomhedens særlige pensionsordning, mindst svare til dem, som erhvervspensionsfonden giver. Efter artikel 1, litra c), skal der være tilstrækkelig sikkerhed for, at den alternative ordning opfylder sine pensionsforpligtelser. I artikel 1, litra d), bestemmes det, at der, hvis fritagelsen medfører, at ansatte udtræder af fonden, skal udbetales en rimelig kompensation for de forsikringstekniske tab, der lides.

16. Ifølge retningslinjernes artikel 5 skal fonden meddele fritagelse, hvis den pågældende virksomheds særlige pensionsordning opfylder de første tre af de ovennævnte betingelser og bestod seks måneder før indgivelsen af den begæring, på grundlag af hvilken tilslutning til erhvervspensionsfonden blev gjort obligatorisk.

17. Ifølge retningslinjernes artikel 8 skal alle afgørelser vedrørende begæringer om fritagelse være begrundede, og der skal fremsendes en kopi til Verzekeringskamer.

18. Retningslinjernes artikel 9 bestemmer, at en pensionsfonds afslag på at meddele fritagelse kan påklages (»bezwaar«). Klagen behandles af Verzekeringskamer. Den nederlandske regering har oplyst, at til-

6 — *Staatscourant* 1953, 1.

synets afgørelse kun er et forligsforslag og ikke er bindende. Afgørelsen kan ikke appelleres.

19. Ifølge den nederlandske regering kan der være blevet meddelt fritagelse til virksomheder, som var en del af en koncern, og som havde deres egen politik vedrørende arbejdsvilkår, samt virksomheder, som kun midlertidigt var undergivet tilslutningspligten. Derimod hævdede de sagsøgende virksomheder under retsmødet, at der i praksis aldrig eller kun meget sjældent er blevet meddelt fritagelse. Jeg omtaler senere en række nylige ændringer i retningslinjerne for fritagelse.

20. Efter artikel 3, stk. 4, i BPW kan den kompetente minister ophæve tilslutningspligten for en hel branche. Ifølge artikel 3, stk. 5, i BPW skal han ophæve tilslutningspligten, når pensionsfondens vedtægter ændres, medmindre han meddeler, at han ikke har noget at indvende mod ændringerne.

21. Den anden lov, som erhvervspensionsfondene er omfattet af, er Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (lov om pensions- og opsparingsfonde, herefter »PSW«), med flere senere ændringer. Loven indeholder generelle bestemmelser for alle former for pensions- og opsparingsfonde. Dens formål er at beskytte forsikrede personer, hvis arbejdsgiver har truffet foranstaltninger af den pågældende art, idet den skal sikre, at de midler, der afsættes til pension, rent faktisk anvendes til dette formål.

22. I dette øjemed har arbejdsgiverne i henhold til artikel 2, stk. 1, i PSW pligt til at vælge en af tre ordninger med henblik på at adskille de tilvejebragte pensionsmidler fra den resterende del af virksomhedens formue. Arbejdsgiveren kan enten tilslutte sig en erhvervspensionsfond, oprette en virksomhedspensionsfond eller tegne gruppelivsforsikringer eller individuelle livsforsikringer i et forsikringsselskab.

23. I artikel 1, stk. 6, i PSW præciseres det, at loven også finder anvendelse på erhvervspensionsfonde, hvortil tilslutning er gjort obligatorisk i medfør af BPW.

24. Ifølge artikel 6a og 6b i PSW, som blev indføjet i 1990, skal bestyrelsen for den enkelte fond, når et bestemt antal tilsluttede personer kræver det, nedsætte et »deelnemersrad« (råd af tilsluttede personer), der skal høres om spørgsmål vedrørende forvaltningen af fonden.

25. Artikel 9 og 10 i PSW fastlægger i de tilsluttedes interesse, hvordan de tilvejebragte midler skal forvaltes. Efter hoved-

reglen i artikel 9 skal pensionsfondene overføre risikoen i forbindelse med pensionsforpligtelserne eller genforsikre den. For at eliminere faren for uforsvarlig forvaltning eller dårlige investeringer må fonden udelukkende anvende den tilvejebragte formue til at indgå aftaler med forsikringsselskaber.

26. Som en undtagelse fra denne regel kan pensionsfondene i henhold til artikel 10 selv forvalte og investere den tilvejebragte kapital for egen risiko. For at få tilladelse hertil skal fonden forelægge de ansvarlige myndigheder en forvaltningsplan, der nøje redegør for, hvordan fonden vil imødegå den forsikringsmæssige og økonomiske risiko. Planen skal godkendes af Verzekeringskamer. Desuden føres der løbende tilsyn med fonden. Ordningernes forsikringsmæssige resultatopgørelser skal regelmæssigt forelægges Verzekeringskamer til godkendelse. I praksis synes situationen at være den, at samtlige eksisterende erhvervspensionsfonde selv forvalter de indbetalte pensionsbidrag for egen risiko, og at undtagelsen således er blevet reglen [7].

27. Artikel 13-16 i PSW indeholder regler om, hvordan den tilvejebragte kapital skal investeres. I henhold til artikel 13 skal ordningens formue sammen med de anslåede indtægter være tilstrækkelig til at dække pensionsforpligtelserne. Ifølge artikel 14 skal der investeres »op solide wijze« (forsigtigt).

28. Også de nederlandske beskatningsregler er af en vis betydning for de foreliggende sager. Ifølge Kommissionen begrænser skattefradraget for pensionsbidrag sig efter den nederlandske lovgivning til pension, der samlet ikke overstiger et »rimeligt« niveau. I praksis ligger dette niveau efter 40 års arbejde på 70% af den pågældendes slutløn. Reglerne begrænser således reelt størrelsen af de ydelser, der kan oppebæres inden for rammerne af pensionsordninger.

29. Den nederlandske regering har oplyst, at der i dag findes 81 erhvervspensionsfonde i Nederlandene, og at der er tilslutningspligt for 66 af disse. Ifølge de sagsøgte fonde er 91,6% af de personer, der er tilsluttet en erhvervspensionsfond, tilsluttet en fond med tilslutningspligt. 80% af de nederlandske arbejdstagere er obligatorisk tilsluttet en erhvervspensionsfond.

30. Om de 15 erhvervspensionsfonde, for hvilke staten ikke har indført tilslutningspligt, har regeringen forklaret, at et sådant statsligt indgreb er unødvendigt for størstepartens vedkommende, enten fordi der

7 — E. Lutjens: *Pensioenvoorzieningen voor werknemers: juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, Zwolle, 1989, s. 364.

er indgået kollektive overenskomster, som de facto forpligter alle branchens arbejdsgivere til at tilslutte deres ansatte, eller fordi der kun er et begrænset antal store arbejdsgivere i branchen, som under alle omstændigheder har valgt at tilslutte deres ansatte vedkommende erhvervspensionsfond. Regeringen har oplyst, at de øvrige erhvervspensionsfonde uden tilslutningspligt kun omfatter et mindre antal små brancher eller brancher, hvor der ikke er længere er nogen væsentlig erhvervsmæssig aktivitet.

## III — Faktiske omstændigheder

### A — *Sag C-67/96, Albany International*

31. Sagsøgte i hovedsagen, Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (herefter »erhvervspensionsfonden for tekstilindustrien« eller »fonden«), er en erhvervspensionsfond i BPW's forstand for tekstilindustrien. Sagsøger i hovedsagen, Albany International BV (herefter »Albany«), er et selskab, der bl.a. driver virksomhed inden for denne industri.

32. Ifølge parterne i hovedsagen og den nederlandske regering blev der på begæring af arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter ved en bekendtgørelse, der udstedtes i 1952, indført tilslutningspligt for en række pensionsfonde, som hver for sig dækkede en del af tekstilindustrien. Der fandt en række sammenlægninger sted, og i 1975 gjorde sammenlægningen af de to tilbageværende fonde i tekstilindustrien og oprettelsen af én enkelt fond for hele branchen det nødvendigt at udstede en ny bekendtgørelse, hvorved tilslutning til den sagsøgte fond blev gjort obligatorisk. Albany har siden 1975 efterlevet sin pligt til at deltage i ordningen.

33. Fondens ordning var fra 1975 baseret på et system med et fast beløb. Pensionsydelserne stod ikke i forhold til lønnen, men bestod af et fast beløb for hvert år, den pågældende havde været ansat i virksomheden. Ifølge Albany var den højeste pension, som en arbejdstager kunne forvente efter 50 års ansættelse, kun 200 NLG om måneden.

34. Derfor oprettede Albany i 1981 en tillægspensionsordning, der blev administreret af et forsikringsselskab. Denne ordning sikrede de ansatte ydelser, der sammen med grundpensionen i henhold til AOW og den af fonden udbetalte tillægspension udgjorde en samlet pension på 70% af slutlønnen efter 40 års ansættelse.

35. Efter forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter ændrede fonden reglerne for

sin tillægspensionsordning med virkning fra den 1. januar 1989 og indførte en lønbaseret pensionsordning. Ordningen har samme formål som Albany's tillægsordning, nemlig at arbejdstagerne efter 40 års ansættelse skal kunne oppebære samlede pensionsydelser svarende til 70% af deres slutløn.

36. Albany mente, at selskabets egen pensionsordning stadig var mere fordelagtig end den nye ordning, og at de ændringer i dets ordning, der måtte foretages efter ændringen af den obligatoriske brancheordning, var for byrdefulde og uforholdsmæssigt store. Selskabet anmodede derfor fonden om at fritage det for tilslutning.

37. Fonden afslog begæringen ved afgørelse af 28. december 1990. Den begrundede bl.a. afgørelsen med, at den ifølge retningslinjerne for fritagelse ikke var forpligtet til at fritage Albany, fordi selskabets særlige pensionsordning ikke havde været i kraft i seks måneder, før der blev indgivet begæring om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet erhvervspensionsordningen. Albany ville således kun have haft ret til fritagelse, hvis selskabet havde oprettet sin egen ordning før 1975.

38. Albany påklagede fondens afgørelse til Verzekeringskamer. Tilsynet udtalte ved skrivelse af 18. marts 1992 til parterne, at det var med føje, at fonden i henhold til retningslinjerne for fritagelse ikke havde ment sig forpligtet til at meddele fritagelse.

39. Det tilføjede dog:

»Da ordningen blev ændret (den 1.1.1989), havde klageren i flere år draget omsorg for, at selskabets ansatte var omfattet af en tillægspensionsordning, der i det mindste er sammenlignelig med den, som fonden oprettede på det nævnte tidspunkt. Tilsynet finder derfor anledning til at henstille til fonden, at den gør brug af sin beføjelse til at meddele fritagelse, eller, hvis den kan godtgøre over for tilsynet — hvilket den endnu ikke har gjort — at en fleksibel løsning ikke har nogen berettigelse i det foreliggende tilfælde, i det mindste giver en opsigelsesfrist.«

40. Trods denne udtalelse ændrede fonden ikke sin afgørelse, og den lod den 11. november 1992 et betalingspålæg forkynde for Albany, hvorefter selskabet i medfør af artikel 18 i BPW skulle betale de foreskrevne bidrag for 1989 med renter og inkassoomkostninger.

41. Albany anlagde sag til prøvelse af betalingspålægget ved Kantongerecht,

Arnhem, idet selskabet bl.a. gjorde gældende, at det nederlandske system med tilslutningspligt var i strid med traktatens konkurrenceregler.

42. Kantongerecht tiltrådte Verzekeringskamer's opfattelse, hvorefter Albany's ordning i det mindste var sammenlignelig med den ordning, som fonden havde indført pr. 1. januar 1989. Kantongerecht udtalte videre, at forholdet mellem fonden og de tilsluttede er undergivet »krav om rimelighed og retfærdighed og/eller almindelige principper om god forvaltningsskik«. En erhvervspensionsfond bør således ved afgørelsen af, om der skal meddeles en fritagelse, i vidt omfang tage hensyn til en udtalelse fra et ved lov udpeget selvstændigt organ som Verzekeringskamer.

43. Med hensyn til påstanden om tilsidesættelse af fællesskabsretten besluttede Kantongerecht ved dom af 4. marts 1996 at forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er en erhvervspensionsfond som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra b), i Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en virksomhed som omhandlet i EF-traktatens artikel 85, 86 eller 90?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende: Hvis tilslutning gøres obligatorisk for industrivirksomheder, udgør dette da en af en medlemsstat truffet foranstaltning, som medfører, at de for virksomhederne gældende konkurrenceregler mister deres effektive virkning?

3) Såfremt det andet spørgsmål skal besvares benægtende: Kan andre omstændigheder føre til, at obligatorisk tilslutning er uforenelig med traktatens artikel 90, og i bekræftende fald hvilke?«

B — *Forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming*

44. Ved bekendtgørelse af 28. juni 1958 (herefter »1958-bekendtgørelsen« eller »bekendtgørelsen«) gjorde statssekretæren for sociale anliggender, efter en begæring af 8. marts 1958 fra arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter inden for byggematerialebranchen, det obligatorisk at være tilsluttet Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen (herefter »erhvervspensionsfonden for branchen handel med byggematerialer« eller »fonden«). Bekendtgørelsen, der er baseret på BPW, er senere blevet ændret flere gange. Den gør tilslutning obligatorisk for arbejdstagere på mellem 23 og 64 år,

der er beskæftiget i en virksomhed, som udelukkende eller hovedsageligt driver engroshandel med byggematerialer.

45. Ifølge parterne i hovedsagen er fondens ordning baseret på et system med et fast beløb. De udbetalte pensionsydelser afhænger ikke af lønnen, men består af et fast beløb for hvert års ansættelse, som er ens for samtlige arbejdstagere. Fonden har oplyst, at den højeste pension, afhængigt af ansættelsesperiodens længde, udgør 5 300 NLG om året. I praksis opnår størsteparten af de ansatte i branchen en samlet pension på 70% af slutlønnen.

46. Brentjens' Handelsonderneming BV (herefter »Brentjens«) påbegyndte sin virksomhed i 1963. Den 1. januar 1968 tegnede Brentjens en pensionsforsikring for sine ansatte i livsforsikringsselskabet De NV Levensverzekerings Maatschappij de Nederlanden van 1870, senere Generali Levensverzekeringsmaatschappij NV (herefter »Generali«), et nederlandsk selskab, som er omfattet af Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (lov af 1993 om kontrol med forsikringsselskaber), og som tilhører den italienske koncern Assicurazioni Generali.

47. I 1989 fik fonden kendskab til Brentjens' eksistens og tilsluttede selskabet sin ordning med virkning fra den 1. januar 1990, idet den fritog det for at betale bidrag for perioden forud for tilslutningen. Den forpligtede sig dermed til at respektere Brentjens' eksisterende pensionsordning for perioden fra 1963 til den 1. januar 1990.

48. Brentjens fandt, at pensionsordningen hos Generali var mere fordelagtig end fondens ordning med hensyn til både bidrag og ydelser, og anmodede om at blive fritaget for tilslutningspligten. Ved afgørelse af 23. august 1994 afslog Fonden Brentjens' anmodning. Brentjens påklagede afgørelsen til Verzekeringskamer. Tilsynet kunne ikke tiltræde Brentjens' indvendinger og fastslog ved afgørelse af 18. maj 1995, at fondens afgørelse var korrekt.

49. Den 13. maj 1996 udstedte fonden tre særskilte pålæg til Brentjens om at betale de bidrag, som selskabet ifølge dens vedtægter skyldte for årene 1990-1994, 1995 og 1996.

50. Brentjens anlagde tre særskilte sager ved Kantongerecht, Roermond, til prøvelse af disse pålæg. Det fremgår, at Brentjens og Generali samtidig i fællesskab klagede til Kommissionen over, at Nederlandene og fonden tilsidesatte traktatens artikel 3, litra

g), artikel 5 og 85, artikel 90 og 86 samt artikel 52 og 59.

51. Den 18. marts 1997 afsagde Kantongerecht tre enslydende domme, hvori den forkastede tre af Brentjens' fire anbringender. Med hensyn til Brentjens' fjerde anbringende, hvorefter pligten til at være tilsluttet fonden er i strid med fællesskabsretten, har Kantongerecht forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal EF-traktatens artikel 85, stk. 1, fortolkes således, at der er tale om en aftale eller en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en virksomhed, der begrænser konkurrencen eller påvirker handelen mellem medlemsstater som omhandlet i EF-traktatens artikel 85, stk. 1, når arbejdsmarkedsorganisationer inden for en bestemt branche indgår aftaler om pensioner, som indebærer, at der oprettes én erhvervspensionsfond for hele branchen, som alle arbejdstagere, der er beskæftiget inden for branchen, som udgangspunkt skal tilsluttes, og som får eneret til at forvalte de i branchen tilvejebragte pensionsmidler?

2) Skal EF-traktatens artikel 3, litra g), artikel 5 og artikel 85 set under ét fortolkes således, at der er tale om en tilsidesættelse af disse bestemmelser, når myndighederne gør tilslutning til en erhvervspensionsfond som omhandlet i spørgsmål 1 obligatorisk for virksomheder inden for en bestemt branche?

3) Skal begrebet 'virksomhed' i den betydning, hvori det anvendes i EF-traktatens konkurrenceregler (EF-traktatens artikel 85-94), fortolkes således, at det omfatter en erhvervspensionsfond som omhandlet i 'Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds'?

4) Skal EF-traktatens artikel 86 og 90 set under ét fortolkes således, at der er tale om en tilsidesættelse af disse bestemmelser, når myndighederne tillægger en erhvervspensionsfond en eneret, som medfører, at friheden til at vælge en pensionsordning hos et privat forsikringsselskab væsentligt begrænses?«

C — *Sag C-219/97, BV Maatschappij Drijvende Bokken*

52. Appellanten i hovedsagen, Maatschappij Drijvende Bokken BV (herefter »Drijvende Bokken«), udlejer flydekraner, ofte sammen med slæbebåde. De bruges i offshore-industrien, til bygge- og anlægsarbej-

der, inden for skibsbygning og skibsreparation, i den kemiske industri samt til at hejse tung last op på pontoner og skibe.

53. Sagsøgte i hovedsagen, Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (herefter »fonden«), er en erhvervspensionsfond som omhandlet i BPW. Ved bekendtgørelse af 9. september 1959 (herefter »1959-bekendtgørelsen« eller »bekendtgørelsen«) gjorde statssekretæren for sociale anliggender og den offentlige sundhed på vegne af ministeren tilslutning til fonden obligatorisk for mandlige arbejdstagere på 18 år og derover, som er beskæftiget i en havnevirksomhed i Rotterdams havneområde. Bekendtgørelsens anvendelsesområde blev ved bekendtgørelse af 17. december 1991 udvidet til at omfatte samtlige arbejdstagere med fast beskæftigelse i en havnevirksomhed eller en dermed ligestillet virksomhed.

54. Ifølge Drijvende Bokken er fondens ordning baseret på et system med et fast beløb, hvori pensionsydelserne ikke afhænger af lønnen.

55. Drijvende Bokken mente ikke, at selskabet var omfattet af bekendtgørelsen, og tilsluttede sig derfor en anden pensionsfond. Efter udvidelsen af bekendtgørelsens anvendelsesområde i 1991 fandt fonden, at Drijvende Bokken var omfattet af bekendtgørelsen, og at tilslutning til fonden var obligatorisk for Drijvende Bokken's ansatte. Den udstedte derfor et endeligt pålæg til Drijvende Bokken om at betale pensionsbidrag på i alt 132 000 NLG med renter og omkostninger.

56. Drijvende Bokken anlagde sag ved Kantongerecht til prøvelse af betalingspålægget. Selskabet gjorde dels gældende, at det ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, dels at tilslutningspligten er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler.

57. Kantongerecht fandt, at Drijvende Bokken's ansatte ikke er beskæftiget i en havnevirksomhed i bekendtgørelsens forstand, og gav derfor selskabet medhold.

58. Fonden appellerede dommen til Rechtbank (distriktsdomstolen), som fastslog, at Drijvende Bokken's ansatte er ansat i en havnevirksomhed eller en dermed ligestillet virksomhed, og at bekendtgørelsen derfor finder anvendelse. Desuden forkastede Rechtbank Drijvende Bokken's anbringende om, at pligten til at være tilsluttet fonden er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler. Retten fandt, at fonden ikke kan betragtes som en virksomhed som

omhandlet i traktatens artikel 85 og 86, men snarere har karakter af en social institution.

59. Drijvende Bokken's anke til Hoge Raad bygger udelukkende på det anbringende, at tilslutningspligten er i strid med fællesskabsretten. Hoge Raad har besluttet at forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Skal en erhvervspensionsfond som den i hovedsagen omhandlede, med hensyn til hvilken BPW foreskriver obligatorisk tilslutning for alle eller én eller flere bestemte grupper af erhvervsdrivende, anses for en virksomhed som omhandlet i EF-traktatens artikel 85, 86 eller 90?

2) Når et antal erhvervsorganisationer i en branche, som af vedkommende minister anses for tilstrækkeligt repræsentative som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i BPW, i henhold til denne bestemmelse anmoder ministeren om at gøre tilslutning til en bestemt pensionsfond i denne lovs forstand obligatorisk, skal disse organisationers fælles optræden da anses for en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en form for samordnet praksis som omhandlet i EF-traktatens artikel 85, stk. 1, som — i denne traktatbestemmelses forstand — a) kan påvirke handelen mellem medlemsstater og b) har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet?

3) Hvis tilslutning gøres obligatorisk, skal dette da anses for en foranstaltning, som kan ophæve den effektive virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler, eller for en foranstaltning, hvorved en medlemsstat foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker deres virkning, eller er dette kun tilfældet under bestemte omstændigheder, og, såfremt dette er tilfældet, under hvilke?

4) Såfremt det foregående spørgsmål skal besvares benægtende: Kan andre omstændigheder føre til, at det er uforeneligt med EF-traktatens artikel 90 at gøre tilslutning obligatorisk, og i bekræftende fald hvilke omstændigheder?

5) Kan den omstændighed, at tilslutning gøres obligatorisk, anses for en indrømmelse af en eksklusiv rettighed til

en erhvervspensionsfond som omhandlet i EF-traktatens artikel 90, stk. 1, og skaffes der derved en sådan pensionsfond en dominerende stilling, som den misbruger blot ved at udøve den indrømmede eksklusive rettighed, navnlig fordi det kan påvirke handelen mellem medlemsstater at gøre tilslutning obligatorisk, og fordi tjenesteydelsen i strid med artikel 86, stk. 2, litra b), begrænses til skade for de obligatorisk tilsluttede virksomheder eller arbejdstagere? Eller kan den obligatoriske tilslutning fremkalde en situation, hvor en pensionsfond foranlediges til et sådant misbrug eller i hvert fald bringes i en situation, som den ikke ville kunne bringe sig selv i uden derved at tilsidesætte artikel 86, mens der således i hvert fald ikke sikres en ordning med ikke-fordrejet konkurrence?

6) Såfremt det er i strid med fællesskabsretten at gøre tilslutning obligatorisk, medfører dette da, at tilslutning ikke retsgyldigt kan gøres obligatorisk?«

## IV — Formaliteten

60. I Albany-sagen (sag C-97/96) mener den franske og den nederlandske regering under henvisning til dommene i sagerne Meilicke [8] og Telemarsicabruzzo m.fl. [9] og Max Mara-kendelsen [10], at de forelagte spørgsmål eventuelt må afvises, fordi den forelæggende ret ikke tilstrækkeligt præcist har beskrevet den retlige og faktiske baggrund for dem. Også Kommissionen har udtrykt tvivl på dette punkt. I Brentjens-sagen (forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97) har den franske regering fremsat en lignende indvending.

61. Det følger af Domstolens praksis, at oplysninger om den faktiske og retlige baggrund i anmodninger om en præjudiciel afgørelse i det væsentlige tjener to formål.

62. For det første gør de det muligt for Domstolen at give en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge [11]. Som Domstolen har bemærket, har kravet om tilstrækkelige oplysninger navnlig betydning på konkurrenceområdet, hvor de faktiske og retlige omstændigheder ofte er indviklede [12]. Parterne i hovedsagen, den nederlandske regering og Kommissionen har i deres respektive skriftlige indlæg

8 — Dom af 16.7.1992, sag C-83/91, Sml. I, s. 4871.

9 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Sml. I, s. 393.

10 — Kendelse af 21.12.1995, sag C-307/95, Sml. I, s. 5083.

11 — Jf. dommene i sagerne Meilicke, jf. note 8, præmis 26, og Telemarsicabruzzo m.fl., jf. note 9, præmis 6.

12 — Dommen i sagen Telemarsicabruzzo m.fl., jf. note 9, præmis 7, og dom af 19.3.1993, sag C-157/92, Banchero, Sml. I, s. 1085, præmis 5.

givet Domstolen et betydeligt antal oplysninger om sagernes faktiske omstændigheder og den nederlandske lovgivning. Trods de mangler, forelæggelsesdommene måtte udvise, mener jeg derfor, at Domstolen kan give et brugbart svar på de nationale domstoles spørgsmål.

63. Kravet om tilstrækkelige oplysninger om de retlige og faktiske omstændigheder tjener også et andet formål, nemlig at give medlemsstaternes regeringer og andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 20 i EF-statutten for Domstolen. Det påhviler Domstolen at overvåge, at denne mulighed bevares [13]. I den forbindelse skal det erindres, at det kun er forelæggelsesbeslutningerne, der meddeles de berørte parter [14].

64. Hvad angår de retlige omstændigheder er jeg enig med de to regeringer og Kommissionen i, at Kantongerecht fremkommer med forholdsvis få oplysninger i Albany-sagen. Den indskrænker sig til at henvise til en række bestemmelser i BPW, som finder anvendelse i det pågældende tilfælde. Imidlertid fik regeringerne og Kommissionen meddelelse om de to parallelle forelæggelser i Brentjens- og Drijvende Bokken-sagerne henholdsvis fire og tre måneder før afslutningen af den skriftlige forhandling i Albany-sagen, fordi denne sag var blevet udsat. Navnlig Hoge Raads forelæggelse i Drijvende Bokken-sagen indeholder en detaljeret fremstilling af de relevante nederlandske retsforskrifter. Den franske og den nederlandske regering samt Kommissionen afgav deres skriftlige indlæg i Albany-sagen efter indlæggene i Brentjens-sagen og samtidig med indlæggene i Drijvende Bokken-sagen. Det fremgår af deres indlæg i Albany-sagen, at de var bekendt med de to andre forelæggelser. Det er således klart, at de, der ønskede at afgive indlæg, var blevet tilstrækkelig underrettet om de relevante nederlandske retsforskrifter til at kunne tage stilling til de rejste spørgsmål.

65. Med hensyn til de faktiske omstændigheder er jeg uenig i, at forelæggelsesdommene i Albany- og Brentjens-sagerne ikke er præcise nok. De forelæggende domstole forklarer udførligt i dommene, hvorfor de har brug for en fortolkning af fællesskabsretten for at kunne træffe afgørelse i sagerne, og hvilke betragtninger der ligger til grund for deres spørgsmål.

66. Jeg mener således, at de forelagte spørgsmål i alle tre sager kan antages til realitetsbehandling.

13 — Max Mara-kendelsen, jf. note 10, præmis 8, og kendelse af 13.3.1996, sag C-326/95, Banco de Fomento e Exterior, Sml. I, s. 1385, præmis 7.

14 — Max Mara-kendelsen, jf. note 10, præmis 8, og kendelse af 20.3.1996, sag C-2/96, Sunino og Data, Sml. I, s. 1543, præmis 5.

## V — Indholdet af de forelagte spørgsmål

67. Jeg er enig med Kommissionen i, at forelæggelserne rejser følgende fem forskellige spørgsmål.

68. For det første: Er det uforeneligt med traktatens artikel 85, stk. 1, at repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere i en branche kollektivt aftaler at oprette én enkelt erhvervspensionsfond, som har eneret til at administrere de indbetalte bidrag, og i fællesskab anmoder myndighederne om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for samtlige personer i branchen [15]? For det andet: Tilsidesætter en medlemsstat traktatens artikel 5 og 85 set under ét, hvis den på begæring af arbejdsgiveres og arbejdstageres repræsentanter gør det obligatorisk for samtlige virksomheder i en branche at være tilsluttet en erhvervspensionsordning [16]? For det tredje: Er de nederlandske erhvervspensionsfonde »virksomheder« i den betydning, hvori dette begreb anvendes i traktatens konkurrenceregler [17]? For det fjerde: Tilsidesætter en medlemsstat traktatens artikel 86 og 90 set under ét, hvis den gør det obligatorisk at være tilsluttet en erhvervspensionsfond og tillægger pensionsfonden eneret til at administrere de indbetalte bidrag [18]? For det femte: Hvilke retsvirkninger vil det have, hvis en sådan tilslutningspligt kendes uforenelig med fællesskabsretten? [19]

69. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken har anmodet Domstolen om at behandle et sjette spørgsmål, nemlig om den nederlandske lovgivning er forenelig med traktatens artikel 90, sammenholdt med artikel 52 og 59. Selskaberne har gjort gældende, at Kantongerecht, Arnhem, indirekte rejser tvivl herom ved i spørgsmål 3 i Albany-sagen at ønske oplyst, om »andre omstændigheder« kan føre til, at obligatorisk tilslutning er uforenelig med traktatens artikel 90.

70. Det fremgår af forelæggelsesdommen i Albany-sagen, at Kantongerecht har udformet sine spørgsmål i overensstemmelse med Hoge Raads tre sidste spørgsmål i Van Schijndel og van Veen-sagen [20], som Domstolen af processuelle årsager ikke skulle besvare. Det fremgår lige så klart, at Kantongerecht opfatter de tre spørgsmål således, at de udelukkende vedrører Fælles-

15 — Spørgsmål 1 i Brentjens-sagen, spørgsmål 2 i Drijvende Bokken-sagen.

16 — Spørgsmål 2 i Brentjens-sagen, spørgsmål 3 i Drijvende Bokken-sagen og i en vis udstrækning spørgsmål 2 i Albany-sagen.

17 — Spørgsmål 3 i Brentjens-sagen, spørgsmål 1 i Drijvende Bokken-sagen, spørgsmål 1 i Albany-sagen.

18 — Spørgsmål 4 i Brentjens-sagen, spørgsmål 4 og 5 i Drijvende Bokken-sagen, spørgsmål 3 i Albany-sagen.

19 — Spørgsmål 6 i Drijvende Bokken-sagen.

20 — Jf. note 2.

skabets konkurrenceregler. Intet i sagens akter tyder på, at parterne eller den nationale domstol har drøftet, om traktatens artikel 52 eller 59, som foreskriver ophævelse af restriktioner for etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser, finder anvendelse. I modsætning til omstændighederne i Brentjens-sagen, som berører et udenlandsk forsikringsselskab, der driver virksomhed gennem sit nederlandske datterselskab, synes Albany-sagen ikke at rumme noget grænseoverskridende aspekt. Jeg mener derfor ikke, at Kantongerechts spørgsmål, trods dets brede formulering, kan fortolkes således, at det også omfatter spørgsmålet om, hvorvidt traktatens artikel 52 og 59 finder anvendelse.

## VI — Traktatens artikel 85, stk. 1

71. Herefter kommer jeg til første spørgsmål, nemlig om traktatens artikel 85, stk. 1, tilsidesættes, når repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere i en branche kollektivt aftaler at oprette én enkelt erhvervspensionsfond, som har eneret til at administrere de indbetalte bidrag, og i fællesskab anmoder myndighederne om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for samtlige personer i branchen.

72. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken mener, at arbejdsgiverne i den pågældende branche derved overtræder traktatens artikel 85, stk. 1. De har fremført følgende argumentation.

73. For det første er der tale om »aftaler mellem virksomheder« som omhandlet i artikel 85, stk. 1. Enhver kollektiv overenskomst mellem repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere indebærer en aftale mellem arbejdsgiverne om at forhandle i fællesskab og om at være bundet af forhandlingsresultatet. I de foreliggende sager har samtlige arbejdsgivere forpligtet sig til at tilslutte deres ansatte én enkelt pensionsfond og til at overholde dennes bestemmelser.

74. For det andet »begrænser« aftalerne »konkurrencen«. Konkurrencen mellem arbejdsgiverne begrænses, fordi en væsentlig omkostningsfaktor harmoniseres inden for en hel branche, fordi friheden til at vælge den mest attraktive pensionsordning begrænses, og fordi det gøres umuligt for

arbejdsgiverne at tiltrække arbejdskraft ved at tilbyde en mere fordelagtig pensionsordning. Forsikringsselskaberne udelukkes fra en væsentlig del af markedet for livsforsikring.

75. For det tredje »påvirker« aftalerne »handelen mellem medlemsstater«. De berørte arbejdsgivere udøver grænseoverskridende virksomhed. Desuden hindres udenlandske forsikringsselskaber i praksis i at tilbyde grænseoverskridende tjenesteydelser og i at etablere sig gennem filialer i Nederlandene.

76. Endelig har aftalerne en mærkbar indvirkning på konkurrencen og handelen mellem medlemsstaterne. Hver enkelt pensionsfond dækker en hel branche. Desuden skal deres kumulative virkning tages i betragtning, da der i praktisk taget samtlige brancher i Nederlandene er indgået aftaler af den pågældende art.

77. Kommissionen, de tre regeringer, som har afgivet indlæg for Domstolen vedrørende dette punkt, og de fonde, som er parter i hovedsagerne, er alle af den opfattelse, at traktatens artikel 85, stk. 1, ikke er blevet tilsidesat. De har fremsat en række forskellige argumenter til støtte for denne påstand.

78. For det første har de hævdet, at artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse ratione materiae på kollektive overenskomster mellem repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere. Subsidiært har de anført, at der ikke er tale om en aftale mellem »virksomheder«, at konkurrencen ikke begrænses, at handelen mellem medlemsstaterne ikke påvirkes, eller at aftalerne i henhold til de minimis-reglen under alle omstændigheder ikke falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1, fordi de kun har ubetydelig indvirkning på konkurrencen eller handelen.

79. Disse argumenter rejser det grundlæggende spørgsmål, hvilket forhold der er mellem forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, og kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter. Det er et spørgsmål, som Domstolen endnu ikke har haft anledning til at behandle[21]. Da der er tale om en relativt ny problematik, og da Domstolens svar kan have vidtrækkende følger, kan det være hensigtsmæssigt at undersøge, hvordan den behandles i antitrust-lovgivningen i forskellige medlemsstater og i USA.

21 — Jf. dog generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse forud for dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, punkt 273 og 274. Jf. også Kommissionens beslutning 86/507/EØF af 30.9.1986 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee) (EFT L 295, s. 28) og svaret på skriftlig forespørgsel nr. 777/89 (EFT 1990 C 328, s. 3). Jeg kommer senere tilbage til disse dokumenter.

A — *Komparativ oversigt*

80. I Frankrig finder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler [22] anvendelse på kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter. Ifølge *Conseil de la concurrence* (konkurrencemyndigheden) falder kollektive overenskomster som sådanne ikke uden for konkurrencereglernes materielle anvendelsesområde. Friheden til at forhandle kollektivt betragtes blot som en variant af aftalefriheden og er undergivet de samme generelle begrænsninger som denne, herunder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler [23]. Fagforeningerne betragtes som økonomiske aktører, der sammen med arbejdsgiversiden kan øve indflydelse på konkurrencen [24]. Dog har *Conseil de la concurrence* fundet størsteparten af bestemmelserne i de aftaler, som er blevet forelagt rådet til behandling, forenelige med de franske konkurrenceregler efter at have undersøgt deres begrænsende virkninger eller afvejet de konkurrencebegrænsende aspekter mod de sociale fordele [25].

81. Et godt eksempel på *Conseil de la concurrence*'s måde at ræsonnere på findes i en *avis* (udtalelse), som det har afgivet i en sag, der kan sammenlignes med de foreliggende. Den vedrørte det franske *prévoyance collective*-system [26], inden for hvilket der udbetales sociale ydelser, som supplerer det statslige socialsikringssystems ydelser. Det dækker tre former for risici: for det første sygdom og moderskab, for det andet tabt arbejdsevne og invaliditet og for det tredje dødsfald. Systemet er — i det mindste delvis — blevet indført ved kollektive brancheoverenskomster mellem arbejdsmarkedets parter. I disse overenskomster udpeges bl.a. en *organisme de prévoyance*, der har eneret til at administrere midlerne. Ofte gør den kompetente minister, efter fælles begæring fra arbejdsmarkedets parter, det ved en beslutning obligatorisk for hele den pågældende branche at være tilsluttet systemet.

82. En sammenslutning af *assureurs-conseils*, som ønskede at tilbyde tjenesteydelser på markedet for *prévoyance*, klagede til konkurrencemyndigheden over de to sidstnævnte elementer i systemet, nemlig eneretten til at administrere midlerne og tilslutningspligten for arbejdsgivere, der ikke havde deltaget i de kollektive forhandlinger. *Conseil de la concurrence* fandt, at de omhandlede *organismes de prévoyance* leverer tjenesteydelser, og at de derfor er omfattet af konkurrencereglerne. Arbejdsgiverne og arbejdstagerne er også omfattet af konkurrencelovgivningen, enten direkte eller indirekte gennem deres repræsentan-

22 — Artikel 7, ordonnance nr. 86-1243 af 1.12.1986.

23 — Conseil de la Concurrence, 26.6.1990, décision nr. 90-D-21, *Syndicats d'artistes-interprètes*.

24 — Dom afsagt 6.3.1991 af Cour d'appel de Paris i sagen Syndicat français des artistes interprètes m.fl., trykt i *Contrats-Concurrence-Consommation*, 1991, s. 108: »[L]a prohibition édictée par l'ordonnance ... intéresse toute forme de concertation, quels qu'en soient les auteurs et les victimes directes, dès lors qu'objectivement elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.«

25 — Jf. de betragtninger, der anføres i Conseil de la Concurrence's décision, se note 23.

26 — Conseil de la Concurrence, avis nr. 92-A-01 af 21.1.1992, Syndicat français des assureurs-conseils.

ter, for så vidt angår indholdet af deres kollektive overenskomster. Udpegelsen af en enkelt medkontrahent er imidlertid blot udtryk for, at arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter udøver deres ret til at vælge, hvilken tjenesteyder de vil indgå aftaler med. Om udvidelsen af overenskomstens anvendelsesområde til at omfatte hele branchen fandt *Conseil de la concurrence*, at den dels bidrager til lige konkurrencebetingelser i branchen, dels til økonomiske og sociale fremskridt. Konkurrencereglerne er derfor ikke blevet tilsidesat.

83. I Finland er overenskomster på arbejdsmarkedet ikke omfattet af anvendelsesområdet for lov nr. 480/1992 om konkurrence (laki kilpailunrajoituksista) i medfør af lovens artikel 2, stk. 1. Ifølge forarbejderne til loven gælder konkurrencereglerne derfor ikke for kollektive overenskomster om arbejdsvilkår. Det understreges imidlertid, at konkurrencereglerne finder anvendelse på kollektive overenskomster, som ikke vedrører arbejdsvilkår, men f.eks. kommercielle forbindelser mellem arbejdsgiverne og deres kunder [27].

84. Den højeste forvaltningsdomstol har taget stilling til rækkevidden af denne undtagelse i en sag [28] om en kollektiv overenskomst inden for papirindustrien, der begrænsede arbejdsgivernes mulighed for at lade uafhængige underleverandører varetage visse arbejdsopgaver (såsom rengøring), der traditionelt blev udført af de ansatte. Domstolen fastslog, at kun bestemmelser, som direkte angår arbejdsvilkår såsom løn, arbejdstid og beskyttelse mod afskedigelse, falder uden for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. De pågældende begrænsninger er derfor ikke omfattet af undtagelsen. Arbejdstagerne beskyttes tilstrækkeligt af en lovbestemmelse, der forbyder afskedigelse som følge af, at arbejdsopgaver overlades til underleverandører.

85. I Danmark bestemmes det i § 2, stk. 1, i den nyligt vedtagne konkurrencelov [29], at loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed. Ifølge forarbejderne til loven skal begrebet »erhvervsvirksomhed« forstås bredt, således at det omfatter enhver økonomisk aktivitet på et marked for varer og tjenester. Det er ikke en forudsætning for lovens anvendelse, at der tilsigtes en økonomisk gevinst, eller at der er valgt en bestemt selskabsform.

86. § 3 bestemmer, at loven ikke omfatter løn- og arbejdsforhold. Denne undtagelse

27 — Kom. 1987:4, s. 61, HE 148/1987 vp., s. 14, og HE 162/1991 vp., s. 9.

28 — KHO taltio 1586, 11.4.1995.

29 — Lov nr. 384 af 10.6.1997.

omfatter ifølge forarbejderne kun forholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere.

87. Det fremgår også af forarbejderne, at undtagelsen i den nye lov skal fortolkes i overensstemmelse med den måde, hvorpå den tidligere monopollov blev fortolket. Derfor har en dom, som Højesteret afsagde i 1965 [30], stadig betydning. Højesteret skulle tage stilling til bestemmelser i en kollektiv overenskomst, der afskar bestemte forbrugergrupper fra at erhverve beklædning, som var fremstillet på en billigere måde. Højesteret fastslog, at undtagelsen ikke fandt anvendelse i det pågældende tilfælde, da overenskomstenen gik videre end til at regulere løn- og arbejdsforhold. Endvidere fandt loven anvendelse på »arbejdsmarkedets parter« ratione personae, når de varetog »sådanne erhvervsinteresser«. Det danske forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler finder således anvendelse på bestemmelser i kollektive aftaler, som vedrører »erhvervsvirksomhed«, og som ikke vedrører »løn- og arbejdsforhold«.

88. I Tyskland falder visse økonomiske områder og aftaler uden for det materielle anvendelsesområde for loven mod konkurrencebegrænsninger (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herefter »GWB«). Hverken arbejdsmarkedet eller kollektive overenskomster er dog udtrykkeligt nævnt i loven.

89. Aftaler er kun omfattet af det generelle forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler, »hvis de kan påvirke ... markedsforholdene for så vidt angår handelen med varer eller erhvervsmæssige tjenesteydelser« [31]. Ifølge forarbejderne til loven kan lønarbejde ikke anses for at være »erhvervsmæssige tjenesteydelser«. Således, understreges det, er kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter om løn- og arbejdsvilkår ikke omfattet af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler [32].

90. Domstolene og Bundeskartellamt (forbundskonkurrencemyndigheden) har flere gange skullet tage stilling til lovligheden af kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, som, enten direkte eller indirekte gennem arbejdstidsreglerne, har haft konsekvenser for butikkernes åbningstider eller mere generelt for forretningstiderne i bestemte brancher.

91. Bundesarbeitsgericht (den føderale arbejdsret) har fastslået [33], at kollektive

30 — Ufr. 1965.634H, jf. Ufr. 1965B.260.

31 — » ... soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder *gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen«.

32 — Amtliche Begründung für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 2/1158, s. 30.

33 — Dom af 27.6.1989, 1 AZR 404/88, gengivet delvis i WuW/E VG 347.

overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter principielt falder uden for konkurrencereglernes materielle anvendelsesområde. Retten angav flere grunde hertil. For det første bemærkede den indledningsvis, at kollektive forhandlinger er en af de aktiviteter, som er beskyttet af artikel 9, stk. 3, i Grundgesetz (den tyske grundlov). For det andet indtager arbejdsmarkedet en særstilling (ordnungspolitische Sonderstellung). For det tredje er betingelserne for, at § 1 i GWB finder anvendelse, ikke opfyldt, eftersom fagforeningerne ikke kan anses for at være virksomheder i konkurrencerettens forstand, fordi de ikke opererer på markederne for varer og tjenesteydelser. Kollektive overenskomster udgør derfor ikke aftaler mellem virksomheder. Den nødvendige forudsætning for indgåelsen af sådanne overenskomster, nemlig arbejdsgivernes aftale om at forhandle i fællesskab, må følgelig også være undtaget fra konkurrenceloven. For det fjerde er det ikke muligt at foretage en afvejning af de berørte interesser, fordi der mangler regler, der opstiller klare kriterier. For det femte finder forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler kun anvendelse, hvis der er tale om et ulovligt samarbejde mellem arbejdsgivere, som bevidst udnytter de kollektive overenskomsters formelle rammer som dække for et konkurrencebegrænsende kartel på markederne for varer og tjenesteydelser.

92. Bundeskartellamt er imidlertid nået frem til et andet resultat. I en udtalelse om en kollektiv overenskomst, som direkte harmoniserede, hvornår de forretningsmæssige aktiviteter inden for engroshandelssektoren skulle ophøre om lørdagen og i ferieperioder[34], har Bundeskartellamt fastslået, at sådanne overenskomster har direkte indvirkning på markederne for varer og tjenesteydelser, og at de derfor ikke på forhånd er undtaget fra § 1 i GWB. Bundeskartellamt skelnede mellem sådanne overenskomster og overenskomster, der blot fastsætter regler for arbejdstiden.

93. Bundeskartellamt er ved en anden lejlighed gået endnu videre[35]. Arbejdsmarkedets parter inden for detailhandelssektoren var blevet enige om harmoniserede arbejdstidsregler, der indirekte hindrede butiksejerne i at holde åbent efter et bestemt klokkeslæt. Bundeskartellamt fandt, at regulering af arbejdstiden gennem kollektive overenskomster på grund sin dobbelte karakter udgør et særligt tilfælde. På den ene side er åbningstiderne inden for detailhandelen en væsentlig konkurrencefaktor. Fagforeningerne og arbejdsgiverne påvirker indirekte, men reelt, arbejdsgivernes virksomhed på markederne for varer og tjenesteydelser og udøver derved en økonomisk aktivitet. På den anden side er kollektive forhandlinger beskyttet som en grundrettighed, i det omfang de vedrører arbejdsvilkår. I dette specielle og ekstraordinære tilfælde, hvor der foreligger en konflikt, kan kun en afvejning af de berørte interesser føre til en brugbar løsning. I den

34 — Bundeskartellamts skrivelse af 31.1.1961 — Z 2 — 121 100 — 465/60, trykt i WuW/E BKartA 339.

35 — Bundeskartellamts skriftlige indlæg i en sag for Landgericht Berlin af 3.4.1989 — P-178/88, refereret i WuW 1989, s. 563 og 564.

konkrete sag måtte ønsket om konkurrence gå forud.

94. I appelsagen [36] vedrørende de samme arbejdstidsregler, som Bundeskartellamt havde udtalt sig om [37], anlagde Kammergericht (højere regional domstol, Berlin) et tredje ræsonnement. Kammergericht fastslog, at hverken kollektive overenskomster eller de kontraherende parter i sådanne overenskomster på forhånd falder uden for anvendelsesområdet for den tyske lovgivning om konkurrencebegrænsende aftaler. Kollektive overenskomster om arbejdsvilkår og løn er imidlertid normalt lovlige i henhold til § 1 i GWB, da de ikke kan forventes at påvirke »markedsforholdene for så vidt angår handelen med varer eller erhvervsmæssige tjenesteydelser«. Med hensyn til de konkrete kollektive overenskomster, der var blevet forelagt Kammergericht, indebar deres indirekte, men faktiske begrænsende indflydelse på butikkernes åbningstider på markedet for varer i princippet, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler var blevet tilsidesat. Imidlertid hører overenskomster vedrørende arbejdstiden til kernen (*im Kernbereich*) i den grundlæggende ret til kollektiv forhandling i Tyskland. Sådanne overenskomster falder i det hele uden for forbud indeholdt i almindelige love.

95. I Det Forenede Kongerige har Secretary of State tidligere i henhold til Fair Trading Act 1973 kunnet forelægge en restriktiv arbejdsmarkedspraksis for Monopolies and Mergers Commission (kommissionen vedrørende monopoler og virksomhedssammenlægninger) for at indhente dens vurdering af praksisens indvirkning på offentlighedens interesse. Bestemmelsen var indtil for nylig aldrig blevet anvendt, idet konkurrenceretten traditionelt ikke er blevet brugt til at løse spørgsmål vedrørende forholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere i Det Forenede Kongerige [38]. Den første forelæggelse efter loven fandt sted i 1988. Den vedrørte en arbejdsmarkedspraksis inden for film- og tv-branchen. Monopolies and Mergers Commission nåede frem til, at den pågældende praksis ikke var til skade for offentlighedens interesse [39]. Den nye Competition Act 1998, som i store træk bygger på traktatens artikel 85 og 86, synes ikke at have ændret situationen væsentligt.

96. I USA er fagforeningsvirksomhed principielt undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i Section 1 i Sherman Act [40] (»labor exemption«), dels ved en »lovfæstet« undtagelse (»statutory exemption«), dels ved en »ikke-lovfæstet« undtagelse (»non-statutory exemption«,

36 — Kammergerichts dom af 21.1.1990 — Kart. U 4357/89, trykt i WuW/E OLG 4531.

37 — Jf. note 35.

38 — R. Whish: *Competition Law*, Butterworths, 3. udg., 1993, s. 77. Jf. også undtagelserne for arbejdsmarkedet i den tidligere Restrictive Trade Practices Act 1976, section 9(6) (varer) og section 18(6) (tjenesteydelser), ifølge hvilke overenskomster vedrørende løn, ansættelsesvilkår, arbejdstid og arbejdsvilkår ikke skulle indberettes.

39 — Labour Practices in TV and Film-making, Cm 666 (1989).

40 — »Enhver aftale eller ethvert kartel i form af en trust eller under en anden form, som virker hindrende på handelen mellem staterne eller med andre lande, er forbudt.« (»Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations is hereby declared to be illegal.«)

dvs. fastlagt i retspraksis). Rækkevidden af disse undtagelser er imidlertid begrænset.

97. Hvad den »lovfæstede« undtagelse angår vedtog Kongressen så tidligt som i 1914 Clayton Act, der havde til formål at undtage ensidig fagforeningsvirksomhed i forbindelse med arbejdskonflikter fra antitrustlovgivningen. Clayton Act bestemte bl.a., at »menneskers arbejde ... ikke [er] en handelsvare« (»[t]he labor of a human being is not a commodity or article of commerce«). Forbundsdomstolene modarbejdede imidlertid lovgivers intentioner ved at fortolke loven snævert [41], og Kongressen vedtog derfor i 1932 Norris-LaGuardia Act for at udvide undtagelsens rækkevidde. Supreme Court fastslog i sagen United States mod Hutcheson [42], at tre betingelser skal være opfyldt, for at den lovfæstede undtagelse finder anvendelse. For det første skal der foreligge en arbejdskonflikt. For det andet skal fagforeningen forfølge egne interesser (»self-interest«). For det tredje må fagforeningen ikke handle i forståelse med grupper uden for fagbevægelsen, dvs. arbejdsgiverne.

98. Selv om den lovfæstede undtagelse ikke omfattede overenskomster mellem fagforeninger og arbejdsgivere, anerkendte Supreme Court i sine senere afgørelser, at der gjaldt en ikke-lovfæstet undtagelse, om end denne i princippet var begrænset til at omfatte overenskomster om løn og arbejdsvilkår. Supreme Court udtalte i dommen i sagen Connell Construction mod Plumbers and Steamfitters Local Union nr. 100 [43]:

»Baggrunden for den ikke-lovfæstede undtagelse er den vidtgående arbejdsmarkedspolitik, som fremmer dannelsen af arbejdstagersammenslutninger med henblik på at forhindre konkurrence med hensyn til løn og arbejdsvilkår. Hvor det lykkes fagforeningerne at organisere arbejdstagerne og standardisere lønningerne, kommer det i sidste instans til at påvirke priskonkurrencen mellem arbejdsgiverne, men den føderale arbejdsmarkedslovgivnings mål ville aldrig kunne nås, hvis denne indvirkning på konkurrencen mellem virksomhederne blev anset for at være en overtrædelse af antitrustlovgivningen. Retten har derfor erkendt, at arbejdsmarkedspolitikken kræver en accept af afsvækkelsen af den form for konkurrence mellem virksomhederne, der er baseret på forskelle i løn og arbejdsvilkår ... Det står dog fast, at arbejdsmarkedspolitikken ikke kræver, at en fagforening frit kan indføre direkte begrænsninger af konkurrencen mellem de virksomheder, der beskæftiger dens medlemmer. Mens den lovfæstede undtagelse tillader fagforeningerne at opnå visse begrænsninger ved ensidig handling ... giver den ikke-lovfæstede undtagelse således ikke en tilsvarende beskyttelse, når en fagforening og en part, der ikke tilhører fagbevægelsen, aftaler at begrænse konkurrencen på et marked for varer eller tjenesteydelser.«

41 — Duplex Printing Press Co. mod Deering, 254 US 443.
42 — 312 US 219.
43 — Dom af 2.6.1975, 421 US 616.

(»The non-statutory exemption has its source in the strong labour policy favouring the association of employees to eliminate competition over wages and working conditions. Union success in organising workers and standardising wages ultimately will affect price competition among employers, but the goals of federal labour law never could be achieved if these effects on business competition were held a violation of the antitrust laws. The Court therefore has acknowledged that labour policy requires tolerance for the lessening of business competition based on differences in wages and working conditions ... Labour policy clearly does not require, however, that a union have freedom to impose direct restraints on competition among those who employ its members. Thus, while the statutory exemption allows unions to accomplish some restraints by acting unilaterally ... the non-statutory exemption offers no similar protection when a union and a non-labour party agree to restrain competition in a business market.«)

99. Det kan være hensigtsmæssigt kort at referere tre vigtige afgørelser, som USA's Supreme Court har truffet om rækkevidden af den ikke-lovfæstede undtagelse for fagforeningsvirksomhed.

100. Sagen United Mine Workers of America mod Pennington [44] vedrørte en påstået hemmelig aftale mellem fagforeningerne og en række store kulselskaber om bl.a. at påtvinge samtlige virksomheder i branchen lønningerne i en kollektiv overenskomst uden hensyn til, om de kunne betale dem, med det formål at tvinge mindre arbejdsgivere ud af markedet.

101. Flertallet af dommerne (seks mod tre) fandt, at den nævnte handling ikke var undtaget fra antitrustlovgivningen. Den lovfæstede undtagelse fandt ikke anvendelse, fordi der var tale om en overenskomst mellem en fagforening og en række arbejdsgivere. En kollektiv aftale om salgspriserne for kul ville klart være i strid med antitrustlovgivningen. Derimod hører lønninger til selve kernen i de spørgsmål, som arbejdsgiverne og fagforeningerne fører forhandlinger om. Derfor hører indvirkningen på produktmarkedet som følge af afskaffelsen af konkurrencen på lønninger mellem arbejdsgiverne i en forhandlergruppe principielt »ikke til den form for begrænsninger, som Kongressen havde til hensigt at forbyde ved Sherman Act« (»not the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe«). En fagforening har følgelig ret til at indgå en lønoverenskomst med en forhandlergruppe bestående af flere arbejdsgivere og til ud fra egne interesser at søge at opnå den samme løn hos andre arbejdsgivere uden at indgå aftale med samtlige eller en del af de pågældende arbejdsgivere. Dog må »en gruppe arbejdsgivere ikke indgå en aftale, der tager sigte på at fjerne konkurrenter fra markedet, og fagforeningen er ansvarlig på lige fod med arbejdsgiverne, hvis den deltager i en sådan aftale« (»one group of employers may not conspire to eliminate competitors from the industry and the

44 — Dom af 7.6.1965, 381 US 657.

union is liable with the employers if it becomes a party to the conspiracy«). Den påståede aftale mellem fagforeningen og de store kulproducenter om at sikre ensartede arbejdsvilkår i hele branchen var følgelig ikke undtaget fra antitrustlovgivningen.

102. Sagen Meat Cutters mod Jewel Tea Co. [45], som blev afgjort samme dag, drejede sig om butiksåbningstider. En lokal fagforening, der repræsenterede så godt som samtlige slagtere i det pågældende område, indgik overenskomst med en brancheforening af fødevaredetailhandlere om, at fødevarebutikkernes slagterivareafdelinger kun måtte holde åbent mandag til lørdag fra kl. 9 til kl. 18. En arbejdsgiver, der blev truet med strejke, hvis han ikke gik ind på disse betingelser, underskrev aftalen og sagsøgte derpå fagforeningen for at få fastslået, at aftalen var ugyldig i henhold til Sherman Act.

103. Flertallet af dommerne (seks mod tre) fandt, at antitrustbestemmelserne ikke fandt anvendelse, men var uenige om begrundelsen herfor. Tre dommere blandt flertallet mente, at begrænsningen af åbningstiden var så nært forbundet med løn, arbejdstid og arbejdsvilkår, at reelle forhandlinger mellem jævnbyrdige parter om sådanne regler ikke var omfattet af Sherman Act. Flertallets tre øvrige dommere, som havde afgivet dissens i Pennington-sagen, udtalte, at kollektive forhandlinger om emner, som der ifølge den relevante arbejdsmarkedslovgivning skal forhandles om, på grund af selve deres art er undtaget fra antitrustlovgivningen. De begrundede i det væsentlige deres opfattelse med, at domstolene har pligt til at respektere lovgivers intentioner, og at en domstol, der skal træffe afgørelse i en konkurrencesag, ikke kan finde vejledning i regler, der opstiller kriterier for, hvordan gavnlige kollektive overenskomster skal skelnes fra skadelige.

104. Mindretallet gav udtryk for, at overenskomsten direkte berørte produktmarkedet og overhovedet ikke havde nogen konkurrencefremmende virkninger. Den var derfor forbudt i henhold til Sherman Act.

105. I sin nyligt afsagte dom i sagen Brown mod Pro Football [46] skulle Supreme Court tage stilling til en situation, hvor arbejdsgiverne kollektivt og ensidigt havde pålagt deres ansatte bestemte ansættelsesvilkår, efter at de kollektive forhandlinger var brudt sammen. Sagen vedrørte et noget specielt emne, nemlig forhandlingerne mel-

45 — Dom af 7.6.1965, 381 US 676.

46 — 116 S. Ct. 2116 (1996).

lem National Football League og american football-spillernes fagforening.

106. Flertallet (otte mod en) fandt, at aftaler indgået af en række arbejdsgivere efter et forhandlingssammenbrud om at gennemføre betingelserne i arbejdsgivernes sidste, oprigtigt mente løntilbud faldt ind under den ikke-lovfæstede undtagelse for fagforeningsvirksomhed, for så vidt der ikke kunne rejses indvending mod en sådan adfærd under henvisning til arbejdsmarkedslovgivningen og -politikken. Flertallet bemærkede for det første, at forhandlinger ført af flere arbejdsgivere i sig selv var en veletableret, betydningsfuld og gennemslagskraftig kollektiv forhandlingsmetode, som rummede fordele for begge arbejdsmarkedets parter. At lade antitrustlovgivningen finde anvendelse på denne praksis ville, for det andet, være ensbetydende med at pålægge domstolene i konkurrencesager at tage stilling til en lang række vigtige praktiske spørgsmål om, hvordan kollektive forhandlinger om arbejdsvilkår skal føres — og det var netop den konsekvens, undtagelsen for fagforeningsvirksomhed tog sigte på at forhindre. For det tredje kunne det føre til ustabilitet og usikkerhed i den kollektive forhandlingsproces, hvis der blev åbnet mulighed for at gøre et ansvar gældende i henhold til antitrustlovgivningen.

107. Den dissentierende dommer (Stevens) gav udtryk for, at hverken den politik, der ligger til grund for arbejdsmarkeds- og antitrustlovgivningen, eller formålet med den ikke-lovfæstede undtagelse kan berettige, at kollektive skridt fra arbejdsgivernes side med henblik på at presse lønningerne ned under det niveau, som ville blive lagt på et frit marked, ikke skal kunne prøves i henhold til antitrustlovgivningen.

108. De konklusioner, der kan drages af denne komparative oversigt, kan sammenfattes som følger.

109. I samtlige undersøgte retsordener er kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter i en vis udstrækning undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Undtagelsen er dog ikke ubegrænset.

110. Retskilderne til undtagelsen og de retlige mekanismer, hvorved den gennemføres, er meget forskellige. Der kan være tale om:

— forrang for en grundlæggende ret til kollektiv forhandling (Tyskland)

— en udtrykkelig undtagelse i antitrustlovgivningen eller i anden lovgivning

(Danmark, Finland, den lovfæstede undtagelse i USA)

— regler fastlagt i retspraksis (den ikke-lovfæstede undtagelse i USA)

— et krav om, at en bestemt betingelse, som kollektive overenskomster normalt ikke opfylder, skal være opfyldt, for at der kan være tale om en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler (Tyskland)

— anvendelse af de generelle betingelser for, at der kan foreligge en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, på en sådan måde, at det fører til det tilsigtede resultat (Frankrig)

— tradition for ikke at anvende konkurrencereglerne på forholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere (Det Forenede Kongerige).

111. Undtagelsens rækkevidde varierer ligeledes. Domstolene stiller dog normalt følgende spørgsmål:

— Vedrører de pågældende overenskomster løn, arbejdstid eller andre arbejdsvilkår, som er grundlæggende emner for kollektive forhandlinger?

— I hvilken udstrækning påvirker overenskomsterne de markeder for varer og tjenesteydelser, hvorpå arbejdsgiverne udøver virksomhed?

— I hvilken udstrækning berører overenskomsterne tredjemand? Potentielt berørte tredjeparter er virksomheder, som opererer på det samme marked, men som ikke har deltaget i forhandlingerne, virksomheder, som opererer på andre markeder, og forbrugerne.

— Har overenskomsterne et konkurrencebegrænsende formål?

— Er det mest hensigtsmæssigt at anvende restriktive regler eller fra sag til sag at foretage en afvejning af de indbyrdes modstridende interesser, som er involveret?

112. Med dette in mente går jeg nu over til at behandle problematikken i relation til traktatens artikel 85, stk. 1. Jeg undersøger først, om traktatens artikel 85, stk. 1, er anvendelig ratione materiae, derpå, om der foreligger en aftale eller en samordnet

praksis mellem virksomheder, og endelig om den aftale eller samordnede praksis, der måtte foreligge, begrænser konkurrencen mærkbart.

B — *Anvendeligheden ratione materiae af traktatens artikel 85, stk. 1*

113. Fondene og den nederlandske, den franske og den svenske regering har gjort gældende, at artikel 85, stk. 1, principielt ikke finder anvendelse ratione materiae på kollektive overenskomster mellem repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere om pension. Deres argumenter kan sammenfattes som følger.

114. For det første vedrører sådanne overenskomster sociale anliggender og fremmer traktatens mål på det sociale område. Det ville bringe gennemførelsen af disse mål i fare, hvis artikel 85, stk. 1, fandt anvendelse.

115. For det andet ville en anvendelse af artikel 85, stk. 1, fratage arbejdsmarkedets parter den grundlæggende ret til at forhandle kollektivt, som er fastslået i forskellige internationale og europæiske instrumenter.

116. For det tredje ville en anvendelse af artikel 85, stk. 1, være uforenelig med forskellige fællesskabsbestemmelser, som udtrykkeligt tilskynder til og fremmer kollektive forhandlinger mellem repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere.

117. Disse argumenter rejser to forskellige spørgsmål, som jeg skal behandle hver for sig.

118. Det første argument drejer sig om overenskomsternes indhold. Det rejser det spørgsmål, om en given overenskomst, uanset dens form, falder uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde, fordi den vedrører sociale anliggender, såsom arbejdsvilkår og pension, og har en social målsætning. Med andre ord: Er der i Fællesskabets konkurrenceret en generel undtagelse for det sociale område?

119. Det andet og det tredje argument vedrører de retsforskrifter, som de pågældende overenskomster er undergivet. De rejser det mere begrænsede spørgsmål, om kollektive overenskomster mellem arbejds-

markedets parter har en særlig status i fællesskabsretten, som bevirker, at artikel 85, stk. 1, principielt ikke kan anvendes på dem. Er kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter undtaget?

1. Gælder der en generel undtagelse for det sociale område?

120. Traktatens artikel 85, stk. 1, er et led i den »ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes«. Gennemførelsen af en sådan ordning er ifølge traktatens artikel 3, litra g), er en del af Fællesskabets virke.

121. Artikel 3, litra i), bestemmer, at Fællesskabets virke også skal omfatte »en politik på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område«. I artikel 2 fastlægges som Fællesskabets opgaver bl.a. »at fremme en harmonisk og afbalanceret udvikling af den økonomiske virksomhed« og »et højt beskæftigelsesniveau [samt] et højt socialt beskyttelsesniveau«.

122. Fondene mener, at det følger af disse bestemmelser, at det sociale område ikke er undergivet konkurrencereglerne. På grund af de særlige forhold, der gør sig gældende på dette område, kan og bør konkurrencereglerne ikke finde anvendelse på det. Fondene har gjort gældende, at kollektive overenskomster mellem repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere har til formål at fremme traktatens sociale mål. De er følgelig en del af det sociale område, som principielt ikke er undergivet traktatens artikel 85 og 86.

123. Dette er jeg uenig i. Domstolen har regelmæssigt fastslået, at »traktaten i tilfælde, hvor bestemte former for virksomhed skal være undtaget fra konkurrencereglerne, indeholder en udtrykkelig bestemmelse herom« [47]. Som eksempler på sådanne traktatbestemmelser kan nævnes artikel 42, stk. 1, vedrørende landbrugsvarer, artikel 223, stk. 1, litra b), vedrørende militært udstyr og, i begrænset omfang, artikel 90, stk. 2, vedrørende visse former for virksomheder.

124. Hvad det sociale område angår indeholder traktaten ikke nogen bestemmelse, der som artikel 42 udtrykkelig foreskriver, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse eller kun finder anvendelse, i det omfang Rådet beslutter dette.

125. Ydermere har Domstolen utvetydigt fastholdt, at Fællesskabets konkurrenceregler finder anvendelse på en række andre »særlige« sektorer, som i visse medlemsstater ikke er omfattet af konkurrencelovgivningen. Det er ofte blevet anfægtet, at de

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

pågældende sektorer er omfattet af konkurrencereglerne, idet der er blevet fremført argumenter, hvorved der er blevet henvist til de særlige forhold, som gør sig gældende inden for dem, og de indbyrdes modstridende politiske mål, som opregnes i traktatens artikel 3.

126. Domstolen har imidlertid regelmæssigt afvist sådanne argumenter og ladet artikel 85 og 86 finde anvendelse på sådanne sektorer som transportsektoren [48], energisektoren [49], banksektoren [50] og forsikringssektoren [51] med den begrundelse, at der findes andre mekanismer, såsom undtagelser i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, der ved anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler gør det muligt at tage hensyn til de særlige forhold, der måtte gøre sig gældende inden for visse erhvervsgrene [52]. Domstolen anlagde i de nævnte sager ikke det synspunkt, at tilstedeværelsen af indbyrdes modstridende politiske mål — såsom dem, der nævnes i artikel 3, litra f) (en fælles politik på transportområdet), og artikel 3, litra t) (fællesskabsforanstaltninger på energiområdet) — i sig selv var til hinder for, at konkurrencereglerne kunne finde anvendelse på de pågældende sektorer. At Fællesskabet forfølger en bestemt politik på et givet erhvervsområde, er ikke ensbetydende med, at det er undtaget fra konkurrencereglerne.

127. Hertil kommer — og det er af særlig betydning for de foreliggende sager — at Domstolen i en række vigtige afgørelser allerede har fastslået, at konkurrencebestemmelserne også gælder for det sociale område, herunder bl.a. beskæftigelse og pensionsområdet. For arbejdsmarkedets vedkommende er det sket i dommene i sagerne Höfner og Elser [53] og Job Centre [54] og for pensionsområdets vedkommende i dommene i sagerne Poucet og Pistre [55] og FFSA m.fl. [56]. Det bliver senere nødvendigt at gennemgå de omtalte sager mere indgående. På dette stadium skal det blot bemærkes, at Domstolen ved sin undersøgelse af, om de organer, som der var tale om, skulle betragtes som virksomheder som omhandlet i artikel 85 og 86, implicit fastslog, at konkurrencereglerne fandt anvendelse ratione materiae på de nævnte områder. I den nyere dom i Sodemare-sagen anvendte Domstolen konkurrencereglerne uden videre — endog uden at undersøge, om private organer, der driver virksomhed på sundhedsområdet uden gevinst for øje, skulle betragtes som virksomheder — og fastslog, at der ikke var tale om en aftale som omhandlet i artikel 85, stk. 1 [57].

128. Denne konklusion modsiges ikke af Domstolens dom i Garcia-sagen, som især den franske regering har påberåbt sig [58]. Denne sag drejede sig om anvendeligheden

48 — Dommen i sagen Asjes m.fl., jf. note 47, præmis 40, og dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803.

49 — Dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477.

50 — Dom af 14.7.1981, sag 172/80, Züchner, Sml. s. 2021, præmis 6-9.

51 — Dom af 27.1.1987, sag 45/85, Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, Sml. s. 405.

52 — Dommen i sagen Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, jf. note 51, præmis 15.

53 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Sml. I, s. 1979.

54 — Dom af 11.12.1997, sag C-55/96, Sml. I, s. 7119.

55 — Dom af 17.2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637.

56 — Dom af 16.11.1995, sag C-244/94, Sml. I, s. 4013.

57 — Dom af 17.6.1997, sag C-70/95, Sml. I, s. 3395, præmis 43.

58 — Dom af 26.3.1996, sag C-238/94, Sml. I, s. 1673.

ratione personae af tredje skadesforsikringsdirektiv [59], der bygger på reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser og om fri etableringsret. Domstolen fastslog, at direktivets artikel 2, stk. 2, »skal fortolkes således, at socialsikringsordninger som de i hovedsagen omhandlede ikke er omfattet af direktiv 92/49's anvendelsesområde«.

129. I modsætning til hvad den franske regering har gjort gældende, omhandler dommens præmis 14 det personlige anvendelsesområde for direktivet, dvs. de organer, som det gælder for, og ikke spørgsmålet om, hvorvidt konkurrencereglerne finder anvendelse på det sociale område. Ved at henvise til argumentationen i Poucet og Pistre-dommen erindrede Domstolen blot om sin praksis vedrørende konkurrencereglernes anvendelighed ratione personae på visse former for institutioner, der udbetaler sociale ydelser. Desuden bekræfter dommens præmis 12, at Domstolen fastholdt det standpunkt, som den havde indtaget i dommene i sagerne Poucet og Pistre og FFSA m.fl. Dette standpunkt forudsætter som nævnt, at pensionsområdet og områder, der vedrører andre sociale ydelser, ikke automatisk falder uden for konkurrencereglernes materielle anvendelsesområde.

130. Jeg mener således ikke, at det sociale område som helhed er omfattet af en generel undtagelse fra konkurrencereglerne [60].

2. Er kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter undtaget?

131. Som nævnt er der fremført to argumenter for, at kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter bør have en særlig status. Det første går ud på, at der findes en grundlæggende ret til kollektiv forhandling, og det andet går ud på, at fællesskabsretten selv tilskynder til indgåelsen af sådanne kollektive overenskomster.

a) Findes der en grundlæggende ret til kollektiv forhandling?

132. Fondene, den nederlandske og den franske regering samt Kommissionen har hævdet, at det følger af en række internationale retsinstrumenter, at der i Fællesskabets retsorden anerkendes en grundlæg-

59 — Rådets direktiv 92/49/EØF af 18.6.1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring og om ændring af direktiv 73/239/EØF og 88/357/EØF (EFT L 228, s. 1).

60 — Jf. på linje hermed generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Bosman-sagen, jf. note 21, punkt 273, hvori det hedder: »Der findes nemlig efter min opfattelse ingen regel om, at aftaler, som berører arbejdsforhold, generelt og fuldstændigt skulle være holdt uden for anvendelsesområdet for EF-traktatens konkurrenceregler«. Domstolen udtalte i præmis 138 i dommen, at det var unødvendigt at give en fortolkning af traktatens artikel 85 og 86.

gende ret til kollektiv forhandling. At anvende artikel 85, stk. 1, på kollektive overenskomster ville være ensbetydende med at fratage arbejdsmarkedets parter denne grundlæggende ret.

133. Omfatter Fællesskabets retsorden virkelig en sådan grundrettighed? Det er et skelsættende spørgsmål, for hvis det er tilfældet, kan enhver svækkelse af rettighedens indhold, selv i offentlighedens interesse, være ulovlig [61].

134. I det følgende skelner jeg af analytiske grunde mellem tre rettigheder, nemlig for det første enkeltpersoners ret til at oprette og slutte sig til en fagforening eller en arbejdsgiverforening, for det andet fagforeningernes og arbejdsgiverforeningernes ret til at handle kollektivt for at beskytte deres erhvervsmæssige interesser og for det tredje den særlige rettighed, som der er tale om i de foreliggende sager, nemlig fagforeningernes og arbejdsgiverforeningernes ret til at forhandle kollektivt.

135. Som omtalt nedenfor, tilskynder EF-traktaten selv til kollektive forhandlinger, men den fastsætter ikke udtrykkeligt nogen af ovennævnte tre rettigheder.

136. Ifølge fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder [62] har arbejdsgiverne og arbejdstagerne ret til at slutte sig sammen for at oprette arbejdsgiverforeninger og fagforeninger »til varetagelse af deres økonomiske og sociale interesser« (artikel 11). Arbejdsmarkedets parter har »ret til under de vilkår, der gælder efter den nationale lovgivning og praksis, at forhandle og indgå kollektive overenskomster« (artikel 12). Pagten omfatter således de tre førnævnte »rettigheder«.

137. Pagten har imidlertid kun meget begrænsede retsvirkninger. Den er ikke en fællesskabsretsakt, men en højtidelig politisk erklæring vedtaget af stats- og regeringscheferne for 11 af de daværende 12 medlemsstater, og den er ikke blevet offentliggjort i De Europæiske Fællesskabers Tidende. De samme 11 medlemsstater, der vedtog pagten, var i den aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken, der er knyttet til traktaten om Den Europæiske Union, ikke villige til at give de rettigheder retsvirkning, som de havde givet deres politiske støtte til i pagten.

138. Domstolens praksis bidrager i højere grad til besvarelsen af det generelle spørgsmål om, hvorvidt fællesskabsretten anerkender nogen af de tre ovennævnte rettigheder. Domstolen har regelmæssigt fastslået, at »grundrettighederne ... hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Dom-

61 — Dom af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973, præmis 78 og 87.

62 — Vedtaget af Det Europæiske Fællesskabs stats- og regeringschefer forsamlet i Strasbourg den 9.12.1989.

stolen skal beskytte. I den forbindelse lægger Domstolen de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne til grund samt de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt« [63]. »Den europæiske menneskerettighedskonvention er herved af særlig betydning« [64].

139. I dommen i sagen Union Syndicale, Massa og Kortner mod Rådet [65] udtalte Domstolen: »Den foreningsfrihed, der anerkendes ved tjenestemandsvedtægtens artikel 24 a, indebærer i henhold til almindelige arbejdsretlige principper ikke alene ret for tjenestemændene og de ansatte til frit at danne sammenslutninger efter eget valg, men også adgang for disse sammenslutninger til at foretage enhver lovlig handling til forsvar af deres medlemmers faglige interesser.« Det kan derfor med rimelighed hævdes, at Domstolen dels har anerkendt den individuelle ret til at oprette og slutte sig til en forening, dels den kollektive ret til handling. De to rettigheders grundlæggende karakter blev bekræftet i Bosman-dommen [66] for så vidt angår foreningsfrihed i almindelighed og i dommen i sagen Maurissen og Union Syndicale mod Revisionsretten [67] med hensyn til fagforeninger i særdeleshed. Spørgsmålet om, hvorvidt der findes en særlig tredje ret til at forhandle kollektivt, er endnu ikke blevet afgjort.

63 — Udtalelse 2/94 af 28.3.1996, Sml. I, s. 1759, præmis 33.

64 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 41.

65 — Dom af 8.10.1974, sag 175/73, Sml. s. 917, præmis 14.

66 — Jf. note 21, præmis 79 og 80.

67 — Dom af 18.1.1990, forenede sager C-193/87 og C-194/87, Sml. I, s. 95, præmis 11-16 og 21.

140. Herefter vender jeg mig mod de internationale retsinstrumenter, som fondene, nogle af medlemsstaterne og Kommissionen har henvist til.

141. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at retten til forhandle kollektivt om løn og andre arbejdsvilkår er en grundrettighed, der er sikret ved artikel 11 i den europæiske menneskerettighedskonvention, artikel 6 i den europæiske socialpagt, artikel 22 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, artikel 8 i den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder samt Den Internationale Arbejdsorganisations konvention nr. 87 og 98.

142. En nærmere undersøgelse af de pågældende internationale retsinstrumenter støtter imidlertid ikke denne påstand.

143. Den relevante centrale grundrettighed, der sikres ved den europæiske menneskerettighedskonvention, er den individuelle ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger (artikel 11). Den samme ret fastslås i den europæiske socialpagt (artikel 5), den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder (artikel 22), den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (artikel 8) og de i Den Internationale

Arbejdsorganisations regi vedtagne konventioner om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig samt om retten til organisere sig og føre kollektive forhandlinger.

144. Med hensyn til fagforeningernes ret til at iværksætte kollektive skridt henholdt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol sig til udtrykket »for at beskytte sine interesser« i artikel 11, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention, da den fastslog, at foreningsfriheden omfatter de rettigheder, som »er nødvendige for konkret at udøve« eller som »nødvendigvis er en grundlæggende bestanddel« af fagforeningsfriheden [68]. Artikel 11 sikrer derfor også »retten til at beskytte fagforeningsmedlemmernes erhvervsmæssige interesser gennem kollektive skridt fra fagforeningernes side, som de kontraherende stater både skal tillade og muliggøre« [69].

145. Denne tilsyneladende brede formulering synes imidlertid kun at dække en række specifikke funktioner. Den eneste ret, som Menneskerettighedsdomstolen til dato har anerkendt, er retten til at blive »hørt« af staten [70]. Derimod har fagforeningerne ikke ret til at blive rådspurgt af staten [71], staten har ikke pligt til at indgå kollektive overenskomster [72], og artikel 11 indebærer ikke nødvendigvis ret til at strejke, eftersom medlemmernes interesser kan varetages med andre midler [73].

146. Retten til at forhandle kollektivt synes — i modsætning til hvad fondene, Kommissionen og ovennævnte regeringer har hævdet — kun at være udtrykkeligt fastslået i den europæiske socialpagts artikel 6. At en rettighed er medtaget i denne pagt, er imidlertid ikke i sig selv ensbetydende med, at den i almindelighed anerkendes som en grundrettighed. Pagten er bygget op således, at de anførte rettigheder snarere udgør politiske mål end rettigheder, der kan håndhæves retsligt, og de kontraherende stater har kun pligt til at vælge, hvilke af de anførte rettigheder de vil beskytte.

147. Artikel 4 i den forsigtigt affattede konvention om retten til at organisere sig og føre kollektive forhandlinger forpligter de kontraherende stater til at »opmuntre

68 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.10.1975, Det Belgiske Politiforbund mod Belgien, Eur. Court HR Rep., Series A, 19, præmis 39.

69 — Dommen i sagen Det Belgiske Politiforbund mod Belgien, jf. note 68, præmis 40.

70 — Dommen i sagen Det Belgiske Politiforbund mod Belgien, jf. note 68, præmis 39, og dom af 6.2.1976, Det Svenske Lokomotivførerforbund mod Sverige, Eur. Court HR Rep., Series A, 20, præmis 40.

71 — Dommen i sagen Det Belgiske Politiforbund mod Belgien, jf. note 68, præmis 38.

72 — Dommen i sagen Det Svenske Lokomotivførerforbund mod Sverige, jf. note 70, præmis 39.

73 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 6.2.1976, Schmidt og Dahlström mod Sverige, Eur. Court HR Rep., Series A, 21, præmis 36.

og fremme« kollektiv forhandling. Der fastsættes ikke nogen ret.

148. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis udviser en sigende mangel på henvisninger til retten til at forhandle kollektivt. I sagen Det Svenske Lokomotivførerforbund mod Sverige var flertallet i Den Europæiske Menneskerettighedskommission f.eks. gået ind for, at det blev slået fast, at fagforeningerne havde ret til at føre kollektive forhandlinger. Menneskerettighedsdomstolen fandt imidlertid, at den ikke behøvede at tage stilling til dette spørgsmål, idet en sådan ret ikke var omhandlet i sagen og tilkom sagsøger efter den nationale lovgivning [74]. Siden da har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol aldrig udtrykkeligt anerkendt eksistensen af den omtalte ret. Det kan tværtimod påvises, at den er utilbøjelig hertil.

149. For det første tyder Menneskerettighedsdomstolens fortolkning af den europæiske socialpagts artikel 6 på en sådan uvilje. Den har udtalt om artikel 6, stk. 1, hvorefter staterne skal »fremme fælles forhandlinger mellem arbejdere og arbejdsgivere«, at »forsigtigheden i den anvendte formulering viser, at pagten ikke fastsætter en reel ret til forhandling« [75]. Med hensyn til stk. 2, hvorefter staterne, »hvor det er fornødent og formålstjenligt ... [skal] fremme indførelse af en fremgangsmåde til frivillige forhandlinger mellem arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer og arbejderorganisationer«, har Menneskerettighedsdomstolen udtalt, at »forsigtigheden i den anvendte formulering ... viser, at pagten ikke fastsætter en reel ret til at slutte en sådan overenskomst ...« [76].

150. For det andet har Menneskerettighedsdomstolen konsekvent understreget, at »fagforeningsfriheden kun er ét udtryk for eller et særligt aspekt af foreningsfriheden«, og at »artikel [11] ikke sikrer fagforeninger en særlig behandling« [77].

151. For det tredje er dommen i sagen Gustafsson mod Sverige [78] interessant. Menneskerettighedsdomstolen var blevet forelagt en konflikt mellem en fagforening

74 — Dommen i sagen Det Svenske Lokomotivførerforbund mod Sverige, jf. note 70, præmis 38.

75 — Dommen i sagen Det Belgiske Politiforbund mod Belgien, jf. note 68, præmis 38. Menneskerettighedsdomstolen udtalte sig om betydningen af den europæiske socialpagts artikel 6, stk. 1, i forbindelse med fortolkningen af den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 11.

76 — Dommen i sagen Det Svenske Lokomotivførerforbund mod Sverige, jf. note 70, præmis 39. Menneskerettighedsdomstolen udtalte sig også ved denne lejlighed om betydningen af den europæiske socialpagts artikel 6, stk. 2, i forbindelse med fortolkningen af den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 11.

77 — Dommen i sagen Schmidt og Dahlström mod Sverige, jf. note 73, præmis 34.

78 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.4.1996, Sml. s. 636.

og en arbejdsgiver, som ikke ønskede at deltage i de kollektive forhandlinger inden for sin branche. Fagforeningen havde gennem boykot og andre aktioner lagt pres på ham for at få ham til at slutte sig til arbejdsgiversiden af en kollektiv overenskomst inden for branchen. Arbejdsgiveren gjorde gældende, at en pligt til at deltage i den kollektive overenskomst i praksis ville svare til en pligt til at slutte sig til en arbejdsgiverforening. Efter hans opfattelse burde den svenske regering derfor have grebet ind for at beskytte hans ret til ikke at være medlem af en arbejdsgiverforening.

152. Indledningsvis fortjener to dissenser at blive omtalt.

153. Otte dommere fremførte i deres delvis dissentierende erklæring, at arbejdsgiverens påstand reelt ikke gik ud på, at han havde ret til ikke at være medlem af en arbejdsgiverforening, men at han havde ret til ikke at deltage i kollektive forhandlinger. De fortolkede den hidtidige retspraksis således, at »retten til kollektiv forhandling [ikke] er en grundlæggende bestanddel af foreningsfriheden«. Efter deres opfattelse fandt artikel 11 således slet ikke anvendelse i det pågældende tilfælde [79].

79 — Delvis dissentierende erklæring af dommerne Ryssdal, Spielmann, Palm, Foighel, Pekkanen, Loizou, Makarczyk og Repik i sagen Gustafsson mod Sverige, jf. note 78.

154. To dissentierende dommere havde den modsatte opfattelse. De mente, at retten til kollektiv forhandling var en grundlæggende bestanddel af foreningsfriheden. Menneskerettighedsdomstolen burde derfor have foretaget en afvejning af fagforeningens positive ret til at forhandle kollektivt og arbejdsgiverens negative ret til ikke at deltage i dette system mod sin vilje [80].

155. Begge opfattelser har det til fælles, at de ville have tvunget Menneskerettighedsdomstolen til at tage endelig stilling til, om der findes en sådan ret.

156. Flertallet valgte i stedet en tredje løsning. Med hensyn til fagforeningsvirksomhed udtalte det for det første: »I betragtning af følsomheden af de sociale og politiske spørgsmål, som det rejser at finde en passende balance mellem de modstridende interesser ... og hvor store forskelle der er mellem de nationale retsordener på det omhandlede område, bør de kontraherende stater tillægges et vidt skøn med hensyn til, hvilke midler der skal anvendes« [81]. Derpå anførte flertallet blot, at det »ikke [fandt] anledning til at betvivle, at fagforeningens skridt forfulgte lovlige mål i overensstemmelse med kon-

80 — Dissenserklæring af dommer Martens, som dommer Matscher tilsluttede sig, i sagen Gustafsson mod Sverige jf. note 78, præmis 6.

81 — Dommen i sagen Gustafsson mod Sverige, jf. note 78, præmis 45.

ventionens artikel 11«. Videre udtalte det: »I denne forbindelse skal det også påpeges, at kollektive forhandlingers lovlighed anerkendes i en række internationale instrumenter« [82]. Menneskerettighedsdomstolen synes således omhyggeligt at have undgået at drage den konklusion, at konventionen sikrer ret til forhandle kollektivt.

157. Ovenstående gennemgang bringer mig til at drage følgende konklusioner med hensyn til, om fællesskabsretten anerkender en ret til kollektiv forhandling.

158. Fællesskabets retsorden beskytter retten til at oprette og slutte sig til fagforeninger og arbejdsgiverforeninger, som er en væsentlig bestanddel af foreningsfriheden.

159. Jeg mener også, at fællesskabsretten beskytter retten til at iværksætte kollektive skridt for at beskytte erhvervsmæssige interesser, i det omfang det er nødvendigt for at udøve foreningsfriheden.

160. Det kan imidlertid ikke siges, at de nationale retsordener og de internationale retsinstrumenter er tilstrækkeligt sammenfaldende med hensyn til at anerkende en særlig grundrettighed til kollektiv forhandling.

161. Desuden mener jeg, at kollektiv forhandling, på samme måde som enhver anden form for forhandling mellem økonomiske aktører, er tilstrækkeligt beskyttet af den almindelige regel om aftalefrihed. Derfor er der ikke behov for en mere specifik grundrettighed i dette øjemed. Under alle omstændigheder kan det med rimelighed hævdes, at den påståede ret til at forhandle kollektivt ville være undergivet de samme begrænsninger som aftalefriheden.

162. I samme forbindelse kan det ligeledes nævnes, at Domstolen i sin praksis vedrørende arbejdstagernes frie bevægelighed og ligeløn regelmæssigt undersøger, om bestemmelser i overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter krænker Fællesskabets forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet [83] og køn [84]. Dette kan opfattes som en anvendelse af den almindelige regel om, at udøvelsen af en grundrettighed kan undergives begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger er nødvendige for at tilgodese almene hensyn, som Fællesskabet forfølger, og forudsat at begrænsningerne ikke, når henses til deres formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb over for det centrale indhold af den beskyttede rettighed [85]. I de foreliggende sager kan der ikke herske tvivl

82 — Dommen i sagen Gustafsson mod Sverige, jf. note 78, præmis 53.

83 — Dom af 15.1.1998, sag C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, Sml. I, s. 47, og af 24.9.1998, sag C-35/97, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5325.

84 — Dom af 13.5.1986, sag 170/84, Bilka, Sml. s. 1607.

85 — Dom af 17.10.1995, sag C-44/94, Fishermen's Organisations m.fl., Sml. I, s. 3115, præmis 55.

om, at artikel 85, stk. 1, forfølger et væsentligt formål i traktaten, nemlig gennemførelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes [artikel 3, litra g)].

163. Det følger af ovenstående betragtninger, at arbejdsmarkedets parter i princippet kan indgå overenskomster, som de finder hensigtsmæssige, men at de som alle andre økonomiske aktører må respektere de begrænsninger, der er fastlagt i fællesskabsretten. Den blotte anerkendelse af en grundlæggende ret til at forhandle kollektivt ville derfor ikke være tilstrækkelig til at holde kollektive forhandlinger uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde.

164. Det fremgår imidlertid også af ovenstående gennemgang, at der på internationalt plan er almindelig enighed om, at kollektive forhandlinger er lovlige og samfundsmæssigt ønskelige.

165. Det bringer mig til det andet argument mod konkurrencereglernes anvendelighed, nemlig at de er uforenelige med forskellige traktatbestemmelser, der tilskynder til kollektive forhandlinger.

b) Tilskyndelse til kollektive forhandlinger i fællesskabsretten

166. Ifølge traktatens artikel 118 »har Kommissionen ... til opgave at fremme et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne på det sociale område, især for så vidt angår:

...

— organisationsretten og retten til kollektive forhandlinger mellem arbejdsgivere og arbejdstagere«.

167. EF-traktatens artikel 118 B bestemmer:

»Kommissionen bestræber sig på at udvikle dialogen mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan, idet denne dialog, hvis parterne finder det ønskeligt, kan føre til, at der knyttes aftalemæssige forbindelser.«

168. Desuden indeholder den aftale om social- og arbejdsmarkedspolitikken indgået mellem Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater med undtagelse af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, der er knyttet som bilag til den protokol om social- og arbejdsmarkedspo-

litikken, som er knyttet som bilag til traktaten om Den Europæiske Union[86], følgende bestemmelser:

169. Ifølge aftalens artikel 1 har »Fællesskabet og medlemsstaterne ... som mål at fremme ... dialogen på arbejdsmarkedet ...«

170. Artikel 2, stk. 4, bestemmer:

»En medlemsstat kan overlade det til arbejdsmarkedets parter, efter en fælles anmodning fra disse, at gennemføre direktiver ...«

171. Artikel 3, stk. 1, bestemmer:

»Kommissionen har til opgave at fremme konsultationen af arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan ...«

86 — EFT 1992 C 191, s. 90.

172. Artikel 4, stk. 1, bestemmer:

»Dialogen mellem arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan kan, hvis parterne finder det ønskeligt, føre til overenskomstmæssige forbindelser, herunder aftaler.«

173. Artikel 4, stk. 2, bestemmer: »Iværksættelsen af aftaler, der indgås på fællesskabsplan skal i spørgsmål under artikel 2 finde sted efter fælles anmodning fra de underskrivende parter, ved en afgørelse, som Rådet træffer på forslag af Kommissionen.«

174. Fondene, den nederlandske og den franske regering samt Kommissionen har draget følgende konklusioner af de nævnte bestemmelser. Traktaten og aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken tilskynder udtrykkeligt til kollektive forhandlinger og indgåelse af overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter. Det fastslås i fællesskabsretten, at dialogen på arbejdsmarkedet kan bidrage til lovgivningsprocessen på medlemsstats- og endog fællesskabsplan. Heraf følger klart, at traktatens

artikel 85 ikke kan gælde for denne form for overenskomster.

175. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg gjort gældende, at de fleste kollektive overenskomster ville opfylde betingelserne om begrænsning af konkurrencen og påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne, hvis artikel 85 skulle finde anvendelse. De ville derfor være forbudt og ugyldige i medfør af artikel 85, stk. 1 og 2. Kommissionen har tilføjet, at det endog er usandsynligt, at de ville kunne fritages efter artikel 85, stk. 3, eftersom denne bestemmelse ikke gør det muligt at tage hensyn til sociale og arbejdsmarkedsmæssige mål.

176. Jeg er til en vis grad enig i disse argumenter.

177. Det følger for det første af en systematisk fortolkning af traktaten. To potentielt indbyrdes modstridende regelsæt må tages i betragtning. På den ene side er der de ovennævnte bestemmelser, som tilskynder til indgåelse af kollektive overenskomster. De går klart ud fra, at kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter principielt er lovlige. På den anden side er der artikel 85. Den forbyder i stk. 1 visse former for aftaler. Disse forbudte aftaler er automatisk ugyldige i medfør af stk. 2. Kun hvis betingelserne i artikel 85, stk. 3, er opfyldt, kan Kommissionen erklære forbuddet i artikel 85, stk. 1, uanvendeligt.

178. Som det fremgår af de foreliggende sager og den komparative oversigt over nationale retsordener, er der i ethvert retssystem et potentielt spændingsforhold mellem de to regelsæt. Normale kollektive overenskomster om grundlæggende emner for kollektive forhandlinger såsom løn og andre arbejdsvilkår begrænser ganske vist konkurrencen mellem arbejdstagerne. De kan ikke tilbyde at arbejde for en løn, som er mindre end det aftalte minimum. Men fagforeningernes og de kollektive forhandlingers hovedformål er netop at forhindre arbejdstagerne i at underbyde hinanden med hensyn til løn og arbejdsvilkår. Derfor opmuntres der til kollektive forhandlinger i alle nationale retsordener og internationale retsinstrumenter og særlig i traktaten selv. Ydermere indeholder Fællesskabets retsakter på arbejdsmarkedsområdet detaljerede bestemmelser om foranstaltninger, der skal gennemføres ved såvel kollektiv forhandling som lovgivning [87]. Hvis aftaler af denne art var omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, ville det være nødvendigt at ansøge Kommissionen om negativattest eller fritagelse. På grund af selve deres art er det imidlertid svært at passe sådanne aftaler ind i konkurrencereglerne.

87 — Jf. f.eks. artikel 4, artikel 6, artikel 17, stk. 3, og artikel 18, stk. 1, i Rådets direktiv 93/104/EF af 23.11.1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden (EFT L 307, s. 18).

179. Traktatens forfattere var enten ikke opmærksomme på problemet eller uenige om, hvordan det skulle løses. Traktaten anviser derfor ikke nogen klar løsning. Under disse omstændigheder må en sådan findes på grundlag af etablerede fortolkningsprincipper. Da begge regelsæt er traktatbestemmelser på samme niveau, bør det ene sæt ikke have absolut forrang frem for det andet, og ingen af dem bør fratages deres reelle betydning. Eftersom de traktatbestemmelser, der tilskynder til kollektiver forhandlinger, har som forudsætning, at kollektive overenskomster principielt er lovlige, kan det ikke have været meningen, at artikel 85, stk. 1, også skal gælde for kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter om centrale spørgsmål såsom løn og andre arbejdsvilkår. Kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter om løn og arbejdsvilkår bør derfor automatisk været undtaget fra konkurrencereglerne.

180. Denne principielle konklusion styrkes i øvrigt af en række praktiske hensyn.

181. Der er almindelig enighed om, at kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter forebygger bekostelige arbejdskonflikter, mindsker omkostningerne i forbindelse med indgåelsen af aftaler, fordi der forhandles kollektivt efter fastlagte regler, og fremmer forudsigelighed og gennemskuelighed. En vis ligevægt i styrkeforholdet mellem forhandlingsparterne bidrager til at sikre et afbalanceret resultat for begge parter og for samfundet som helhed.

182. Desuden har kollektive overenskomster om løn, arbejdstid eller andre arbejdsvilkår — skønt de kan begrænse konkurrencen mellem arbejdstagerne — formentlig ikke nogen mærkbar begrænsende indvirkning på konkurrencen mellem arbejdsgiverne. Når det gælder konkurrencen på efterspørgselssiden af arbejdsmarkedet, står det normalt den enkelte arbejdsgiver frit at tilbyde sine ansatte mere fordelagtige vilkår. Med hensyn til konkurrencen på de markeder for varer eller tjenesteydelser, hvorpå arbejdsgiverne driver virksomhed, medfører overenskomster om løn eller arbejdsvilkår, for det første, blot en harmonisering af én af mange produktionsomkostningsfaktorer. Det er derfor kun ét aspekt af konkurrencen, der påvirkes [88]. For det andet er, som det fremgår af Kommissionens praksis [89], den omtalte faktors nærhed til markedet et vigtigt kriterium for vurderingen af, hvor mærkbar en konkurrencepåvirkning der er tale om. For så vidt angår kollektive overenskomster om løn og arbejdsvilkår vil den endelige pris for de varer eller tjenesteydelser, som det drejer sig om, være påvirket af mange andre faktorer, før de når markedet. For det tredje, og måske som det vigtigste, er det kun tilsyneladende, at produktionsfaktoromkostningerne er har-

88 — Beslutning 86/507, jf. note 21, punkt 16.

89 — Meddelelse fra Kommissionen om vurdering i forhold til EØF-traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed [EFT 1993 C 43, s. 2, punkt III.2, litra d)].

moniseret, for i økonomisk forstand er arbejdskraft — i modsætning til råvarer — ikke en ensartet vare. At arbejdstagerne nominelt modtager den samme løn, er ikke ensbetydende med, at deres respektive arbejdsgivere har de samme reelle omkostninger. De reelle omkostninger kan kun bestemmes, hvis arbejdstagernes produktivitet tages i betragtning. Denne afhænger igen af en lang række faktorer, såsom faglige kvalifikationer, motivation, de teknologiske forhold og arbejdets tilrettelæggelse. Alle disse faktorer kan påvirkes, og påvirkes rent faktisk, af arbejdsgiverne. Det er netop, hvad effektiv forvaltning af menneskelige ressourcer drejer sig om. I realiteten er arbejdskraft som en omkostningsfaktor genstand for en intensiv konkurrence. Endelig kan det opfattes som en empirisk støtte for, at der ikke er nogen mærkbar indvirkning, at der er gået næsten 40 år, før den første sag om en kollektiv overenskomsts forenelighed med artikel 85 er blevet forelagt Domstolen, og at der i ovenstående undersøgelse af de nationale retsordener ikke optræder en eneste sag, der vedrører normale overenskomster om løn og arbejdsvilkår.

183. Denne konklusion, der slår til lyd for en begrænset undtagelse fra konkurrencereglerne for kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, er ikke uforenelig med de førnævnte argumenter for, at det sociale område som helhed ikke er undtaget fra dem. Hovedforskellen er, at jeg går ind for en undtagelse for kollektive forhandlinger, som ikke udelukkende bygger på indholdet af den pågældende overenskomst, men også, og især, på den formelle ramme, hvori den er indgået.

184. Det ræsonnement, der har ført til, at konkurrencereglerne har så bredt et anvendelsesområde ratione materiae, er ligetil. Man kan gå ud fra, at private økonomiske aktører normalt handler i egen og ikke i offentlighedens interesse, når de indgår aftaler med hinanden. Konsekvenserne af deres aftaler er således ikke nødvendigvis i offentlighedens interesse. Konkurrencemyndighederne bør derfor kunne kontrollere alle aftaler mellem private aktører, også på særlige erhvervsområder såsom bank- og forsikringsvirksomhed og endog det sociale område. I traktaten er der da også kun fastsat en undtagelse fra konkurrencereglerne for et meget begrænset antal sektorer, og disse undtagelser bygger udelukkende på aftalernes indhold. Domstolen bør som nævnt fortsætte med at fortolke disse undtagelser snævert.

185. Ved at tilskynde til indgåelse af kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter anerkender traktaten imidlertid, at der kan gøres en undtagelse fra den almindelige antagelse om konsekvenserne af aftaler mellem private aktører med den begrundelse, at denne specielle form for aftaler normalt fremmer offentlighedens interesse. Det bestyrkes af de nationale lovgivninger og den praksis, som medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole følger, og hvori kollektive forhandlinger anses for normalt at varetage en værdifuld samfundsmæssig funktion. Det

ville faktisk være i strid med den almindelige praksis i medlemsstaterne at anse kollektive forhandlinger for omfattet af konkurrencereglerne. Det ville ikke alene gøre det påkrævet at anmelde kollektive overenskomster i henhold til Fællesskabets og/eller de nationale konkurrencebestemmelser, men også betyde, at overenskomsterne kunne prøves ved domstolene.

186. Jeg mener dog ikke, at den undtagelse af kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter fra konkurrencereglerne, som jeg går ind for, skal være uden begrænsninger.

187. Dette følger først og fremmest af den fortolkning af traktaten, som jeg foretog ovenfor. På den ene side kan artikel 85, stk. 1, ikke være til hinder for størsteparten af de overenskomster, som bestemmelserne om kollektive forhandlinger tilskynder til indgåelse af. På den anden kan disse bestemmelser ikke fratage artikel 85, stk. 1, hele dens reelle betydning.

188. Det fremgår også klart af traktatens ordlyd. Artikel 117 (» ... en sådan udvikling [forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår] vil blive en følge ... af fællesmarkedets virksomhed ...«) og artikel 118 (»med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne traktat ...«) synes at gå ud fra, at kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter til en vis grad er omfattet af konkurrencereglerne. For så vidt angår aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken hedder det udtrykkeligt i præamblen til protokollen: »Denne protokol og den nævnte aftale berører ikke bestemmelserne i traktaten ...«

189. Ydermere fremgår det af ovenstående undersøgelse af de nationale retsordener, at der kan forekomme tilfælde, hvor kollektive forhandlinger benyttes som en formel ramme for aftaler mellem arbejdsgivere, der har væsentlige konkurrencebegrænsende virkninger for tredjemand eller andre markeder. Faktisk berørte alle de nævnte aftaler, som de forskellige nationale domstole eller myndigheder havde undersøgt, andre markeder eller tredjemand. Ingen af aftalerne var en normal overenskomst om løn eller arbejdsvilkår.

190. Jeg foreslår derfor, at den principielle undtagelse undergives tre betingelser.

191. For det første skal aftalen — som påpeget af Kommissionen — være indgået inden for de formelle rammer for kollektiv forhandling mellem arbejdsmarkedets parter. En ensidig samordnet praksis mellem arbejdsgivere, der ikke har noget med de kollektive forhandlinger at gøre, skal ikke

automatisk være undtaget uanset dens genstand.

192. For det andet skal aftalen være indgået i oprigtig hensigt. I denne forbindelse skal man være på vagt over for aftaler, der tilsyneladende vedrører grundlæggende emner for kollektive forhandlinger, såsom arbejdstiden, men som blot fungerer som dække for en væsentlig begrænsning af konkurrencen mellem arbejdsgiverne på markederne for deres varer. Også i sådanne undtagelsestilfælde skal konkurrencemyndighederne kunne kontrollere den pågældende aftale.

193. For det tredje skal undtagelsen for kollektive forhandlinger begrænses således, at den kun omfatter aftaler, for hvilke den virkelig er berettiget. Det vil ikke være let at finde frem til et kriterium, som både drager grænsen det rigtige sted og frembyder den nødvendige retssikkerhed. Som et muligt kriterium foreslår jeg tentativt, at den kollektive overenskomst skal vedrøre grundlæggende emner for kollektive forhandlinger, såsom løn og arbejdsvilkår, og ikke direkte må berøre tredjemand eller andre markeder. Det afgørende bør være, om aftalen kun ændrer eller fastsætter rettigheder og pligter i forholdet mellem arbejdsgivere og arbejdstagere, eller om den går videre og direkte påvirker forholdet mellem arbejdsgiverne og tredjemand, såsom kunder, leverandører, konkurrerende arbejdsgivere eller forbrugere. Ovenstående undersøgelse af de nationale retsordener indeholder flere eksempler på overenskomster af sidstnævnte type. Da sådanne overenskomster kan skade konkurrencen, bør deres overensstemmelse med konkurrencereglerne kunne kontrolleres af Kommissionen eller andre kompetente myndigheder, som skulle undersøge, om der rent faktisk var tale om en mærkbar begrænsning af konkurrencen. I bekræftende fald bør Kommissionen kunne afveje de berørte interesser og meddele fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, hvis der er anledning til det. Både Domstolen og Kommissionen har ved forskellige lejligheder slået fast, at man i den forbindelse kan tage sociale hensyn i betragtning, navnlig ved at fortolke betingelserne i artikel 85, stk. 3, så bredt, at de også omfatter beskæftigelseshensyn [90].

194. Jeg drager følgelig den konklusion vedrørende kollektive overenskomsters undtagelse fra konkurrencereglerne, at kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, som er indgået i oprigtig hensigt, som vedrører centrale emner for kollektive forhandlinger såsom løn og arbejdsvilkår, og som ikke direkte berører andre markeder eller tredjemand, ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1.

90 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 43, og af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 42, Kommissionens beslutning 84/380/EØF af 4.7.1984 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/30.810 — Syntetiske fibre) (EFT L 207, s. 17, punkt 17), og Kommissionens beslutning 93/49/EØF af 23.12.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.814 — Ford/Volkswagen) (EFT 1993 L 20, s. 14, punkt 23).

195. Er de overenskomster, som der er tale om i de foreliggende sager, omfattet af denne undtagelse?

196. Som tidligere nævnt, står det efter den nederlandske lovgivning i princippet arbejdsgiverne frit, om de vil tilbyde deres ansatte en supplerende pensionsordning. Ønsker de det, kan de indgå kollektive overenskomster, hvori arbejdsmarkedets parter blot aftaler en minimumspension. I sådanne tilfælde er det arbejdsgiverne, der beslutter, hvad der skal ske med indbetalte bidrag. Arbejdsmarkedets parter kan også oprette en erhvervspensionsordning. Selve ordningen kan administreres af repræsentanter for arbejdsgiverne og arbejdstagerne eller af et forsikringsselskab. Når arbejdsmarkedets parter har besluttet at oprette en erhvervspensionsfond, skal de afgøre, om de skal anmode den kompetente minister om at gøre det obligatorisk for hele branchen at være tilsluttet fonden.

197. Disse alternativer taget i betragtning kan de omhandlede overenskomster opfattes som bestående af tre særskilte aftaler med følgende indhold:

a) Arbejdsgiverne indbetaler for hver enkelt arbejdstager i den pågældende branche et aftalt pensionsbidrag på et bestemt beløb.

b) Der oprettes én erhvervspensionsordning, som de indbetalte pensionsbidrag indgår i, og som administreres af arbejdsgiverrepræsentanter og fagforeninger i fællesskab.

c) Arbejdsmarkedets parter anmoder i fællesskab den kompetente minister om at gøre det obligatorisk for samtlige virksomheder i branchen at være tilsluttet ordningen.

198. Hvad førstnævnte aftale angår udgør arbejdsgivernes bidrag til pensionsordningen en del af arbejdstagernes løn[91]. De rejser de samme analytiske spørgsmål som løn og andre arbejdsvilkår. Kollektive forhandlinger om ensartede pensionsbidrag udgør derfor forhandlinger om arbejdskontraktens indhold og berører ikke tredjemand direkte. De er følgelig omfattet af den undtagelse, som jeg gjorde mig til talsmand for ovenfor.

199. Det er vanskeligere at vide, hvordan man skal forholde sig til de øvrige to aftaler. Man kunne mene, at de blot supplerede den førstnævnte. Men det kan ud fra det ovenfor foreslåede kriterium hævdes, at de ikke bør være omfattet af undtagelsen. På den ene side begrænses de deltagende arbejdsgiveres frihed til at overlade det et forsikringsselskab at admini-

91 — Dom af 17.5.1990, sag C-262/88, Barber, Sml. I, s. 1889.

strere midlerne (eller til selv at gøre det). På den anden forsøger arbejdsmarkedets parter i fællesskab at forpligte de arbejdsgivere, der ikke har deltaget i de kollektive forhandlinger, til at rette sig efter forhandlingsresultatet. Begge aftaler er således ikke kun elementer i kollektive forhandlinger om arbejdsforholdet, men berører direkte arbejdsgivernes forhold til tredjemand og falder uden for den undtagelse, som jeg har foreslået.

200. Derfor går jeg nu over til at behandle de to sidstnævnte aftaler i relation til artikel 85, stk. 1.

C — *Aftale mellem virksomheder*

201. Den nederlandske, franske og svenske regering samt Kommissionen finder, at der ikke foreligger en aftale mellem »virksomheder«, og at traktatens artikel 85, stk. 1, derfor ikke finder anvendelse ratione personae. De har anført, at arbejdstagerne ikke er »virksomheder«, eftersom de ikke er selvstændige enheder, der udøver økonomisk virksomhed, men er bundet til deres arbejdsgiver. Deres repræsentanter, dvs. fagforeningerne, udøver ikke økonomisk virksomhed, i det mindste ikke når de deltager i kollektive forhandlinger om arbejdsvilkår eller pension. Den ene af de to parter, som har indgået de omhandlede aftaler, kan således ikke betegnes som en virksomhed.

202. Over for argumentet om, at der på arbejdsgiversiden foreligger en underforstået »aftale mellem virksomheder« eller en »vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder«, har den nederlandske regering anført, at arbejdsgivere, der deltager i kollektive forhandlinger om pension, ikke udøver en økonomisk, men en social virksomhed.

203. Kommissionen har draget samme konklusion. Det fremgår dog ikke klart af dens indlæg, hvordan man kommer frem til den. Den har blot henledt opmærksomheden på konsekvenserne af, at Domstolen træffer den modsatte afgørelse.

204. Jeg undersøger først, om de økonomiske aktører, som der er tale om, kan betragtes som virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder. Derpå vurderer jeg, om der foreligger en aftale eller en anden form for samordnet praksis.

1. *Virksomhed eller sammenslutning af virksomheder*

205. Domstolen har udtalt, at »begrebet virksomhed [omfatter] enhver enhed, som

udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde« [92]. Det kan i denne forbindelse være hensigtsmæssigt at gøre to indledende bemærkninger.

206. For det første mener jeg, at begrebet »virksomhed« tjener et dobbelt formål i artikel 85's opbygning. Begrebet skal på den ene side — som sin mest åbenbare funktion — gøre det muligt at bestemme, hvilke aktørgrupper konkurrencereglerne gælder for. Dette spørgsmål opstår eksempelvis, når der er tale om offentlige organer [93]. I sådanne tilfælde er det afgørende, om aktøren udøver virksomhed af økonomisk eller kommerciel art. På den anden side skal det fastlægge, hvilken enhed en given adfærd kan tilskrives. Dette andet spørgsmål opstår eksempelvis, når der er tale om forholdet mellem et datter- og et moderselskab [94]. Her er det afgørende, om det drejer sig om en selvstændig enhed, der handler på egne vegne, eller kun om en »repræsentant«, som ikke uafhængigt kan bestemme, hvordan han skal forholde sig.

207. For det andet har Domstolen fastslået, at »begrebet virksomhed i en konkurrenceretlig kontekst [skal] forstås som en økonomisk enhed *i relation til den pågældende aftale*« [95]. Begrebet »virksomhed« er med andre ord relativt, hvorfor dets betydning skal bestemmes ud fra den konkrete aktivitet, som der er tale om. Således blev f.eks. i Höfner og Elser-dommen [96] et offentligt organ, der bl.a. udøvede arbejdsformidlingsvirksomhed, anset for at være en virksomhed i henseende til denne aktivitet. I Diego Calì & Figli-dommen [97] blev et privat anpartsselskab, som staten havde overdraget at udføre miljøovervågningsarbejde, derimod anset for at falde uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde ratione personae i henseende til denne specielle aktivitet.

208. Med hensyn til de foreliggende sager vil jeg i nævnte rækkefølge undersøge, om a) arbejdstagere, b) fagforeninger og c) arbejdsgivere skal betragtes som virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder i relation til konkurrencereglerne.

a) Arbejdstagere

209. Domstolen udtalte i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen [98], at de ansatte i en virksomhed og virksomhe-

92 — Höfner og Elser-dommen, jf. note 53.

93 — Jf. f.eks. dom af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479, Höfner og Elser-dommen, jf. note 53, og dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Sml. I, s. 43.

94 — Dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho mod Kommissionen, Sml. I, s. 5457, og de domme, hvortil der henvises i denne doms præmis 11.

95 — Dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm Gerätebau, Sml. s. 2999, præmis 11 (min fremhævelse).

96 — Jf. note 53.

97 — Dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Sml. I, s. 1547.

98 — Dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Sml. s. 1663, præmis 539.

den tilsammen udgør en »økonomisk enhed«. »Hjælpeorganer, der er integreret i kommittentens virksomhed« [99], kan ikke betragtes som virksomheder. Domstolen skulle i den pågældende sag kun foretage en sondring mellem ansatte og uafhængige handelsrepræsentanter i henseende til deres forhold til tredjemand. Den kunne derfor hovedsagelig grunde sin argumentation på, om arbejdsgiveren kunne gøres ansvarlig for sine ansattes aktiviteter.

210. I de foreliggende sager drejer det sig imidlertid om forholdet mellem arbejdstagere og deres arbejdsgivere. I de pågældende tilfælde deltager arbejdstagerne gennem deres fagforeninger i forhandlinger om tillægspension og om forvaltningen heraf. Pensionen udgør en del af deres løn [100]. Ud fra den synsvinkel handler arbejdstagerne selvstændigt og på egne vegne. Domstolens ræsonnement i Suiker Unie-dommen er derfor ikke umiddelbart relevant.

211. Spørgsmålet er herefter, hvordan man skal opfatte det forhold, at arbejdstagerne tilbyder deres arbejdskraft mod betaling.

212. Det kan hævdes, at der er tale om en økonomisk virksomhed, der svarer til salg af varer eller udførelse af tjenesteydelser. Set fra et økonomisk synspunkt kan det muligvis godt være rigtigt. Jeg tror imidlertid ikke, at det er en korrekt opfattelse ud fra en retlig synsvinkel.

213. For det første har jeg svært ved at se, hvordan begrebet »virksomhed« kan have betydningen »arbejdstager«. At fortolke traktaten således, at sidstnævnte begreb er omfattet af det førstnævnte, ville efter min opfattelse være at overskride grænserne for dens ordlyd.

214. For det andet fører den funktionsorienterede fortolkning af begrebet »virksomhed«, som Domstolen har anlagt i sin praksis, til det samme resultat. Når det drejer sig om offentlige organer, undersøger Domstolen, om den pågældende aktivitet udøves — eller i det mindste kan udøves — af private enheder, der udbyder varer eller tjenesteydelser på markedet [101]. Også enkeltpersoner kan anses for virksomheder [102], hvis de udøver selvstændig økonomisk virksomhed på markederne for varer eller tjenesteydelser. Ræsonnementet i de nævnte sager går ud på, at de enheder, som det drejer sig om, udøver en virksomheds »funktion«. Det er berettiget at lade artikel 85 og 86 finde anvendelse, fordi de pågældende offentlige organer eller enkeltpersoner udøver virksomhed på de samme eller på lignende markeder og efter lignende

99 — Ibidem, præmis 542.

100 — Barber-dommen, jf. note 91.

101 — Diego Calì & Figli-dommen, jf. note 98, og Höfner og Elser-dommen, jf. note 53.

102 — Jf., om italienske toldklarerere, dom af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851.

principper som »almindelige« virksomheder [103].

215. Lønnet arbejde er på grund af selve sin art det modsatte af selvstændig udøvelse af økonomisk eller kommerciel virksomhed. Arbejdstagere bærer normalt ikke den umiddelbare kommercielle risiko ved en given transaktion. De er undergivet deres arbejdsgivers anvisninger. De tilbyder ikke tjenesteydelser til forskellige kunder, men arbejder for én enkelt arbejdsgiver. Der er derfor en væsentlig forskel på den funktion, der udøves af henholdsvis en arbejdstager og en virksomhed, som udfører tjenesteydelser. Denne forskel afspejler sig i, at funktionerne ikke har den samme retlige status på en række områder inden for fællesskabsretten [104] og de nationale retsordener.

216. For det tredje er Fællesskabets konkurrenceregler ikke udformet med henblik på at blive anvendt på arbejdstagere. De tilfælde af konkurrencebegrænsende praksis, der omtales i artikel 85, stk. 1, og artikel 86, eller betingelserne for fritagelse i artikel 85, stk. 3, er tydeligvis udformet med henblik på økonomiske aktører, som driver virksomhed, der består i levering af varer eller udførelse af tjenesteydelser. F.eks. henvises der i artikel 85, stk. 1, litra a), til »købs- eller salgspriser« og »andre forretningsbetingelser«. Arbejdstagere er derimod berørt af »løn« og »arbejdsvilkår«. At anvende artikel 85, stk. 1, på arbejdstagere ville derfor kræve, at der anvendes vanskelige analogier mellem markederne for varer og tjenesteydelser og arbejdsmarkederne.

217. Jeg mener følgelig, at arbejdstagere principielt falder uden for det personlige anvendelsesområde for forbuddet i artikel 85, stk. 1. Fremtiden vil sikkert vise, om denne hovedregel også gælder i visse grænseområder, såsom professionel idræt.

b) Fagforeninger

218. Da arbejdstagere ikke kan betragtes som virksomheder i relation til artikel 85, udgør fagforeninger eller andre sammenslutninger, der repræsenterer arbejdstagere, heller ikke »sammenslutninger af virksomheder«.

219. Men er fagforeninger selv »virksomheder«?

220. At en fagforening er et organ, som ikke arbejder med gevinst for øje, er ikke i

103 — For en detaljeret sammenligning med »almindelige« virksomheder jf. dommen i den i note 102 nævnte sag Kommissionen mod Italien, præmis 36, 37 og 38.

104 — F.eks. traktatens artikel 48 og 59.

sig selv til hinder for, at den virksomhed, som den udøver, er af økonomisk karakter [105].

221. En fagforening er en sammenslutning af arbejdstagere. Det står fast, at sammenslutninger også kan betragtes som »virksomheder«, i det omfang de selv udøver økonomisk virksomhed [106].

222. Det skal erindres, at en sammenslutning kan handle enten på egne vegne, i en vis udstrækning uafhængigt af medlemmernes vilje, eller som et organ, der blot gennemfører, hvad medlemmerne er blevet enige om. I førstnævnte tilfælde må dens handlinger tilregnes sammenslutningen selv, i sidstnævnte tilfælde er medlemmerne ansvarlige for dem.

223. For almindelige erhvervsorganisationers vedkommende er følgerne af denne sondring ofte uden betydning, eftersom artikel 85 finder anvendelse på samme måde på aftaler mellem virksomheder og på vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder [107]. Den kan dog have betydning, når Kommissionen skal afgøre, hvem den skal rette en beslutning til eller pålægge en bøde [108].

224. I relation til fagforeninger er sondringen imidlertid afgørende, idet fagforeningen, hvis den blot optræder som en repræsentant, er et organ, der udelukkende gennemfører en aftale mellem medlemmerne, til hvem forbuddet i artikel 85, stk. 1 — som omtalt ovenfor — ikke er rettet.

225. Ved undersøgelsen af fagforeningsvirksomhed må man derfor benytte en fremgangsmåde med to trin. Først må man spørge, om den pågældende aktivitet kan tilregnes fagforeningen selv, og dernæst, hvis det er tilfældet, om den er af økonomisk art.

226. Det er givet, at der findes omstændigheder, hvor fagforeningsvirksomhed opfylder begge betingelser. Nogle fagforeninger driver f.eks. for egen regning supermarkeder, sparekasser, rejsebureauer og andre former for kommerciel virksomhed. Når de handler i denne egenskab, finder konkurrencereglerne anvendelse.

105 — Jf. dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 88, og dommen i sagen FFSA m.fl., jf. note 56, præmis 21.

106 — Underforstået i dom af 21.3.1974, sag 127/73, BRT, Sml. s. 313, præmis 7. Jf. desuden generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i samme sag (Sml. s. 322) og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Bosmansagen, jf. note 21, punkt 256.

107 — Jf. generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i Bosmansagen, jf. note 21, punkt 258.

108 — Kendelse af 4.6.1996, sag T-18/96 R, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 407, og dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739.

227. I de foreliggende sager deltager fagforeningerne imidlertid i kollektive forhandlinger med arbejdsgiverne om pension til arbejdstagerne i den pågældende branche. I den henseende optræder de blot som repræsentanter for arbejdstagerne inden for en bestemt branche og ikke på egne vegne. Dette alene er tilstrækkeligt til at påvise, at de i de foreliggende sager ikke optræder som virksomheder i konkurrencerettens forstand.

c) Arbejdsgivere

228. I de foreliggende sager udøver arbejdsgiverne økonomisk virksomhed på forskellige markeder for varer og tjenesteydelser. De skal i den henseende anses for virksomheder.

229. For at kunne fremstille varerne eller udføre tjenesteydelserne ansætter de arbejdstagere. At ansætte personale er derfor en integrerende del af deres væsentligste økonomiske virksomhed.

230. Som nævnt har den nederlandske regering anført, at arbejdsgivere, der deltager i kollektive forhandlinger om løn eller arbejdsvilkår, ikke udøver en økonomisk, men en social virksomhed, og at de, i det mindste i henseende til denne aktivitet, ikke kan betragtes som virksomheder. Kommissionen er nået til den samme konklusion.

231. Da jeg under alle omstændigheder går ind for, at der skal gælde en begrænset undtagelse fra konkurrencereglernes anvendelighed ratione personae, der dækker den form for overenskomster, som den nederlandske regering og Kommissionen har henvist til, er det reelt unødvendigt at foretage en detaljeret behandling af dette argument. Jeg mener dog, at det er relevant at påpege, at arbejdsgiverne udøver en økonomisk virksomhed.

232. For det første er arbejdsgivere, der deltager i kollektive forhandlinger om arbejdsvilkår, løn eller pension, ikke — i det mindste ikke udelukkende — motiveret af sociale hensyn. Mere realistisk betragtet handler de ud fra økonomiske motiver, såsom at forebygge bekostelige arbejdskonflikter, at begrænse omkostningerne i forbindelse med indgåelsen af aftaler, fordi der forhandles kollektivt efter fastlagte regler, og at opnå større forudsigelighed og gennemskuelighed i produktionsomkostningerne.

233. For det andet afhænger en virksomheds økonomiske succes på de indenlandske eller internationale markeder for varer

og tjenesteydelser af dens evne til at indgå den bedst mulige kollektive overenskomst med de ansatte, idet denne vil have betydning for dens omkostningsstruktur. Forhandlinger med arbejdstagerne er derfor en fast bestanddel af virksomhedens økonomiske aktivitet på markederne og kan ikke udskilles kunstigt.

234. For det tredje indebærer selve begrebet kollektiv forhandling, at begge parter forsvarer deres egne interesser. Arbejdstagersiden prøver at sikre sig flest muligt sociale og arbejdsmarkedsmæssige fordele. Arbejdsgiversiden søger at forsvare de berørte virksomheders økonomiske interesser. Ligelig forhandlingsstyrke på begge sider sikrer angiveligt det bedst mulige resultat for begge parter og for samfundet som helhed. Det ville derfor ikke engang være ønskeligt, at arbejdsgiverne var påvirket af andre end økonomiske hensyn.

235. Arbejdsgiverne er følgelig også virksomheder, når de deltager i kollektive forhandlinger.

236. Det følger tillige heraf, at arbejdsgiverforeningerne i de foreliggende sager er sammenslutninger af virksomheder.

2. *Aftale eller en anden form for samordnet praksis*

237. Da hverken arbejdstagere eller deres repræsentanter udgør virksomheder, vil jeg nu prøve at afklare, om en kollektiv overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter indebærer en underforstået aftale mellem arbejdsgiverne.

238. Domstolen udtalte i dommen i BNIC-sagen, at »de retlige rammer for indgåelsen af sådanne aftaler [mellem virksomheder] eller vedtagelser [inden for sammenslutninger af virksomheder], samt den i de forskellige nationale retsordener givne retlige kvalifikation af disse rammer, [er] uden betydning for anvendeligheden af Fællesskabets konkurrenceregler, herunder traktatens artikel 85« [109].

239. I dommen i sagen Frubo mod Kommissionen fastslog Domstolen, at »artikel 85, stk. 1, finder anvendelse på sammenslutninger i det omfang, deres egen aktivitet eller den, der udøves af de virksomheder, der er tilsluttet dem, tilsigter at fremkalde de virkninger, som den omhandler; en anden fortolkning ville medføre, at artikel 85, stk. 1, blev frataget reel betydning« [110].

109 — Dom af 30.1.1985, sag 123/83, Sml. s. 391, præmis 17.

110 — Dom af 15.5.1975, sag 71/74, Sml. s. 563, præmis 30 og 31.

240. Endvidere følger det af Domstolens praksis, at en aftale kan være mundtlig [111] eller stiltiende [112], og at det er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har udtrykt en fælles vilje til at optræde på en bestemt måde [113].

241. For at der kan indgås en kollektiv aftale mellem arbejdsmarkedets parter, skal de to parter hver for sig samordne deres handlinger, enten i form af ad hoc-aftaler eller institutionaliseret gennem foreninger. De skal som et minimum blive enige om at forhandle i fællesskab og at efterleve det forhandlingsresultat, som deres repræsentanter opnår.

242. Set i lyset af Domstolens ovenfor omtalte domme kan der derfor ikke være nogen tvivl om, at der på arbejdsgiversiden foreligger en underforstået aftale mellem virksomheder som omhandlet i artikel 85, stk. 1. I det mindste foreligger der en samordnet praksis, som også er omfattet af artikel 85, stk. 1.

243. Kommissionens stillingtagen i den eneste beslutning, den har truffet vedrørende forholdet mellem artikel 85, stk. 1, og kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, stemmer overens med denne opfattelse. I Irish Banks' Standing Committee-beslutningen [114] havde en forening af irske banker indgivet begæring om negativattest for en aftale om åbningstider mellem de pågældende banker »samt bankfunktionærernes fagforening«. Kommissionen fandt, for det første, at konkurrencereglerne også fandt anvendelse på banksektoren, og, for det andet, at »bankerne, som deltager i de aftaler, for hvilke der søges negativattest, er ... virksomheder i artikel 85's forstand«. Den fortsatte: »Begæringen om negativattest omtaler de deri omhandlede aftaler som aftaler mellem de deltagere, på hvis vegne begæringen blev indgivet. Som sådanne kan aftalerne anses for at være aftaler mellem virksomheder som omhandlet i artikel 85.«

244. Jeg må herefter konkludere, at enhver kollektiv overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter indebærer en underforstået aftale mellem virksomheder på arbejdsgiversiden.

D — *Begrænsning af konkurrencen*

245. Spørgsmålet er, om de underforståede aftaler mellem arbejdsgiverne — for så vidt de ikke er undtaget fra konkurrencereglerne — »har til formål eller til følge at

111 — Dom af 20.6.1978, sag 28/77, Tepea mod Kommissionen, Sml. s. 1391, præmis 41.

112 — Dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 38.

113 — Dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org. ref.: Rec. s. 661, præmis 112, og dommen i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, jf. note 105, præmis 86.

114 — Jf. note 21.

hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen« som omhandlet i artikel 85, stk. 1.

246. Fondene og den nederlandske regering har gjort gældende, at de kollektive overenskomster, som det drejer sig om, hverken har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. De har et socialt formål og tilsigter ikke at begrænse konkurrencen mellem de berørte virksomheder. Hvis der overhovedet foreligger en begrænsning, er det ikke arbejdsgiverne, men staten, der har givet anledning til den ved at gøre tilslutning obligatorisk for samtlige virksomheder i branchen.

247. Inden jeg påbegynder undersøgelsen, finder jeg det hensigtsmæssigt at gøre to indledende bemærkninger.

248. For det første er der tale om et kompliceret samspil mellem de kollektive overenskomster, som det drejer sig om, og statens intervention. Der er indgået en kollektiv overenskomst mellem arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter. Denne overenskomst forudsætter to underforståede aftaler, én mellem arbejdsgiverne indbyrdes og én mellem arbejdstagerne indbyrdes. Endelig har den nederlandske regering interveneret og gjort det obligatorisk at være tilsluttet den pågældende fond.

249. Undersøgelsen må primært rettes mod konsekvenserne af den underforståede aftale mellem arbejdsgiverne og således i hver enkelt sag mod årsagsforbindelsen mellem denne aftale og virkningerne for de forskellige aktører og markeder.

250. For det andet kræver de foreliggende sager en nøje gennemgang, som tager hensyn til den konkrete økonomiske sammenhæng.

251. I modsætning til mange nationale konkurrencelovgivninger finder Fællesskabets konkurrenceregler anvendelse på praktisk taget samtlige økonomiske sektorer (f.eks. landbruget, banksektoren, forsikringsbranchen, energisektoren, transportsektoren og det sociale område) og aftaletyper (f.eks. vertikale aftaler). Anvendelsesområdets omfang gør det særlig nødvendigt at tage den pågældende sektors eller aftaletypes specifikke økonomiske karakteristika i betragtning ved vurderingen af, om konkurrencereglerne er blevet tilsidesat i et givet tilfælde.

252. Med hensyn til at fortolke udtrykket »hindre, begrænse eller fordreje konkur-

rencen« i den i artikel 85, stk. 1, omhandlede betydning, giver klare regler, der slet og ret påviser begrænsninger forårsaget af individuelle erhvervsdrivendes adfærd, normalt et holdbart grundlag for at antage, at der foreligger en konkurrencebegrænsende virkning, ligesom de fremmer en ønskværdig retssikkerhed. Domstolen er imidlertid i sager vedrørende bestemte sektorer [115] eller aftaletyper [116] gået ud over denne mekaniske fremgangsmåde og har foretaget en mere indgående vurdering. På baggrund af indholdet og arten af de overenskomster, de foreliggende sager drejer sig om, må der derfor også tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, de indgår i, og deres undertiden komplekse økonomiske begrundelse.

253. Herefter vender jeg mig mod de kollektive overenskomster, som er omhandlet i de foreliggende sager. De kan, som omtalt ovenfor, opdeles i tre retligt og økonomisk uafhængige komponenter.

254. Som nævnt er den første komponent, nemlig aftalen mellem arbejdsgiverne om at harmonisere pensionsbidragene for en hel branche, ikke omfattet af artikel 85, stk. 1. Den er reelt en aftale om aflønningen af arbejdstagerne, som er et grundlæggende emne for kollektive forhandlinger, og som ikke direkte berører tredjemand eller andre markeder. Konkurrencereglerne finder derfor ikke anvendelse på den.

255. Nærværende undersøgelse drejer sig følgelig kun om overenskomsternes anden og tredje komponent. Disse har — eller påstås i hvert fald at have — konsekvenser for forsikringsselskaber og arbejdsgivere, som ikke er part i de pågældende kollektive overenskomster. I øvrigt skal det erindres, at det kun er den underforståede aftale mellem arbejdsgiverne, som er relevant. Jeg vil derfor undersøge, om der foreligger en mærkbar begrænsning af konkurrencen som følge af en underforstået aftale mellem arbejdsgiverne, dels med hensyn til aftalen om at oprette én enkelt pensionsfond, som administreres af arbejdsgiverne og fagforeningerne i fællesskab, dels med hensyn til aftalen om sammen med fagforeningerne at anmode den kompetente minister om at gøre det obligatorisk for samtlige virksomheder i branchen at være tilsluttet fonden.

1. Aftalen om at oprette én enkelt pensionsfond, der administreres af arbejdsgiverne og fagforeningerne i fællesskab

256. For bedre at forstå motiverne til aftalen er det nyttigt at have de muligheder

115 — Domstolens dom af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 31, af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 10, og Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 136 og 137.

116 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société technique minière, Sml. 1966, s. 211, org. ref.: Rec. s. 337, af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, af 8.6.1971, sag 78/70, Deutsche Grammophon, Sml. 1970, s. 125, org. ref.: Rec. s. 487, af 8.6.1982, sag 258/78, Nungesser mod Kommissionen, Sml. s. 2015, og af 28.1.1986, sag 161/84, Pronuptia, Sml. s. 353.

in mente, som arbejdstagerne og arbejdsgiverne har. Der findes kollektive overenskomster, hvori arbejdsmarkedets parter blot har aftalt et minimumspensionsbidrag for hver enkelt arbejdstager. I sådanne tilfælde er det arbejdsgiverne, der bestemmer, hvad der skal ske med de indbetalte bidrag. De kan frit vælge, om de vil oprette en virksomhedspensionsfond, indgå en gruppeforsikringsaftale med et forsikringsselskab udelukkende for deres egen virksomhed eller oprette en fælles pensionsfond sammen med andre arbejdsgivere.

257. I de foreliggende sager har arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter valgt den tredje mulighed, nemlig at oprette en fælles pensionsfond, der administreres af repræsentanter for arbejdsmarkedets parter i fællesskab.

258. Hvordan skal denne aftale vurderes ud fra en konkurrenceretlig synsvinkel? For det første repræsenterer den en form for frivilligt horisontalt samarbejde mellem virksomheder i den samme branche om administrationen af deres ansattes pension. Det er kun den efterfølgende intervention fra den nederlandske stats side, der gør det obligatorisk at være tilsluttet fonden. For det andet finder dette samarbejde ikke sted på et ad hoc-grundlag, men inden for en fast ramme, som er adskilt fra de deltagende virksomheder.

259. Oprettelsen af pensionsfondene som en institutionaliseret form for samarbejde svarer således i mange henseender til, hvad der sædvanligvis betegnes som oprettelse af et joint venture-selskab i samarbejdsøjemed.

260. Jeg undersøger nu hver for sig, hvilke virkninger de omhandlede overenskomster har for a) arbejdsgiverne og b) forsikringsselskaberne.

a) Begrænsning af konkurrencen i relation til arbejdsgiverne

261. Begrænser oprettelsen af pensionsfondene konkurrencen mellem arbejdsgiverne mærkbart?

262. Domstolen har med hensyn til en andelsforening, der opkøbte landbrugsvarer, udtalt:

» ... en virksomheds organisation i den bestemte retlige form et andelsselskab [er] ikke i sig selv ... en konkurrencebegrænsende adfærd ... [D]enne retlige form [er] godkendt af såvel den nationale lovgiver som fællesskabsmyndighederne som en faktor i moderniseringen og rationaliserin-

gen af landbrugssektoren og virksomheders effektivitet« [117].

263. Kommissionen har i sin meddelelse om aftaler, vedtagelser og samordnet praksis angående samarbejde mellem virksomheder [118] udtalt:

» ...

I. Kommissionen hilser det velkomment, at små og mellemstore virksomheder samarbejder med hinanden, når dette gør det muligt for dem at arbejde mere effektivt og øge deres produktivitet og konkurrenceevne på et større marked. Skønt Kommissionen finder, at den navnlig har pligt til at lette samarbejdet mellem små og mellemstore virksomheder, er den sig bevidst, at samarbejde mellem større virksomheder også kan være økonomisk ønskværdigt, og at det ikke behøver at rejse problemer set fra et konkurrencepolitisk synspunkt.

...

Ud over nedennævnte former for samarbejde mellem virksomheder kan der forekomme andre, som heller ikke er forbudt i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1 ...

...

II. Efter Kommissionens opfattelse begrænser følgende former for aftale ikke konkurrencen.

...

2. *Aftaler, hvis eneste formål er:*

*a) regnskabsmæssigt samarbejde*

*b) fælles sikkerhedsstillelse for kredit*

*c) fælles inkassokontorer*

*d) fælles rådgivningskontorer vedrørende virksomhedsledelse og skat.*

117 — Dommen i sagen Oude Luttikhuis m.fl., jf. note 115, præmis 12.

118 — Notice concerning agreements, decisions and concerted practices in the field of cooperation between enterprises (foreligger ikke på dansk; engelsksproget udgave: Official Journal 1968 C 75, s. 3, berigtiget i OJ 1968 C 84, s. 14).

I disse tilfælde foregår samarbejdet på områder, der hverken vedrører de deltagende virksomheders levering af varer eller tjenesteydelser eller deres økonomiske beslutninger, og det har derfor ikke konkurrencebegrænsende virkninger.«

...

264. Kommissionen har i sin meddelelse om vurdering i forhold til EØF -traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed [119] anført i punkt 15:

»Nogle kategorier af [joint venture]-selskaber er ikke omfattet af kartelforbuddet, fordi de hverken har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen. Dette gælder navnlig:

...

— [joint venture]-selskaber, hvis aktiviteter er konkurrencemæssigt neutrale i den betydning, der er beskrevet i meddelelsen fra 1968 om samarbejde mellem virksomheder. De former for samarbejde, der er beskrevet heri, påvirker ikke konkurrencen, fordi de:

— kun vedrører tekniske aspekter af administrationen af virksomheden

— kun vedrører aktiviteter, der ligger fjernt fra markedet.«

265. Domstolens dom og de to meddelelser bygger på det ræsonnement, at et institutionaliseret administrativt samarbejde, som gør det muligt for selskaberne at opnå betydelige stordriftsfordele, og som finder sted på områder, der ligger fjernt fra markedet, generelt gavner konkurrencen.

266. Dette ræsonnement gælder også for erhvervspensionsfonde.

267. Det indebærer flere fordele for de deltagende arbejdsgivere at oprette én

119 — EFT 1993 C 43, s. 2.

enkelt erhvervspensionsfond. For det første kan der opnås stordriftsfordele i relation til de tjenesteydelser, som er nødvendige for at administrere en pensionsordning, såsom forvaltningen af bidrag, udbetalinger og aktiver. Det er også langt lettere at administrere en arbejdstagers flytning fra én virksomhed til en anden inden for samme branche.

268. Desuden har en erhvervspensionsfond en stærkere position på investeringsmarkedet og over for tjenesteydere, såsom konsulenter og forsikringsselskaber. Der er således tale om klare konkurrencefremmende virkninger.

269. På den anden side omfatter samarbejdet om pensionsforvaltning — i lighed med fælles regnskabs- og skatterådgivningskontorer — et område, der ikke direkte »vedrører de deltagende virksomheders levering af varer eller tjenesteydelser eller deres økonomiske beslutninger«. Tværtimod vedrører dette samarbejde et område, der ligger endnu fjernere fra markedet end f.eks. fælles forskning og udvikling.

270. Oprettelsen af en frivillig erhvervspensionsfond er derfor en effektiv og rationel form for konkurrencefremmende samarbejde mellem virksomheder, som principielt ikke er omfattet af artikel 85, stk. 1.

271. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken mener imidlertid, at artikel 85, stk. 1, er blevet tilsidesat, fordi deres frihed til at oprette egne pensionsordninger er blevet indskrænket.

272. Domstolen har om en landbrugsandelsforenings vedtægter, der begrænsede mulighederne for at udtræde af foreningen, udtalt:

»Heraf følger dog ikke, at de vedtægtsbestemmelser, som omhandler forholdet mellem selskabet og dets medlemmer, navnlig bestemmelserne om opløsning af kontraktforholdet og de bestemmelser, som pålægger medlemmerne at forbeholde andelsforeningen mælkeproduktionen, automatisk falder uden for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1.

For ikke at være omfattet af dette forbud skal de begrænsninger, der påhviler medlemmerne i henhold til andelsforeningers vedtægter, som skal sikre deres troskab, være begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsforeningen og navnlig at sikre den

et tilstrækkeligt bredt økonomisk grundlag og en vis stabilitet i medlemskredsen« [120].

273. Virksomhederne kan følgelig godt under visse omstændigheder oprette andelsselskaber, men de dermed forbundne *aftalemæssige* indskrænkninger af deres kommercielle handlefrihed skal være begrænset til det nødvendige minimum.

274. Et tilsvarende tilfælde kunne efter min opfattelse være en frivillig erhvervspensionsfond, hvor retten til udtrædelse var begrænset, fordi der for at »sikre den et tilstrækkeligt bredt økonomisk grundlag og en vis stabilitet i medlemskredsen« havde måttet fastsættes en række underordnede aftalemæssige begrænsninger for at fastholde medlemmernes troskab.

275. Det forholder sig imidlertid anderledes i de foreliggende sager. Intet i sagsakterne tyder på, at de omhandlede begrænsninger er en direkte følge af de pågældende kollektive overenskomster. Begrænsningen af friheden til at indføre en anden pensionsordning synes ikke at skyldes overenskomsterne om oprettelse af fondene, men den nederlandske stats beslutning om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet. Der er således ikke nogen direkte årsagsforbindelse mellem de oprindelige aftaler mellem en række arbejdsgivere om at oprette en fælles pensionsfond og de konkrete problemer, som sagsøgerne i hovedsagerne er stødt på, når de har ansøgt om fritagelse for tilslutningspligten. Det er den nederlandske stats intervention, der har begrænset sagsøgernes frihed. Om denne intervention er forenelig med artikel 5 og artikel 85, stk. 1, og med artikel 86 og artikel 90, stk. 1, er et andet spørgsmål, som vil blive undersøgt i det følgende.

b) Begrænsning af konkurrencen i relation til pensionsforsikringsselskaberne

276. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken mener, at forbuddet mod at indgå aftaler om supplerende pensionsordninger med private forsikringsselskaber skader forsikringsselskabernes konkurrencemæssige stilling. De afskæres reelt fra at indgå gruppeforsikringsaftaler med arbejdsgiverne inden for en given sektor og udelukkes dermed fra en væsentlig del af det nederlandske forsikringsmarked. Virkningen er endog kumulativ, eftersom der er tilslutningspligt i så godt som alle dele af det nederlandske erhvervsliv.

277. Jeg behandler først virkningerne af de oprindelige overenskomster mellem en række arbejdsgivere og arbejdstagerrepræsentanter om at oprette en fælles erhvervspensionsfond, som de administrer i fælles-

120 — Dommen i sagen Oude Luttikhuis m.fl, jf. note 115, præmis 13 og 14.

skab. I dette øjemed undersøger jeg overenskomsten in abstracto uden at tage hensyn til den efterfølgende statslige intervention og lægger således til grund, at der er oprettet en frivillig pensionsfond. Derpå behandler jeg virkningerne af statens beslutning om at gøre tilslutning obligatorisk.

278. Med hensyn til at oprette en fælles frivillig erhvervspensionsfond skal det erindres, at den enkelte arbejdsgiver kan vælge imellem at oprette en virksomhedspensionsfond eller at indgå en gruppeforsikringsaftale for sine ansatte med et forsikringsselskab.

279. Begge muligheder er neutrale set fra en konkurrenceretlig synsvinkel. Valget kan sammenlignes med en fabrikants beslutning om at »købe« bestemte tjenesteydelser (såsom rengøring og bogholderi) af eksterne leverandører eller at udføre dem internt. En beslutning truffet under sådanne omstændigheder om ikke at etablere et aftaleforhold med en ekstern leverandør er beskyttet af aftalefriheden. En virksomheds afvisning af at indgå en sådan aftale ville kun kunne falde ind under konkurrenceretten, hvis den pågældende virksomhed indtog en dominerende stilling.

280. En række arbejdsgiveres beslutning om at samarbejde med andre om at oprette én enkelt pensionsfond forværrer ikke pensionsforsikringsselskabernes stilling. Som nævnt står det samtlige deltagende arbejdsgivere frit ikke at tilbyde pension overhovedet eller et tilbyde pension gennem en virksomhedspensionsfond. Fra forsikringsselskabernes synspunkt gør det ikke nogen forskel, at en række arbejdsgivere beslutter at samle pensionsbidragene i én enkelt fond i stedet for at have deres egne virksomhedspensionsfonde.

281. Desuden er der som nævnt intet i sagsakterne, der tyder på, at den oprindelige kollektive overenskomst om at oprette en fælles pensionsfond indebar nogen begrænsning af medlemmernes muligheder for at udtræde af fonden og indgå en mere fordelagtig aftale med et eksternt forsikringsselskab. En rent frivillig pensionsfond uden eneret og uden begrænsning af udtrædelsesmulighederne har følgelig ikke som virkning, at forsikringsselskaberne reelt udelukkes fra det pågældende marked.

282. Endelig er samtlige parter og den nederlandske regering enige om, at arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter kan overdrage det til et forsikringsselskab at administrere erhvervspensionsfonden. Dermed får forsikringsselskaberne en yderligere mulighed for at tilbyde deres administrative tjenesteydelser til store fonde, der repræsenterer et stort antal arbejdsgivere og arbejdstagere.

283. Den beslutning, som arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter har truffet om at administrere pensionsfonden i fællesskab og ikke indgå en forvaltningskontrakt med et forsikringsselskab, udgør også en afvisning af at indgå en aftale, som principielt er omfattet af aftalefriheden, og som kun ville kunne falde ind under artikel 86.

284. Arbejdsgivernes deltagelse i den oprindelige aftale om at oprette en erhvervspensionsfond har således reelt ikke haft som virkning, at forsikringsselskaberne er blevet udelukket fra det pågældende marked. At en arbejdsgiver vælger at slutte sig til en erhvervspensionsfond i stedet for at overdrage det til et forsikringsselskab at administrere bidragene, er beskyttet af aftalefriheden.

285. Endnu en gang retter sagsøgernes argumentation sig derfor i det væsentlige mod tilslutningspligtens virkninger. Det er kun tilslutningspligten, der begrænser arbejdsgivernes frihed til at indgå gruppeforsikringsaftaler med forsikringsselskaberne. Dens sekundære virkning er at udelukke forsikringsselskaberne fra det potentielle marked for tillægspensionsforsikring. Om den nederlandske stats intervention er forenelig med fællesskabsretten, er som nævnt et særskilt spørgsmål, som vil blive behandlet nedenfor.

286. Den oprindelige, underforståede aftale mellem en række arbejdsgivere om at oprette en fælles erhvervspensionsfond, som de administrerer i fællesskab med arbejdstagernes repræsentanter, er følgelig ikke omfattet af artikel 85, stk. 1. Eventuelle begrænsende virkninger skyldes den nederlandske stats intervention.

2. *Aftalen om sammen med fagforeningerne at indgive begæring til den kompetente minister om at indføre tilslutningspligt for samtlige virksomheder i branchen*

287. Herefter undersøger jeg den fælles begæring til den kompetente minister om at gøre det obligatorisk for alle virksomheder i branchen at tilslutte sig.

288. For så vidt angår arbejdsgiverne kan aftalen beskrives som en samordnet anmodning om statslig intervention med henblik på at skabe lige konkurrencevilkår for samtlige arbejdsgivere i branchen.

289. For det første skal der skelnes mellem et sådant skridt og direkte aktioner over for andre, konkurrerende virksomheder, der skal tvinge disse til at tilslutte sig eller til at efterleve en given overenskomst. Som eksempler på almindeligt anvendte metoder i sådanne situationer kan nævnes boykotter og gensidige eksklusive handelsaftaler med aftagere og leverandører. I sådanne tilfælde

har de virksomheder, som har overtrådt reglerne, ofte hævdet, at deres handlinger havde til formål at forhindre unfair konkurrence eller dumping, eller at de, mere generelt, tog sigte på almenhedens interesse. Domstolen og Kommissionen har regelmæssigt udtalt, at det er de offentlige myndigheder og domstolene, og ikke private virksomheder, der skal beskytte offentlighedens interesser på områder som f.eks. produktsikkerhed og forebyggelse af unfair konkurrence [121].

290. For det andet har jeg netop vist, at den oprindelige overenskomst mellem en række arbejdsgivere og arbejdstagerrepræsentanter om at oprette én enkelt erhvervspensionsfond ikke er i strid med artikel 85, stk. 1. Derfor adskiller den omhandlede fælles begæring sig fra en anmodning fra en række virksomheder om at udstrække virkningerne af en forbudt aftale til også at omfatte andre virksomheder i branchen.

291. Det mener jeg dog ikke er afgørende for vurderingen af lovligheden af den omhandlede adfærd. At virksomheder blot forsøger at overbevise de offentlige myndigheder om, at de skal udstrække virkningerne af en bestemt aftale til også at omfatte andre økonomiske aktører, falder ikke ind under artikel 85, stk. 1 [122].

292. For det første berører et sådant skridt ikke i sig selv konkurrencen eller alles frihed til at deltage i den. Årsagen til de begrænsninger, der måtte blive indført, vil være den efterfølgende statslige intervention.

293. For det andet er samordnede begæringer til de statslige myndigheder et led i vore demokratiske samfund. Fysiske og juridiske personer har ret til at organisere sig og i fællesskab forelægge regeringen eller lovgiver deres ønsker. Det tilkommer herefter de offentlige myndigheder at afgøre, om de foreslåede foranstaltninger er i offentlighedens interesse. Kun de har kompetence dertil, men ansvaret for beslutningen er også deres alene.

294. En fælles begæring om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet er følgelig heller ikke omfattet af artikel 85, stk. 1.

295. Da ingen af aftalerne begrænser konkurrencen, er det ufornødent at undersøge

121 — Dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 37, og af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 115-119, samt Kommissionens beslutning 94/815/EF af 30.11.1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/33.126 og 33.322 — Cement) (EFT L 343, s. 1, punkt 8).

122 — Beslutning 94/815, jf. note 121.

deres virkninger på samhandelen mellem medlemsstaterne.

296. Jeg drager således den konklusion, at artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse ratione materiae på kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, hvorved arbejdsgiverne forpligter sig til at indbetale et pensionsbidrag af en nærmere angivet størrelse for samtlige arbejdstagere i en branche, da der herved er tale om kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter, som er indgået i oprigtig hensigt om centrale emner for kollektive forhandlinger, såsom løn og arbejdsvilkår, og som ikke direkte berører andre markeder eller tredjemand. Artikel 85, stk. 1, finder i de foreliggende sager heller ikke anvendelse ratione personae på arbejdstagere eller fagforeninger, da ingen af disse i forbindelse med kollektive forhandlinger optræder som en virksomhed i konkurrencereglernes forstand. Hvad angår de to underforståede aftaler mellem en række arbejdsgivere om at oprette én enkelt erhvervspensionsordning, som arbejdsmarkedets parter administrerer i fællesskab, og om sammen med fagforeningerne at indgive begæring til den kompetente minister om at gøre tilslutning obligatorisk finder artikel 85, stk. 1, ganske vist i princippet anvendelse, men bestemmelsen er ikke tilsidesat, da ingen af aftalerne begrænser konkurrencen.

297. Det er følgelig ikke uforeneligt med traktatens artikel 85, stk. 1, at arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter i en branche kollektivt aftaler at oprette én enkelt erhvervspensionsfond og i fællesskab anmoder myndighederne om at gøre det obligatorisk for samtlige personer i branchen at være tilsluttet den.

## VII — Artikel 5 og 85

298. Herefter behandler jeg spørgsmålet om, hvorvidt en medlemsstat tilsidesætter traktatens artikel 5 og 85, hvis den på begæring af arbejdsgivernes og arbejdstagernes repræsentanter gør det obligatorisk for samtlige virksomheder i en branche at være tilsluttet en erhvervspensionsfond.

299. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken mener, at Nederlandene ved først at etablere den lovgivningsmæssige ramme for tilslutningspligten og derpå indføre tilslutningspligt for alle tre fonde har både fremmet og forstærket virkningerne af en aftale, der strider imod artikel 85. Det repræsenterer efter deres opfattelse en tilsidesættelse af artikel 5 og 85, således som Domstolen fortolkede disse artikler i dommene i sagerne Meng [123] og Ohra Schadeverzekeringen [124].

123 — Dom af 17.11.1993, sag C-2/91, Sml. I, s. 5751.
124 — Dom af 17.11.1993, sag C-245/91, Sml. I, s. 5851.

300. Fondene, den nederlandske, den franske og den svenske regering samt Kommissionen mener ikke, at der i de aktuelle sager foreligger nogen aftale i strid med artikel 85, stk. 1, der kunne fremmes, eller hvis virkninger kunne forstærkes, som omhandlet i Domstolens praksis. Desuden har Nederlandene efter fondenes opfattelse ikke uddelegeret ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende i den i Domstolens praksis omhandlede betydning.

301. Domstolen har i sin praksis fastlagt følgende principper [125]. Artikel 85 vedrører isoleret betragtet kun virksomheders adfærd. Den omfatter således principielt ikke love eller administrative bestemmelser, som er fastsat af medlemsstaterne. Artikel 85, sammenholdt med artikel 5, stk. 2, pålægger imidlertid medlemsstaterne at undlade ved lov eller administrative bestemmelser at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler. Noget sådant kan forekomme i tre tilfælde, nemlig når medlemsstaten enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler, beslutninger eller samordnet praksis i strid med artikel 85, når den forstærker sådanne aftalers virkninger, og når den berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende.

302. Hvad de to førstnævnte tilfælde angår er de statslige foranstaltninger ifølge Domstolen kun ulovlige, hvis der er en sammenhæng med en konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomheders side [126]. Statslige foranstaltninger, der foreskriver eller fremmer en bestemt aftale mellem virksomheder, eller som forstærker dens virkninger, er følgelig ikke omfattet af artikel 5 og 85, hvis aftalen ikke er i strid med artikel 85, stk. 1 [127]. I de foreliggende sager begrænser de omhandlede overenskomster som nævnt ikke konkurrencen og er derfor ikke omfattet af artikel 85, stk. 1.

303. Hvad angår det sidstnævnte tilfælde, hvor de offentlige myndigheder har uddelegeret deres beføjelser til private erhvervsdrivende, fremgår det af den nederlandske lovgivning, at det udelukkende er den kompetente minister, der er ansvarlig for beslutningen om at gøre det obligatorisk at være tilsluttet en bestemt fond. Ifølge artikel 3, stk. 1, i BPW indgiver arbejdsmarkedets parter blot begæring til ministeren. Verzekeringskamer og Sociaal-Economische Raad, som under alle omstændigheder er offentlige organer, har kun ret til at blive hørt. Det skal i denne forbindelse også erindres, at den kompetente minister har beføjelse til ophæve tilslutningspligten (artikel 3, stk. 4, i BPW), og at han skal

125 — Dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, Meng-dommen, jf. note 123, præmis 14, dom af 17.11.1993, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801, præmis 14, Ohra-dommen, jf. note 123, præmis 10, dom af 9.6.1994, sag C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Sml. I, s. 2517, præmis 14, af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. I, s. 2883, præmis 20 og 21, af 17.10.1995, forenede sager C-140/94 — C-142/94, DIP m.fl., Sml. I, s. 3257, præmis 14 og 15, dommen i sagen Sodemare m.fl., jf. note 57, præmis 41 og 42, dom af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 35, 36 og 49, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, jf. note 102, præmis 53 og 54.

126 — Domskonklusionen i Meng-sagen, jf. note 123, og i Ohra-sagen, jf. note 124.

127 — For et nyligt eksempel, se Corsica Ferries France-dommen, jf. note 125, præmis 51.

træffe en ny afgørelse om at gøre tilslutning obligatorisk, hver gang reglerne for pensionsfonden ændres (artikel 3, stk. 5, i BPW). Det er således den kompetente minister, der har beføjelsen til at træffe afgørelser vedrørende tilslutningspligten. Den beror ikke på en aftale mellem arbejdsmarkedets parter.

304. Som det vil fremgå nedenfor, er uddelegeringen til fondene af kompetencen til at træffe afgørelse om individuelle fritagelser for tilslutningspligten et særskilt spørgsmål, der skal undersøges på baggrund af lex specialis [128] i artikel 90, stk. 1.

305. Hvis Domstolens praksis vedrørende artikel 5 skal opretholdes, foreligger der følgelig ikke nogen tilsidesættelse af traktatens artikel 5 og 85.

**VIII — Er de nederlandske erhvervspensionsfonde »virksomheder« ?**

306. Herefter kommer jeg til, om de nederlandske erhvervspensionsfonde er »virksomheder« som omhandlet i traktatens konkurrenceregler. Nærmere bestemt skal det fastslås, om den aktivitet, som udøves af de erhvervspensionsfonde, som sagerne drejer sig om, nemlig at sørge for tillægspension til arbejdstagere, er af økonomisk art [129].

307. De omhandlede fonde har følgende grundtræk:

— De tilvejebringer supplerende alderspension.

— De er oprindelig oprettet ved kollektiv overenskomst mellem arbejdsmarkedets parter og omfatter en hel erhvervssektor.

— Tilslutning er gjort obligatorisk ved en ministeriel bekendtgørelse, dog således at der kan meddeles fritagelse i visse tilfælde.

— Ordningerne har form af fonde, der drives efter kapitaliseringsmetoden.

128 — Dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 15.

129 — Jf. ovenfor, punkt 207.

— Fondsbestyrelserne fastlægger, hvor store bidragene og ydelserne skal være.

— Pensionsydelserne afhænger af, hvor stor en beholdning bidragene tilsammen udgør, de økonomiske resultater af fondenes investeringer samt deres administrationsomkostninger.

— Ordningerne har et socialt formål.

— På brancheniveau har fondene følgende solidariske elementer. De er konkret forpligtet til at lade enhver arbejdsgiver og arbejdstager i branchen tilslutte sig dem. Der finder ingen risikoudvælgelse sted på grundlag af spørgeskemaer eller lægeundersøgelser. Desuden er der ingen forbindelse mellem risiko og bidrag. Samtlige tilsluttede betaler et fast bidrag, som ikke tager hensyn til eksempelvis arbejdstagernes alder. Ansatte i små og mellemstore virksomheder betaler de samme bidrag som ansatte i større virksomheder. I tilfælde af tabt arbejdsevne dispenseres der fra bidragspligten.

— Arbejdsgiverne og arbejdstagerne skal være ligeligt repræsenteret i fondenes bestyrelser.

— Fondsledelserne skal sikre økonomisk ligevægt.

— Der skal investeres »op solide wijze« (forsigtigt).

— Administrationen kontrolleres, på samme måde som private forsikringsselskabers, af Verzekeringskamer.

— Fondene drives ikke med vinding for øje.

308. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken mener, at de omhandlede pensionsfonde er virksomheder. Kommissionen deler denne opfattelse.

309. Fondene og den nederlandske, den franske, den tyske og den svenske regering

er enige om, at pensionsfondene ikke skal betragtes som virksomheder.

310. Før jeg gennemgår de mere specifikke domme i sagerne Poucet og Pistre [130], Van Schijndel [131] og FFSA m.fl. [132], finder jeg det hensigtsmæssigt at fremhæve nogle generelle principper for, hvordan en enheds aktiviteter skal opfattes i relation til Fællesskabets konkurrenceret.

311. Domstolen har som tidligere nævnt generelt anlagt en funktionsorienteret synsvinkel [133]. Det grundlæggende kriterium er derfor, om den pågældende enhed udøver en aktivitet, der, i det mindste principielt, kunne udøves af en privat virksomhed med vinding for øje.

312. Denne funktionsorienterede fortolkning har fået Domstolen til at forkaste en række tilbagevendende argumenter som irrelevante. For det første er hverken enhedens retlige status eller dens finansieringsmåde relevant [134]. Således er eksempelvis offentlige myndigheder som den tyske Bundesanstalt für Arbeit [135] og den italienske Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato [136] blevet anset for at udøve økonomisk virksomhed i forbindelse med henholdsvis arbejdsanvisning og udbydelse af varer og tjenesteydelser på markedet for forarbejdede tobaksvarer. Derimod er et privat selskab, som en medlemsstat havde overdraget at udføre miljøovervågningsarbejde, blevet anset for ikke at være omfattet af konkurrencereglerne [137]. For det andet er det forhold, at den pågældende enhed ikke driver virksomhed med vinding for øje [138] eller forfølger ikke-økonomiske mål [139], i princippet uden betydning. For det tredje betyder den omstændighed, at nogle enheder af staten er blevet betroet at løse bestemte opgaver i offentlighedens interesse, ikke, at de pågældende enheder ikke er virksomheder, eftersom artikel 90, stk. 1 og 2, i så fald ville være meningsløse. Konkurrencereglerne finder derfor også anvendelse på aktiviteter udøvet af eksempelvis offentlige telekommunikationsvirksomheder [140], posttjenesteudbydere [141], offentlige fjernsynsspredningsvirksomheder [142] samt havneselskaber og havnevirksomheder [143]. Endelig er den omstændighed, at visse aktiviteter normalt er overdraget offentlige kontorer, ikke tilstrække-

130 — Jf. note 55.

131 — Jf. note 2.

132 — Jf. note 56.

133 — Jf. ovenfor, punkt 214.

134 — Höfner og Elser-dommen, jf. note 53, præmis 21, og Job Centre-dommen, jf. note 54, præmis 21.

135 — Höfner og Elser-dommen, jf. note 53.

136 — Dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2599, præmis 6-16, og af 14.12.1995, sag C-387/93, Banchero, Sml. I, s. 4663, præmis 50.

137 — Diego Càli & Figli-dommen, jf. note 97.

138 — Dommen i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, jf. note 105, præmis 88, og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse under Bosman-dommen, jf. note 21, punkt 255.

139 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, præmis 13 og 14.

140 — Dom af 20.3.1985, sag 41/83, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 873, præmis 18 og 19.

141 — Dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 8.

142 — ERT-dommen, jf. note 64, præmis 33, og dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM, Sml. s. 3261, præmis 17.

143 — Dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Sml. I, s. 5889, præmis 9.

lig til at undtage disse fra konkurrencereglerne [144].

313. I nogle sager har Domstolen indtaget en holdning, der går videre end den funktionsorienterede fortolkning. I IAZ-dommen fandt den eksempelvis, at »artikel 85, stk. 1, også [finder] anvendelse på sammenslutninger af virksomheder, i det omfang deres egne aktiviteter eller den aktivitet, der udøves af de virksomheder, der er tilsluttet dem, tilsigter at fremkalde de virkninger, som bestemmelsen er rettet mod« [145]. Retten i Første Instans har tilsvarende udtalt, at »EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 ... er rettet til økonomiske enheder bestående af en samling af materielle og menneskelige ressourcer, der kan medvirke ved overtrædelser af bestemmelsen« [146].

314. Derimod kan en enheds aktiviteter falde uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde i to situationer. For det første finder konkurrencereglerne ikke anvendelse, når staten handler »som udøver af offentlig myndighed« [147], eller når grene af det offentlige »handler som offentlige myndigheder« [148]. Det er i den forbindelse uden betydning, om staten udøver sin offentlige myndighed direkte gennem et organ, som er en del af statsadministrationen, eller gennem et privat organ, som den har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder [149]. En enhed handler som udøver af offentlig myndighed, når den pågældende aktivitet er »en opgave af almindelig interesse, der henhører under statens væsentlige opgaver«, og når den »som følge af sin art, sit formål og de regler, de[n] er undergivet, [er] ... knyttet til udøvelsen af beføjelser ... som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed« [150]. For det andet følger det tilsyneladende af præmis 22 i Höfner og Elser-dommen, at konkurrencereglerne ikke finder anvendelse, hvis den pågældende aktivitet altid har været og nødvendigvis bliver udøvet af offentlige enheder [151].

315. Herefter kommer jeg til de tre sager, hvor der var rejst spørgsmål om, hvordan organer, der var sammenlignelige med dem, som de foreliggende sager drejer sig om, skulle betragtes.

316. I Poucet og Pistre-dommen [152] fandt Domstolen, at tre franske organer, som administrerede en syge- og barselsforsikringsordning for selvstændige uden for landbruget og en aldersforsikringsordning for håndværkererhvervene, ikke var omfattet af virksomhedsbegrebet som omhandlet i konkurrenceretten.

144 — Höfner og Elser-dommen, jf. note 53, præmis 22.

145 — Dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 20, og dommen i sagen Frubo mod Kommissionen, jf. note 110, præmis 30 og 31.

146 — Dom af 17.12.1991, sag T-6/89, Enichem Anic mod Kommissionen, Sml. II, s. 1623, præmis 235.

147 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, jf. note 136, præmis 7 og 8, og Diego Calì & Figli-dommen, jf. note 97, præmis 22 og 23.

148 — Bodson-dommen, jf. note 93, præmis 18.

149 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, jf. note 136, præmis 7 og 8, og Diego Calì & Figli-dommen, jf. note 97, præmis 16 og 17.

150 — SAT Fluggesellschaft-dommen, jf. note 93, præmis 30, og Diego Calì & Figli-dommen, jf. note 97, præmis 22 og 23.

151 — Höfner og Elser-dommen, jf. note 53.

152 — Jf. note 55.

317. Ordningerne kan beskrives således:

— Alderspensionsordningen tilvejebragte den grundlæggende pension.

— Ordningerne var oprettet ved lov.

— Det var obligatorisk at være tilsluttet ordningerne.

— Pensionsordningen fungerede ikke efter kapitaliseringsmetoden, men efter en omfordelingsmetode, hvor de erhvervsaktive medlemmers bidrag direkte blev anvendt til at finansiere de pensionerede medlemmers pension.

— Ordningerne havde et socialt formål, idet de var oprettet for at dække medlemmernes sygdoms- og alderdomsrisici uden hensyn til deres økonomiske stilling og sundhedstilstand på optagelsestidspunktet.

— Solidaritetsprincippet kom til udtryk i aldersforsikringsordningen ved, at de erhvervsaktive arbejdstageres bidrag blev brugt til at finansiere de pensionerede arbejdstageres pension. Det afspejlede sig også i, at der blev tildelt pensionsrettigheder til medlemmer, for hvem der ikke var betalt bidrag, og i, at pensionsrettighederne ikke var proportionale med de indbetalte bidrag. Endelig var de forskellige socialsikringsordninger gensidigt solidariske, idet de overskudsgivende ordninger bidrog til finansieringen af de ordninger, der havde strukturbetingede vanskeligheder.

318. Domstolen drog følgende konklusion med hensyn til ordningernes art:

»Det fremgår af det ovenfor anførte, at de således udformede socialsikringsordninger bygger på et system med obligatorisk medlemskab, som er uomgængeligt nødvendigt, hvis der skal være tale om solidaritet og økonomisk ligevægt mellem ordningerne.«

319. De organer, som administrerede ordningerne, udviste følgende træk:

— Administrationen var overdraget dem ved lov.

— Fondenes virksomhed var undergivet statskontrol.

— Fondene gennemførte loven og havde ikke mulighed for at påvirke bidragenes størrelse, midlernes anvendelse eller ydelsernes størrelse.

320. Med hensyn til arten af fondenes virksomhed drog Domstolen følgende konklusion:

» ... de organer, der medvirker ved administrationen af den offentlige socialsikring, har en rent social funktion. Denne virksomhed bygger på princippet om national solidaritet og drives ikke med vinding for øje. De udbetalte ydelser er fastlagt i lovgivningen og er uafhængige af det beløb, der er betalt i bidrag.

Denne virksomhed er således ikke af økonomisk karakter ...«.

321. I mit forslag til afgørelse i Van Schijndel og Van Veen-sagen [153] drog jeg den slutning, at den nederlandske erhvervspensionsfond for fysioterapeuter, som havde træk, der er sammenlignelige med dem, som de fonde, der er omhandlet i de foreliggende sager, udviser, ikke optrådte som en virksomhed i relation til sine medlemmer. På grund af manglende oplysninger om de faktiske og retlige omstændigheder indskrænkede jeg mig dog til en foreløbig stillingtagen.

322. Ordningen og fonden kan beskrives således:

— Ordningen tilvejebragte tillægspension.

— Ordningen var oprettet af udøverne af fysioterapeuterhvervet.

— Der var indført tilslutningspligt ved en ministeriel bekendtgørelse udstedt i henhold til den nederlandske pensionslov.

— Ordningen fungerede efter kapitaliseringsmetoden, dvs. at pensionerne blev finansieret over beholdningen og ikke af de løbende bidrag. Den modtog ikke statstilskud.

— Fysioterapeuternes ordning havde en social funktion. Den lov, hvorved medlemskabet var blevet gjort obligatorisk,

153 — Jf. note 2, punkt 53-65 i mit forslag til afgørelse.

havde til formål at sikre, at pensionsindtægterne afspejlede det stigende almindelige indkomstniveau, at yngre udøvere af erhvervet bidrog til de stigende omkostninger ved at tilvejebringe pension til ældre erhvervsudøvere, og at der blev afsat midler til dækning af pensionsrettigheder for årene før ordningernes ikrafttrædelse.

— Ordningen havde elementer af solidaritet mellem medlemmerne. Der blev i princippet opkrævet et fast bidrag og udbetalt en fast pension. Dette skete uden hensyn til det enkelte medlems alder, da den pågældende begyndte at udøve erhvervet, og uden hensyn til vedkommendes helbredstilstand på tilslutningstidspunktet. Et medlem, der mistede sin erhvervsevne, vedblev at være dækket af forsikringen uden at skulle betale bidrag.

— Den fond, der administrerede ordningen, arbejdede ikke med vinding for øje.

— Bestyrelsen bestod udelukkende af medlemmer af fonden.

— Bestyrelsesmedlemmerne modtog ikke honorar, men fik kun deres udgifter godtgjort.

323. I mit forslag til afgørelse fulgte jeg Domstolens ræsonnement i Poucet og Pistre-dommen og udtalte — som nævnt som en foreløbig stillingtagen — at fonden havde flere lighedspunkter med en socialsikringsinstitution end med en kommerciel forsikringsinstitution. Fonden handlede i relation til de tilsluttede ikke som en virksomhed, men som en social institution, som de erhvervsudøvende havde overladt det til at sørge for administrationen af deres pensionsordninger. Domstolen tog ikke stilling til, om fonden var en virksomhed som omhandlet i artikel 85, stk. 1.

324. Senere har Domstolen i FFSA-dommen [154] i vid udstrækning tydeliggjort og præciseret sin praksis vedrørende konkurrencereglernes anvendelse på pensionsordninger og institutioner, der administrerer sådanne.

325. Den franske supplerende alderdomsforsikring for selvstændige inden for landbruget, som sagen drejede sig om, kan beskrives således:

— Ordningen tilvejebragte tillægspension.

— Den var oprettet og reguleret ved lov.

154 — Jf. note 56.

— Medlemskab var frivilligt.

— Ordningen havde form af en fond, der blev drevet efter kapitaliseringsmetoden og ikke efter omfordelingsmetoden.

— Bidragene stod i direkte forhold til indkomsten.

— De ydelser, som ordningen gav ret til, afhang udelukkende af værdien af de indbetalte bidrag og de økonomiske resultater af de investeringer, som forvaltningsorganet havde foretaget. Bidrag og ydelser var ikke fastsat ved lov, men af fondens bestyrelse.

— Ordningen havde et socialt formål. Den var oprettet af staten for at beskytte en befolkningsgruppe, som havde en lavere indkomst og en højere gennemsnitsalder end andre samfunds- og erhvervsgrupper, og for hvilken den almindelige alderspensionsforsikringsordning var utilstrækkelig.

— Ordningen havde solidariske elementer. Bidragene stod ikke i forhold til risiciene. Medlemmerne skulle således heller ikke udfylde et spørgeskema eller gennemgå en lægeundersøgelse for at blive optaget, ligesom der heller ikke fandt nogen udvælgelse sted. Medlemmer, der på grund af sygdom ikke kunne betale bidragene, kunne fritages derfor. Betalingen af bidrag kunne suspenderes midlertidigt af grunde, der vedrørte medlemmets økonomiske forhold. Hvis et medlem døde, inden forsikringen kom til udbetaling, blev et beløb svarende til de indbetalte bidrag stillet til rådighed for ordningen i stedet for at blive udbetalt til arvingerne.

— Den administrerende institution var et organ, der ikke arbejdede med vinding for øje, og som blev ledet af frivillige.

— Administrationen var undergivet statskontrol.

— De indbetalte bidrag kunne kun anvendes til bestemte investeringer, som var godkendt af staten.

326. Hovedpunkterne i Domstolens dom er følgende:

»[Det] bemærkes først, at medlemskab af Coreva-ordningen er frivilligt, at ordningen bygger på et kapitaliseringsprincip, samt at de ydelser, ordningen giver ret til, udeluk-

kende afhænger af de indbetalte medlemsbidrag samt af de økonomiske resultater af forvaltningsorganets investeringer. [Forvaltningsorganet] udøver således en økonomisk virksomhed i konkurrence med livsforsikringsselskaberne.

...

De elementer af solidaritet, ordningen indeholder, og de øvrige karakteristika ... kan ikke ændre denne konstatering.

For det første ... har solidaritetsprincippet en særdeles begrænset rækkevidde, hvilket beror på ordningens frivillige karakter. Henset hertil fratager dette ikke forvaltningsorganets virksomhed dens økonomiske karakter.

Det bemærkes endvidere, at selv om varetagelse af sociale formål, kravene om solidaritet samt de øvrige regler ... bl.a. i henseende til de rettigheder og forpligtelser, der påhviler forvaltningsorganet og de forsikrede, og i henseende til vedtægter og begrænsningerne med hensyn til investeringer, kan bevirke, at den ydelse, Coreva kan tilbyde, er mindre konkurrencedygtig end den tilsvarende ydelse, der tilbydes af livsforsikringsselskaber, er disse begrænsninger dog ikke til hinder for at anse [forvaltningsorganets] virke for en økonomisk virksomhed. Herefter skal det undersøges, om disse begrænsninger eksempelvis kan påberåbes til støtte for at antage, at organet har en eneret til at tilbyde alderdomsforsikringer, hvis bidrag kan fradrages i den skattepligtige erhvervsindkomst.

Den omstændighed i sig selv, at [forvaltningsorganet] ikke har vinding for øje, er ikke til hinder for, at den virksomhed, organet udøver, er af økonomisk karakter, når denne ... kan medføre en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at hindre.

Den nationale rets spørgsmål skal følgelig besvares med, at et organ uden vinding for øje, der forvalter en alderdomsforsikringsordning, der er indført i henhold til lov som en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som i henhold til administrativt fastsatte bestemmelser har form af en kapitalforsikring, navnlig for så vidt angår betingelser for tilslutning, bidrag og ydelser, er en virksomhed i traktatens artikel 85 ff.'s forstand.«

327. Inden jeg behandler de i de foreliggende sager omhandlede fondes karakteristika, finder jeg det hensigtsmæssigt at

drage nogle generelle konklusioner af den omtalte retspraksis.

328. For det første findes pensionsordninger, som jeg anførte det i mit forslag til afgørelse i Van Schijndel og Van Veen-sagen, i mange forskellige udformninger, lige fra statslige sociale sikringsordninger til private, individuelle ordninger, der administreres af kommercielle forsikringsselskaber. Det er vanskeligt at afgøre, hvordan mellemkategorierne skal indplaceres; det er et spørgsmål om grad, som kræver undersøgelse af en hel række kriterier.

329. For det andet har Domstolen i FFSA-dommen i betydelig grad tydeliggjort og præciseret sin praksis på området. Det har gjort det muligt for mig at tage den foreløbige konklusion, som jeg drog i mit forslag til afgørelse i Van Schijndel og Van Veen-sagen, op til fornyet overvejelse.

330. For det tredje fremgår det klart af Domstolens generelle praksis vedrørende virksomhedsbegrebet — herunder navnlig Höfner og Elser-dommen og præmis 20 i FFSA-dommen — at det afgørende kriterium er, om den pågældende aktivitet *nødvendigvis udøves af offentlige enheder eller af repræsentanter for sådanne*. I modsætning til hvad fondene har gjort gældende, skal dette spørgsmål holdes adskilt fra det separate spørgsmål, om og i hvilken udstrækning tildelingen af enerettigheder er nødvendig for varetagelsen af en opgave i offentlighedens interesse. Sidstnævnte spørgsmål er kun af betydning i relation til traktatens artikel 90, stk. 2. Det følger af artikel 90, at det ikke i sig selv berøver en enheds virksomhed dens økonomiske karakter, at det er nødvendigt at tildele enheden enerettigheder.

331. For det fjerde er det ifølge Domstolens praksis, herunder navnlig præmis 21 i FFSA-dommen, også af betydning, om den pågældende enhed har mulighed for at udvise en adfærd, som konkurrencereglerne har til formål at hindre.

332. Herefter skal jeg i lyset af det foregående undersøge, hvilke af de i de foreliggende sager omhandlede nederlandske fondes karakteristika der er relevante for afgørelsen af, om fondenes virksomhed er af økonomisk art.

333. Jeg mener ikke, at følgende karakteristika er relevante.

334. For det første er den måde, hvorpå ordningen eller forvaltningsorganet er blevet oprettet, og ordningens retlige status uden betydning for, hvordan en fonds virksomhed skal betragtes. I FFSA-dommen fandt Domstolen, at den virksomhed, der

blev udøvet af den franske Caisse centrale de la mutualité sociale agricole, som administrerede en ordning, der var oprettet ved lov, var af økonomisk art. Hverken i Poucet og Pistre-dommen eller i FFSA-dommen omtales de forskellige Caisses' retlige status. At Domstolen ikke mente, at den var relevant, er helt i overensstemmelse med dens generelle praksis [155]. Den omstændighed, at tillægspensionsordningerne i de aktuelle sager er blevet oprettet ved kollektiv overenskomst og administreres af repræsentanter for arbejdsmarkedets parter i fællesskab i form af en *Stichting*, har følgelig ingen betydning for, hvorledes fondenes virksomhed skal betragtes.

335. For det andet er bestemmelserne om, hvordan forvaltningsorganet skal sammensættes, de begrænsninger, som det er undergivet med hensyn til investeringer, og den måde, hvorpå det kontrolleres af de offentlige myndigheder, også uden betydning på baggrund af præmis 20 i FFSA-dommen. I Poucet og Pistre-dommen omtalte Domstolen stadig statskontrol som et relevant træk [156], men det nævnes ikke i FFSA-dommen til trods for, at den franske regering havde bragt det på bane [157]. I de foreliggende sager er det følgelig ikke relevant, at arbejdsgiverne og arbejdstagerne skal være ligeligt repræsenteret i fondens bestyrelse, at ledelsen har pligt til at sikre økonomisk ligevægt og investere på en forsigtig måde, og at administrationen kontrolleres af Verzekeringskamer. Til gengæld er jeg enig med Albany, Brentjens og Drijvende Bokken i, at den omstændighed, at forsikringsselskaberne og pensionsfondene er undergivet den samme kontrolmekanisme, er et tegn på, at de udøver en sammenlignelig form for virksomhed.

336. For det tredje er det også uden betydning, at fondene har et socialt formål og ikke arbejder med vinding for øje. Domstolen synes i Poucet og Pistre-dommen at have tillagt disse to forhold en vis betydning [158]. Den omtaler dem dog ikke i sin sammenfatning af Poucet og Pistre-dommen i FFSA-dommens præmis 15. I FFSA-dommens præmis 20 og 21 udtaler den i overensstemmelse med sin generelle holdning, hvorefter der ikke skal tages hensyn til, om en fond varetager sociale formål, og om den arbejder uden vinding for øje [159], at disse to forhold ikke kunne påvirke dens holdning.

337. Derimod er følgende forhold relevante for undersøgelsen.

338. For det første er den måde, hvorpå en pensionsordning fungerer, en væsentlig faktor i lyset af FFSA-dommen (præmis 16) og i modsætning til min foreløbige konklusion i Van Schijndel og Van Veen-sagen. En pensionsordning, der ikke fungerer efter

155 — Jf. ovenfor, punkt 312 og note 134-137.
156 — Præmis 14, sammenholdt med præmis 16.
157 — Præmis 11.
158 — Præmis 18.
159 — Jf. ovenfor, punkt 312 og note 138 og 139.

kapitaliseringsmetoden, men efter omfordelingsmetoden, og hvor de aktuelle bidrag finansierer de aktuelt pensioneredes pension, kan efter min opfattelse kun drives direkte af staten eller gennem organer, der handler som repræsentanter for staten eller på en lignende måde. Jeg kan ikke — ikke engang i teorien — se nogen mulighed for, at private virksomheder uden statslig intervention kan tilbyde en pensionsordning på markedet, som er baseret på omfordelingsprincippet. Ingen ville være villige til at betale for andres pension uden at have sikkerhed for, at den næste generation også ville gøre det. Det er netop derfor, at tidligere indførte ordninger af denne art har været statsdrevne eller i det mindste drevet inden for statens rammer. Det er således svært for mig at acceptere det synspunkt, at sådanne ordningers virksomhed kan være af økonomisk art. Derimod står det fast, at der på markedet er opstået pensionsordninger, som fungerer efter kapitaliseringsprincippet. At sådanne ordningers virksomhed, ligesom mange andre former for forsikringsvirksomhed, reguleres af lovgiver i forbrugernes og investorernes interesse, berøver ikke virksomheden dens økonomiske karakter. Begrænsninger for en sådan virksomhed skal kunne vurderes i relation til traktatens artikel 90. Det er følgelig relevant, at erhvervspensionsfondene i de foreliggende sager fungerer efter et kapitaliseringsprincip.

339. For det andet er beslutningsmekanismerne og de økonomiske faktorer, som influerer på bidragenes og ydelsernes størrelse, også relevante.

340. På den ene side skal der sondres mellem ordninger, hvor bidragenes og ydelsernes størrelse fastsættes af lovgiver, og ordninger, hvor dette sker ved en selvstændig beslutning truffet af fondens bestyrelse. Det princip, som ligger til grund for FFSA-dommens præmis 21 og en række af Domstolens andre, ovenfor omtalte, domme [160], er relevant i forbindelse hermed. Det går ud på, at uafhængige enheder, der kan skabe virkninger, som konkurrencereglerne tager sigte på at hindre, bør være omfattet af disse regler.

341. Hvad dette angår har den tyske regering og Kommissionen gjort gældende, at omstændighederne i de foreliggende sager kan sammenlignes med omstændighederne i Poucet og Pistre-sagen, hvor bidragene og ydelserne var fastsat ved lov, idet retsvirkningerne af kollektive overenskomster mellem arbejdsmarkedets parter er sammenlignelige med retsvirkningerne af lovgivning. Jeg mener dog ikke, at det er nødvendigt at tage stilling til, hvorvidt kollektive overenskomster og lovgivning har sammenlignelige retsvirkninger. I de foreliggende sager er det ikke arbejdsmarkedets parter, der træffer afgørelse om bidragene og ydelserne inden for de formelle rammer for kollektive forhandlinger, idet de fastsættes ved flertalsbeslutninger i

160 — Jf. ovenfor, punkt 313 og note 145 og 146.

fondens bestyrelse. Ydermere fremgår det, at det er fondsbestyrelsens væsentligste mål at fremme alle de tilsluttedes interesser, og de tilsluttede har ikke nødvendigvis de samme interesser som de fagforeninger og arbejdsgiverforeninger, som udnævner bestyrelsesmedlemmerne.

342. På den anden side adskiller de ordninger, hvor staten garanterer et bestemt bidrags- eller ydelsesniveau, sig fra dem, som staten ikke intervenerer i. Dette forhold var af betydning for Domstolens dom i Poucet og Pistre-sagen, hvor de forskellige socialsikringsordninger var indbyrdes solidariske [161], idet de overskudsgivende ordninger bidrog til finansieringen af de ordninger, der havde økonomiske vanskeligheder. Den statslige intervention omtales på ny i referatet af Poucet og Pistre-dommen i FFSA-dommen [162]. Derimod afhænger ydelsesniveauet i de foreliggende sager — ligesom i FFSA-sagen — udelukkende af, hvor stor en beholdning bidragene udgør, de økonomiske resultater af forvaltningsorganets investeringer samt dets administrationsomkostninger.

343. For det tredje er ordningens solidariske elementer relevante. Det fremgår klart af Poucet og Pistre-dommen [163] og af referatet af denne i FFSA-dommen [164]. Domstolen fandt dog i FFSA-dommen, at de solidariske elementer var særdeles begrænsede i den pågældende sag og ikke kunne fratage ordningens virksomhed dens økonomiske karakter [165]. I de foreliggende sager er de solidariske elementer på brancheniveau hverken flere eller mere betydningsfulde end i FFSA-sagen, hvor der ikke var nogen sammenhæng mellem bidrag og risiko, og hvor der ikke fandt nogen risikoudvælgelse sted ved hjælp af spørgeskemaer eller lægeundersøgelser. Fonden var forpligtet til at acceptere enhver arbejdsgiver og arbejdstager i branchen som medlem [166]. I tilfælde af sygdom blev medlemmerne fritaget for at betale bidrag [167]. Den eneste forskel synes at være, at der til nogle af de nederlandske fonde skal betales et fast bidrag, hvorimod bidragene i FFSA-sagen var indkomstafhængige. Da de nederlandske fonde imidlertid også synes at udbetale pension efter en fast sats, som ikke er relateret til lønnen, er denne forskel uden betydning. I de foreliggende sager er de solidariske elementer følgelig heller ikke betydningsfulde nok til, at de fratager fondens virksomhed dens økonomiske karakter.

344. Samtlige de nederlandske tillægspensionsfondes relevante karakteristika, som jeg hidtil har omtalt, tyder på, at deres virksomhed er af økonomisk art. Det spørgsmål melder sig imidlertid, om det rokker ved denne konklusion, at den nederlandske stat på grundlag af en særlig lovgivning har indført tilslutningspligt for

161 — Præmis 12.
162 — Præmis 15.
163 — Præmis 10 og 18.
164 — Præmis 15.
165 — Præmis 19.
166 — Præmis 9.
167 — Præmis 10.

langt størsteparten af fondenes vedkommende. Det skal erindres, at medlemskab var frivilligt i FFSA-sagen.

345. I Poucet og Pistre-dommen udtalte Domstolen, at et system med obligatorisk medlemskab var uomgængeligt nødvendigt, hvis der skulle være tale om solidaritet og økonomisk ligevægt mellem de pågældende ordninger [168]. I sit referat af denne dom i FFSA-dommen gentog Domstolen dette synspunkt og udtalte, at de solidariske elementer i ordningerne nødvendigvis indebar, at de forskellige ordninger måtte administreres af ét organ, og at medlemskabet af ordningerne var obligatorisk [169]. Den betragtede således tilslutningspligten som en nødvendig konsekvens af, at ordningerne omfattede væsentlige solidariske elementer. Det er imidlertid uklart, om dette var en forudsætning for dens konklusion om, at fondens virksomhed ikke var af økonomisk art.

346. I FFSA-dommen lagde til Domstolen til grund for sin konklusion om, at ordningens virksomhed var af økonomisk art, at medlemskab var frivilligt [170]. Jeg er enig i dette synspunkt. Frivilligt medlemskab er et stærkt fingerpeg om, at den pågældende virksomhed er sammenlignelig med den, der udøves af et privat forsikringsselskab, og at den bør undersøges af konkurrencemyndighederne.

347. Retspraksis viser imidlertid, at Domstolen endnu ikke har taget stilling til det aktuelle spørgsmål, nemlig hvilke konklusioner der eventuelt skal drages af, at det er obligatorisk at være tilsluttet en given ordning. Jeg mener ikke, at der skal drages nogen konklusioner heraf. For det første ville dette gøre det muligt for medlemsstaterne at holde en bestemt enheds virksomhed uden for konkurrencereglernes anvendelsesområde blot ved at gøre det obligatorisk at være tilsluttet dens ordning. For det andet skal tilslutningspligt betragtes som indrømmelse af eksklusive rettigheder. Det følger af traktatens artikel 90, stk. 1, at virksomheder, som er blevet indrømmet sådanne rettigheder, forbliver virksomheder og er omfattet af konkurrencereglerne.

348. Jeg må følgelig drage den konklusion, at de nederlandske tillægspensionsfondes virksomhed er af økonomisk art, og at fondene derfor er virksomheder som omhandlet i Fællesskabets konkurrenceret.

## IX — Artikel 90 og 86

349. Det næste spørgsmål er, om en medlemsstat tilsidesætter traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86, set under ét, når den

168 — Præmis 13.
169 — Præmis 15.
170 — Præmis 17 og 22.

indfører et system med tilslutningspligt til erhvervspensionsfonde som det nederlandske, og når den inden for dette systems rammer gør det obligatorisk at være tilsluttet en erhvervspensionsfond.

350. På dette stadium kan det være hensigtsmæssigt at repetere hovedtrækkene i det nederlandske system.

351. En første række bestemmelser (om tilslutningspligt på brancheniveau) fastsætter, under hvilke betingelser staten kan gøre det obligatorisk for samtlige virksomheder i en branche at være tilsluttet en bestemt fond. Arbejdsmarkedets parter inden for en branche indgiver i fællesskab begæring til den kompetente minister om at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk. Ministeren undersøger derpå, om fondens vedtægter opfylder alle de lovfæstede krav. Inden han træffer afgørelse, rådspørger han forskellige organer, bl.a. Verzekeringskamer. Derpå udsteder han en bekendtgørelse, der gør det obligatorisk for samtlige virksomheder og arbejdstagere i branchen at være tilsluttet. Ændres vedtægterne for ordningen, skal ministeren udstede en ny bekendtgørelse.

352. En anden række bestemmelser (om individuelle fritagelser) drejer sig om, hvornår individuelle virksomheder eller arbejdstagere kan fritages for tilslutningspligten, når de har oprettet, eller ønsker at oprette, en særlig alternativ pensionsordning.

353. For at der kan meddeles fritagelse, skal den alternative ordning opfylde en række betingelser. Den væsentligste er, at den alternative ordning skal give pensionsrettigheder, som mindst svarer til dem, som erhvervspensionsfonden giver.

354. Erhvervspensionsfonden træffer selv afgørelse om begæringer om fritagelse. Fonden skal meddele fritagelse, hvis den alternative pensionsordning bestod seks måneder før indgivelsen af den begæring, på grundlag af hvilken tilslutning til erhvervspensionsfonden blev gjort obligatorisk (»seksmåneders-fritagelsesgrunden«). I alle andre tilfælde kan fonden træffe afgørelse efter eget skøn.

355. En pensionsfonds afslag på at meddele fritagelse kan påklages (»bezwaar«). Klagen behandles af Verzekeringskamer. Ifølge den nederlandske regering er tilsynets afgørelse blot et forligsforslag og ikke bindende. Tilsynets afgørelse kan ikke appelleres.

356. Det fremgår af forelæggelsesdommene, navnlig Kantongerechts dom i Albany-sagen, at de civile domstole principielt er kompetente til at prøve lovligheden af fondenes afgørelser. Dette kan være en direkte eller indirekte konsekvens af, at fondene er juridiske personer, der har form af en privat *stichting* (fond).

357. Det er imidlertid ikke helt klart, i hvilken udstrækning de civile domstole har kompetence til at prøve de afgørelser, som fondene træffer efter eget skøn. Den forelæggende Kantongerecht i Brentjens-sagen har anført:

»Det tilkommer ikke denne domstol at forholde sig til, at pensionsfonden ikke har fundet anledning til at anvende sin skønsbeføjelse til at meddele Brentjens fritagelse, eftersom denne beføjelse beror på pensionsfondens egen ledelsespolitik.«

358. Andre oplysninger fra de forelæggende domstole og en formulering anvendt i Albany-sagen tyder dog på, at domstolene har en begrænset prøvelsesret:

»Forholdet mellem pensionsfonden og de tilsluttede er også undergivet krav om rimelighed og retfærdighed og/eller almindelige principper om god forvaltningsskik.«

359. Det fremgår også af ovenstående formulering, at de nederlandske domstole ikke er helt sikre på, hvilke regler der finder anvendelse på spørgsmålet. Det kan også skyldes den blandede karakter af pensionsfondenes afgørelser.

360. Ifølge den nederlandske regering trådte en revideret udgave af retningslinjerne for fritagelse i kraft den 26. april 1998. Der er for det første blevet tilføjet tre nye obligatoriske fritagelsesgrunde, hvor der tidligere kun var én, nemlig seksmåneders-fritagelsesgrunden. Der skal nu også meddeles fritagelse:

— når arbejdsgiveren er eller bliver en del af en koncern, der falder uden for den pågældende erhvervspensionsfonds anvendelsesområde

— når arbejdsgiveren har sin egen kollektive overenskomst med de ansatte og derfor er fritaget for pligten til at være

part i en almindelig kollektiv overenskomst

— når en erhvervspensionsfonds resultater med hensyn til udbyttet af dens investeringer over en flerårig periode er væsentligt ringere end afkastet af en standardportefølje, som pensionsfonden tidligere har oprettet; der er fastsat regnskabsmæssige regler for, hvordan resultaterne skal opgøres.

361. For det andet er der blevet indført nye regler for kravet om, at den alternative ordning skal svare til erhvervspensionsfondens ordning, og om den tidligere omtalte kompensation for forsikringstekniske tab [171].

362. For det tredje er muligheden for at indgive klage til Verzekeringskamer blevet ophævet.

363. Det er imidlertid den tidligere udgave af retningslinjerne for fritagelse, der er relevant for hovedsagerne, og den reviderede udgave har derfor ikke nogen direkte betydning for de foreliggende sager.

171 — Jf. ovenfor, punkt 15.

364. Endelig skal det erindres, at der for 15 erhvervspensionsfondes vedkommende ikke er indført tilslutningspligt.

365. Herefter går jeg over til at undersøge artikel 90, stk. 1, og artikel 86, set under ét.

366. Artikel 90, stk. 1, bestemmer:

»Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 6 og 85-94 nævnte.«

367. Artikel 86 bestemmer:

»En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den

udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

...«

368. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken har gjort gældende, at det nederlandske system med obligatoriske erhvervspensionsfonde krænker disse bestemmelser på to måder. De har for det første påstået, at systemet har medført, at de pensionsydelser, fondene tilbyder, ikke opfylder, eller ikke længere opfylder, virksomhedernes behov. De har herved henvist til Höfner og Elser-dommen [172]. For det andet mener de, at det følger af GB-Inno-BM-dommen [173], at fondene ikke selv bør kunne træffe afgørelse om individuelle fritagelser for tilslutningspligten.

369. Fondene, den nederlandske og den franske regering samt Kommissionen mener alle — om end af forskellige grunde — at artikel 90, stk. 1, og artikel 86 ikke er blevet tilsidesat, og at det nederlandske system under alle omstændigheder er berettiget i henhold til artikel 90, stk. 2.

370. Jeg vil gerne gøre to indledende bemærkninger om artikel 90, stk. 1, og artikel 86.

172 — Jf. note 53.

173 — Dom af 13.12.1991, sag C-18/88, Sml. I, s. 5941.

371. For det første skal man have for øje, hvordan artikel 90, stk. 1, og artikel 86 indgår i traktatens opbygning. Som nævnt [174] vedrører artikel 85 og 86 virksomheder, ikke medlemsstater. Det er dog et generelt princip — som følger af artikel 5, stk. 2 — at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde ved lov eller administrativt fastsatte foranstaltninger, som kan ophæve konkurrencereglernes tilsigtede virkning [175]. Jeg behandlede ovenfor [176] den retspraksis vedrørende artikel 5 og 85, hvori dette generelle princip er blevet anvendt på aftaler mellem virksomheder. Artikel 90, stk. 1, betegner endnu en — regelfæstet — anvendelse af dette generelle princip [177]. Når artikel 90, stk. 1, finder anvendelse ratione personae, udgør bestemmelsen lex specialis i relation til artikel 5, stk. 2 [178].

372. For det andet skal det erindres, at det ikke har nogen automatiske konsekvenser med hensyn til anvendeligheden af artikel 85 og 86 på de pågældende virksomheder, at artikel 90, stk. 1, finder anvendelse på dem, eller endog at der foreligger en overtrædelse af artikel 90, stk. 1. Også virksomheder, som er tildelt enerettigheder, er omfattet af konkurrencereglerne [179]. Den eneste undtagelse fra denne regel gælder

174 — Jf. ovenfor, punkt 301.

175 — Dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-Inno-BM, Sml. s. 2115, præmis 30 og 31, dommen i sagen Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, jf. note 48, præmis 50, og ERT-dommen, jf. note 64, præmis 35.

176 — Jf. ovenfor, punkt 298-305.

177 — GB-Inno-BM-dommen, jf. note 175, præmis 32 og 42, og dommen i sagen Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, jf. note 48, præmis 50.

178 — Centre d'insémination de la Crespelle-dommen, jf. note 128, præmis 15.

179 — Dom af 29.11.1978, sag 83/78, Redmond, Sml. s. 2347, præmis 43 og 44, CBEM-dommen, jf. note 142, præmis 16 og 17, Centre d'insémination de la Crespelle-dommen, jf. note 128, præmis 24-27.

tilfælde, hvor virksomheden ikke kan gøres ansvarlig for den konkrete adfærd, som der er tale om, fordi den konkurrencestridige adfærd er blevet pånødet den ved en national lovgivning, eller fordi denne lovgivning har skabt en retlig ramme, som i sig selv berøver den enhver mulighed for at konkurrere [180]. De enkelte fonde er følgelig stadig principielt undergivet konkurrencereglerne, uanset hvordan Domstolen besvarer spørgsmålene vedrørende artikel 90, stk. 1.

373. Før de nationale domstoles spørgsmål kan besvares, må det for det første afklares, om fondene er virksomheder, som de nederlandske myndigheder har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, for det andet, om de har en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, og for det tredje, om Nederlandene — i den i artikel 90, stk. 1, omhandlede betydning — har »truffet eller opretholdt foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser«, navnlig artikel 86, og som ikke er berettigede i henhold til artikel 90, stk. 2.

A — *Anvendeligheden af artikel 90, stk. 1: virksomheder, som er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder*

374. Den nederlandske regering mener, at den ministerielle bekendtgørelse, der gør tilslutning obligatorisk, kun pålægger de berørte virksomheder forpligtelser, og at den ikke tildeler dem eksklusive rettigheder med hensyn til pensionsforsikring, ikke engang tillægspension.

375. Dette argument beror efter min opfattelse på en misforståelse, eftersom de bidrag, som arbejdsgiverne og arbejdstagerne indbetaler til tillægspensionen, skal administreres af fondene. Disse har følgelig en eksklusiv ret til at modtage og administrere bidragene. Fondenes eksklusive ret i den henseende er blot en naturlig følge af forpligtelsen til at tilslutte samtlige arbejdstagere i den pågældende branche en bestemt tillægspensionsfond.

376. Ydermere kunne det gøres gældende, at fondene i medfør af de nederlandske regler om individuelle fritagelser er tildelt endnu en eksklusiv rettighed, nemlig til efter eget skøn at træffe afgørelse om begæringer om individuel fritagelse for tilslutningspligten.

377. Fondene tilhører følgelig den kategori af virksomheder, som er omfattet af artikel 90, stk. 1.

180 — Dom af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, Sml. I, s. 6225, præmis 32-37.

B — *Anvendeligheden af artikel 86: en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf*

378. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken har gjort gældende, at hver enkelt fond har en dominerende stilling på markedet for tillægspensionsforsikring i den pågældende branche.

379. Fondene har gjort gældende, at de er forholdsvis små aktører på pensionsforsikringsmarkedet, hvor der opererer mange andre virksomheder. De mener, at sagsøgernes argumenter bygger på en yderst snæver definition af det relevante marked.

380. Oprindeligt anførte Kommissionen i sine skriftlige indlæg, at fondene ikke har en dominerende stilling, idet den hovedsageligt støttede sig til fondenes argumenter. Under retsmødet indtog Kommissionen imidlertid den modsatte holdning og tilsluttede sig dermed den franske regerings. Den anførte, at der, når det er obligatorisk at være tilsluttet, ikke er noget andet valg, hverken på udbuds- eller efterspørgselssiden af markedet.

381. Jeg kan fatte mig i korthed på dette punkt. Domstolen har regelmæssigt udtalt, at en virksomhed, som har et lovbestemt tjenesteydelsesmonopol på en væsentlig del af fællesmarkedet, kan anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 [181]. Det er således uden betydning, at pensionsfondenes stilling skyldes statslig intervention [182].

382. Når tilslutning er obligatorisk, er andre former for privat pensionsforsikring ikke et reelt alternativ til en erhvervspensionsfond. Når det gælder tillægspension, har arbejdsgiverne og arbejdstagerne ganske enkelt ikke mulighed for at tilslutte sig en anden ordning. Det er derfor også uden betydning, at hver enkelt fond kun tilbyder én pensionsordning, og at der findes mange andre, større ordninger [183].

383. Endelig dækker hver enkelt pensionsfond hele Nederlandenes område og dermed en væsentlig del af fællesmarkedet. Følgelig har hvert enkelt fond en dominerende stilling på markedet for tillægspen-

181 — CBEM-dommen, jf. note 142, præmis 16, Höfner og Elser-dommen, jf. note 53, præmis 28, ERT-dommen, jf. note 64, præmis 31, Merci convenzionali porto di Genova-dommen, jf. note 143, præmis 14, dom af 12.2.1998, sag 163/96, Raso m.fl., Sml. I, s. 533, præmis 25, og Corsica Ferries France-dommen, jf. note 125, præmis 39.

182 — CBEM-dommen, jf. note 142, præmis 16.

183 — Dom af 13.11.1975, sag 26/75, General Motors mod Kommissionen, Sml. s. 1367, præmis 9.

sionsforsikring i en given branche i Nederlandene.

C — *Nationale foranstaltninger, der strider imod artikel 90 og 86*

384. Som nævnt mener Albany, Brentjens og Drijvende Bokken ikke, at det nederlandske system er foreneligt med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, og de har under henvisning til Domstolens domme i Höfner og Elser-sagen og i GB-Inno-BM-sagen fremført to argumenter til støtte herfor.

385. Med hensyn til det ene argument, hvorefter de pensionsydelser, fondene tilbyder, ikke opfylder, eller ikke længere opfylder, virksomhedernes behov, har sagsøgerne hævdet, at de tilbudte pensionsydelser er for lave, at de ikke er relateret til lønnen, og at de derfor er systematisk utilstrækkelige. De mener også, at systemet har andre, sekundære skadevirkninger, idet arbejdsgiverne er nødsaget til at træffe ekstra pensionsforanstaltninger og ikke kan indgå én samlet pensionsaftale med et forsikringsselskab. Virksomhederne må derfor operere med flere pensionsordninger samtidig, hvilket øger administrationsomkostningerne og medfører andre former for effektivitetstab.

386. Med hensyn til det andet argument, hvorefter fondene ikke selv bør kunne træffe afgørelse om individuelle fritagelser for tilslutningspligten, har sagsøgerne hævdet, at fondene er stillet således, at de selv kan vælge, hvor megen konkurrence de vil udsættes for.

387. Disse argumenter rejser efter min opfattelse to forskellige spørgsmål, nemlig om og i hvilken udstrækning dels pligten til at være tilsluttet en erhvervspensionsfond som sådan, dels bestemmelserne om fondenes ret til at meddele individuelle fritagelser efter eget skøn er forenelige med artikel 90, stk. 1, og artikel 86.

1. *Tilslutningspligtens forenelighed med artikel 90 og 86*

388. Artikel 90, stk. 1, er som nævnt en særlig bestemmelse til gennemførelse af artikel 5, stk. 2, som ikke direkte pålægger virksomhederne, men medlemsstaterne forpligtelser. Det følger af dens samspil med artikel 86, at den ikke kan være det rigtige

grundlag for at drage medlemsstaterne til ansvar for nogle virksomheders selvstændige konkurrencebegrænsende adfærd, blot fordi denne adfærd finder sted inden for deres jurisdiktion. Artikel 90, stk. 1, er derfor kun tilsidesat, når der er en årsagsforbindelse mellem en lovgivningsmæssig eller administrativ intervention fra medlemsstatens side og virksomhedernes konkurrencebegrænsende adfærd. Domstolen har udtalt, at det påståede misbrug i relation til artikel 90, stk. 1, skal være en »direkte følge« af den nationale lovgivning [184].

389. Dette er en af årsagerne til det fundamentale dilemma, som artikel 90, stk. 1, har givet anledning til. På den ene side er indrømmelse af eksklusive rettigheder, eller med andre ord oprettelse af et lovbestemt monopol, en strukturel statslig foranstaltning, der typisk fremmer konkurrencebegrænsende adfærd. På den anden side indebærer ordlyden af artikel 90, stk. 1, tilsyneladende, at indrømmelse af eksklusive rettigheder *som sådan* principielt ikke kan have været blandt de former for foranstaltninger, som traktatens forfattere ønskede, at artikel 90, stk. 1, skulle forbyde.

390. Ved at anfægte tilslutningspligtens lovlighed anfægter de sagsøgende virksomheder i realiteten selve fondenes eneret. Her melder det nævnte dilemma sig netop.

391. Domstolen har regelmæssigt fastslået, at den blotte omstændighed, at der skabes en dominerende stilling, når en virksomhed indrømmes eksklusive rettigheder, normalt ikke i sig selv er uforenelig med traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86 [185].

392. Denne hovedregel var et centralt element i Domstolens dom i Centre d'insémination de la Crespelle-sagen [186]. Den drejede sig om de franske insemineringscentres monopol på at levere en række tjenesteydelser til opdrætterne. Domstolen erindrede først om ovennævnte hovedregel. Derefter fastslog den, at der undtagelsesvis foreligger en tilsidesættelse af artikel 90, stk. 1, og artikel 86, hvis virksomheden ved blot at udøve den eneret, som er indrømmet den, foranlediges til at misbruge sin dominerende stilling. Endvidere undersøgte Domstolen, om der var en direkte årsagsforbindelse mellem den nationale lovgivning og det påståede misbrug, idet den understregede, at den blotte indrømmelse af eneretten i sig selv normalt ikke er tilstrækkelig til, at den pågældende virksomhed foranlediges til at misbruge sin stilling i den angivne betydning [187]. Den fastslog, at den nationale lovgivning, ud fra

184 — Centre d'insémination de la Crespelle-dommen, jf. note 128, præmis 20.

185 — Se f.eks. CBEM-dommen, jf. note 142, præmis 17, Höfner og Elser-dommen, jf. note 53, præmis 29, Merci convenzionali porto di Genova-dommen, jf. note 143, præmis 16, og Corbeau-dommen, jf. note 141, præmis 11.

186 — Jf. note 128.

187 — En tilsvarende argumentation findes i Banchero-dommen, jf. note 136, og Job Centre-dommen, jf. note 54.

de faktiske omstændigheder, ikke »foranledigede« centrene til at misbruge deres dominerende stilling. Derpå undersøgte den i et separat afsnit, om centrene selv havde gjort sig skyldige i et misbrug som omhandlet i artikel 86, som alene kunne tilregnes dem.

393. Selv om eksklusive rettigheder normalt ikke er uforenelige med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, har Domstolen regelmæssigt fastslået, at medlemsstaternes ret til at indrømme sådanne rettigheder ikke er uden begrænsninger. Den har udtalt:

» ... selv om [artikel 90, stk. 1] forudsætter, at der eksisterer virksomheder med visse særlige og eksklusive rettigheder, følger det ikke deraf, at samtlige særlige og eksklusive rettigheder er forenelige med traktaten. Dette skal afgøres på grundlag af de forskellige regler, som artikel 90, stk. 1, henviser til« [188].

394. Hvad begrænsningernes rækkevidde angår er de formuleringer, Domstolen har anvendt, ikke helt samstemmende [189]. Det er derfor nødvendigt at gennemgå de vigtigste sager, hvori den har skullet tage stilling til det samme vanskelige spørgsmål, nemlig om eksklusive rettigheder som sådanne er forenelige med artikel 90, stk. 1, og artikel 86. I sådanne sager er ovennævnte dilemma naturligvis særlig udtalt.

395. De væsentligste domme om eksklusive rettigheders forenelighed med artikel 90, stk. 1, kan inddeles i tre grupper. For nemheds skyld taler jeg om domme af henholdsvis ERT-typen [190], Höfner og Elser-typen [191] og Corbeau-typen [192]. Jeg undersøger Domstolens ræsonnement i hver enkelt gruppe og anvender det på de foreliggende sager.

a) Dommene af ERT-typen

396. I ERT-sagen var det kombinationen af to enerettigheder til henholdsvis at udsende virksomhedens egne programmer og retransmittere udenlandske udsendelser, der medførte en interessekonflikt. Monopolindehaveren blev foranlediget til at misbruge sin dominerende stilling på grund af en diskriminerende programpolitik, der favoriserede virksomhedens egne programmer.

188 — Dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 22.

189 — Se f.ek. Merci convenzionali porto di Genova-dommen, jf. note 143, præmis 17, og dom af 25.6.1998, sag C-203/96, Dusseldorp m.fl., Sml. I, s. 4075, præmis 61.

190 — Jf. note 64. Jf. også Merci convenzionali porto di Genova-dommen, jf. note 143, og dommen i sagen Raso m.fl., jf. note 181.

191 — Jf. note 53, og Job Centre-dommen, jf. note 54.

192 — Jf. note 141. Se også Corsica Ferries France-dommen, jf. note 125, og Sacchi-dommen, jf. note 139.

397. I sagen Raso m.fl.[193] tildelte de omhandlede italienske bestemmelser ikke alene havneselskaberne eneret til at stille midlertidig arbejdskraft til rådighed for bestemte virksomheder, men de gjorde det også muligt for dem at konkurrere med virksomheder, som var afhængige af deres tjenesteydelser. Heller ikke i dette tilfælde kunne en interessekonflikt undgås, eftersom et havneselskab alene ved at udøve sit monopol kunne fordreje konkurrencen til sin fordel på det sekundære marked.

398. I Merci convenzionali porto di Genova-dommen[194] udtalte Domstolen om indrømmelsen af enerettigheder til italienske havnevirksomheder og -selskaber:

»Det fremgår af de af den nationale retsinstans nærmere beskrevne omstændigheder og af forhandlingerne for Domstolen, at de virksomheder, som i henhold til de pågældende nationale bestemmelser er indrømmet eksklusive rettigheder, derved er foranlediget til enten at kræve betaling for ikke ønskede tjenesteydelser, fakturere uforholdsmæssigt høje priser ...« [195].

399. Det fremgår ikke klart, hverken af den gengivne passage eller af resten af dommen, om de relevante retsforskrifter omfattede bestemmelser, der gik videre end at indrømme eksklusive rettigheder, og som gjorde det berettiget at anvende artikel 90, stk. 1. Da Domstolen henviste til de af den nationale retsinstans »nærmere beskrevne omstændigheder«, er jeg dog tilbøjelig til også at henføre denne sag til den første gruppe.

400. I de tre nævnte sager var det ikke kun monopolet i sig selv, der krænkede artikel 90, stk. 1, og artikel 86; det var monopolet i forbindelse med en række andre forhold, der medførte stor sandsynlighed for misbrug. Strukturelle foranstaltninger, der gik videre end indrømmelsen af en eksklusiv rettighed, foranledigede de pågældende virksomheder til at misbruge deres dominerende stilling. Kun i sådanne tilfælde var der grund til at holde staten — i det mindste delvis — ansvarlig for monopolindehaverens konkurrencebegrænsende adfærd.

401. Det spørgsmål melder sig, om omstændighederne i de sager, der nu er forelagt Domstolen, svarer til omstændighederne i sagerne af ERT-typen, og om der er strukturelle elementer, som går ud over den eneret, der foranlediger fondene til at misbruge deres dominerende stilling.

402. For det første er det blevet gjort gældende, at der endnu ikke blevet påvist noget konkret misbrug, såsom uforholds-

193 — Jf. note 181.
194 — Jf. note 143.
195 — Præmis 19.

mæssigt høje bidrag eller uforholdsmæssigt lave ydelser.

403. Den omstændighed alene er ikke afgørende. Det følger af opbygningen af artikel 90, stk. 1, og Domstolens praksis [196], at spørgsmålet ikke er, om der faktisk foreligger et misbrug, men om de relevante retsforskrifter — eventuelt blot potentielt — foranlediger virksomhederne til at gøre sig skyldige i et sådant misbrug.

404. Jeg kan imidlertid ikke finde noget i det nederlandske system, der foranlediger fondene til at gøre sig skyldig i et sådant misbrug. Tværtimod kontrolleres fondene af en række statslige myndigheder og et råd, der repræsenterer de tilsluttede. De er forpligtet til at investere de tilvejebragte midler på en forsigtig måde. Skattelovgivningen sætter grænser for, hvor høje pensionsydelserne kan være. Fondenes handlefrihed i den henseende er således begrænset. Selv om der forelå et konkret misbrug af den omtalte art, ville fondene følgelig kun være ansvarlige i henhold til artikel 86.

405. Der er således ingen yderligere strukturelle elementer i den nederlandske lovgivning, der foranlediger fondene til at misbruge deres dominerende stilling.

b) Dommene af Höfner og Elser-typen

406. I Höfner og Elser-sagen [197] skulle Domstolen tage stilling til lovligheden af et arbejdsformidlingsmonopol i Tyskland. Den udtalte følgende:

» ... En medlemsstat overtræder ... kun forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af den eneret, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug.

Ifølge traktatens artikel 86, stk. 2, litra b), kan et sådant misbrug især bestå i en begrænsning af ydelsen til skade for personer, der efterspørger den pågældende tjenesteydelse.

En medlemsstat skaber imidlertid en situation, i hvilken ydelsen er begrænset, når det organ, som den har indrømmet en eneret, som omfatter formidling af erhvervsledere, åbenbart ikke er i stand til at dække

196 — Dommen i sagen Raso m.fl., jf. note 181, præmis 31, og GB-Inno-BM-dommen, jf. note 173, præmis 23 og 24.

197 — Jf. note 53.

efterspørgslen på markedet for denne form for tjenesteydelser, og når private selskabers faktiske udøvelse af en sådan formidling umuliggøres af, at der opretholdes en lovbestemmelse, som forbyder denne formidlingsvirksomhed og bestemmer, at kontrakter indgået som led heri er ugyldige« [198].

407. I Job Centre-sagen [199] håndhævede den italienske stat et lignende arbejdsformidlingsmonopol ved hjælp af strafferetlige sanktioner. Domstolen bekræftede sin dom i Höfner og Elser-sagen. Den understregede de særlige forhold, der kendetegnede markedet for ydelser i forbindelse med arbejdsformidling, og udtalte:

»På et så omfattende og forskelligartet marked, der desuden som følge af den økonomiske og sociale udvikling er underkastet store forandringer, består der en risiko for, at de offentlige arbejdsformidlingskontorer ikke vil være i stand til at dække en væsentlig del af den samlede efterspørgsel efter ydelser« [200].

408. I de to sidstnævnte sager bestod statens intervention, i modsætning til i sagerne af ERT-typen, kun i indrømmelsen af en eneret. Alligevel fandt Domstolen, at monopolindehaveren på grund af de særlige økonomiske omstændigheder og tjenesteydelsernes art blev foranlediget til at misbruge sin dominerende stilling ved til stadighed at »begræns[e] produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne« som omhandlet i artikel 86, litra b). Under disse ganske særlige omstændigheder mente Domstolen derfor, at den med føje kunne gøre en egentlig undtagelse fra hovedreglen om, at medlemsstaternes ret til at indrømme eksklusive rettigheder ikke skal anfægtes.

409. Dog har Domstolen ved i Höfner og Elser-dommen at henvise til tilfælde, hvor en virksomhed *åbenbart* ikke er i stand til at dække efterspørgslen, gjort det klart, at den kun foretager en marginal prøvelse af monopolers lovlighed.

410. Det spørgsmål melder sig, om situationen i de foreliggende sager svarer til den, som der er tale om i sagerne af Höfner og Elser-typen, idet fondene ved den blotte udøvelse af deres eneret foranlediges til at misbruge deres dominerende stilling. Er de faktiske og økonomiske omstændigheder således, at obligatoriske tillægspensionsfonde åbenbart og systematisk er ude af stand til at dække efterspørgslen?

411. Det er parterne stærkt uenige om. Domstolen har ikke mulighed for at besvare spørgsmålet, da det kræver nøje

198 — Præmis 29, 30 og 31.
199 — Jf. note 54.
200 — Præmis 34.

økonomiske og faktuelle vurderinger. Når der af en national ret er indgivet en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til traktatens artikel 177, tilkommer det den nationale ret at foretage sådanne vurderinger. Det kan dog være hensigtsmæssigt at angive nogle retningslinjer for, hvilke faktorer de nationale domstole vil kunne tillægge betydning, når de foretager dem.

412. Først og fremmest skal de holde sig de forpligtelser for øje, der påhviler henholdsvis den nederlandske stat og fondene i relation artikel 90, stk. 1, og artikel 86. En medlemsstat kan kun holdes ansvarlig i tilfælde af en mangel i systemet, dvs. hvis et misbrug er en »direkte følge« af dets intervention i form af regler eller beslutninger, hvorimod virksomheder, som er tildelt eksklusive eller særlige rettigheder, er eneansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne, som udelukkende kan tilregnes dem. Artikel 90, stk. 1, og artikel 86 er derfor ikke tilsidesat, når den eneste årsag til, at en fond »åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen«, er dens egen dårlige ledelse eller investeringspolitik.

413. For det andet skal de nationale domstole være opmærksomme på, at spørgsmål af denne art altid er gradsspørgsmål, at de giver anledning til meget komplicerede problemstillinger, og at de indebærer vurderinger, der vedrører væsentlige økonomiske og sociale valg. Det skal derfor understreges, at Domstolen har begrænset sin og de nationale domstoles prøvelsesret i sager af Höfner og Elser-typen til kun at omfatte åbenbart mangelfulde nationale systemer.

414. Endelig må medlemsstaterne, da indrømmelsen af eksklusive rettigheder indebærer vanskelige økonomiske vurderinger, på sådanne områder have et skøn ved afgørelsen af, om en monopolindehaver kan dække efterspørgslen. Også dette er en grund til at begrænse udstrækningen af den nationale domstols prøvelsesret.

415. Ifølge et supplerende argument fra Kommissionens side kan fondene under alle omstændigheder ikke sammenlignes med et normalt forsikringsselskab, idet de har pligt til at begrænse deres virksomhed til kun at omfatte én branche og ikke har ret til at vælge mellem gode og dårlige risici.

416. Disse argumenter vedrører efter min opfattelse artikel 90, stk. 2, og bringer mig direkte til den tredje gruppe sager, nemlig sager af Corbeau-typen.

c) Dommene af Corbeau-typen

417. I Corbeau-sagen [201] skulle Domstolen tage stilling til, om det belgiske monopol på postbesørgelse var foreneligt med artikel 90, stk. 1, og artikel 86. Domstolen angav ikke klart, hvilke elementer i den belgiske lovgivning, om nogen, der var i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86. I stedet udtalte den, at artikel 90, stk. 1, skulle læses i sammenhæng med artikel 90, stk. 2, og foretog straks en afvejning vedrørende berettigelsen af monopolets udstrækning. Den bemærkede bl.a.:

»[Artikel 90, stk. 2] gør det således muligt for medlemsstaterne at indrømme virksomheder, som de overdrager udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eksklusive rettigheder, der kan begrænse anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, i det omfang en begrænsning af konkurrencen — eller en udelukkelse af enhver konkurrence — fra andre erhvervsdrivendes side er nødvendig for, at de virksomheder, der er indrømmet eksklusive rettigheder, kan udføre de særlige opgaver, som er betroet dem« [202].

418. For nylig har Domstolen i Corsica Ferries France-dommen [203] indtaget samme holdning i en sag, hvor den skulle tage stilling til de eksklusive rettigheder, der var tillagt nogle fortøjningsarbejdergrupper i to større italienske havne. Uden at afgøre, om der ved en umiddelbar betragtning forelå en tilsidesættelse af artikel 90, stk. 1, fastslog den, at de pågældende eksklusive rettigheder under alle omstændigheder var berettigede i henhold til artikel 90, stk. 2.

419. Selv den tidligere dom i Sacchi-sagen [204] kan efter min opfattelse henføres til denne gruppe. Domstolen henviste i dommens afgørende præmisser [205] til artikel 90 uden at angive det relevante stykke, sådan som den havde gjort andre steder i dommen. I lyset af generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse [206] kan det ikke udelukkes, at Domstolen sigtede til artikel 90, stk. 2.

420. Det fremgår af den nævnte retspraksis, at indrømmelse af eksklusive rettigheder under alle omstændigheder er berettiget, når undtagelsen i artikel 90, stk. 2, finder anvendelse. Finder artikel 90, stk. 2, anvendelse i de foreliggende sager?

421. Artikel 90, stk. 2, bestemmer:

»Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økono-

201 — Jf. note 141.
202 — Præmis 14.
203 — Jf. note 125.
204 — Jf. note 139.
205 — Præmis 14, tredje afsnit.
206 — På s. 443.

misk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.«

422. Det første spørgsmål er, om fondene har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Det mener jeg ikke, at der kan være megen tvivl om.

423. I Nederlandene udbetales der inden for rammerne af den lovbestemte pensionsordning kun en grundpension, der står i forhold til mindstelønnen. Tillægspensionsordninger bidrager derfor til at sikre, at en stor del af befolkningen oppebærer pensionsydelser ud over dette minimum. Fondene har således et socialt formål. De handler ikke primært i deres egen eller i de tilsluttedes private interesse [207], men først og fremmest i almenhedens interesse. Fællesskabslovgiver har for nylig indirekte anerkendt, at tillægspension opfylder en vigtig social funktion, ved at udstede et direktiv om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet [208].

424. Desuden arbejder fondene som nævnt uden vinding for øje. De har pligt til at lade enhver arbejdsgiver og arbejdstager i branchen blive tilsluttet. De har derfor ikke lov til at foretage nogen form for risikoudvælgelse på grundlag af spørgeskemaer eller lægeundersøgelser. Der er ingen forbindelse mellem risiko og bidrag. Samtlige tilsluttede betaler et fast bidrag, som ikke tager hensyn til eksempelvis arbejdstagernes alder eller størrelsen af den virksomhed, de er ansat i. I tilfælde af tabt arbejdsevne dispenseres der fra bidragspligten.

425. Den bekendtgørelse, der gør det obligatorisk at være tilsluttet, er således en retsakt fra en offentlig myndighed, hvorved det overdrages den pågældende fond at udføre tjenesteydelser af almindelig interesse.

426. Det næste spørgsmål, nemlig om en ophævelse af reglerne om tilslutningspligt retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet fondene, er derfor afgørende.

207 — BRT-dommen, jf. note 106, præmis 23, og, modsætningsvis, Züchner-dommen, jf. note 50, præmis 7.

208 — Rådets direktiv 98/49/EF af 29.6.1998 (EFT L 209, s. 46).

427. Fondene og den nederlandske regering har gjort gældende, at det er en uomgængelig forudsætning for pensionsordningernes fortsatte bestående, at fondene bevarer deres eneret. De har under henvisning til Domstolens som i Corbeau-sagen hævdet, at det ville true deres økonomiske ligevægt, hvis tilslutningspligten blev ophævet. De har herved fremført det argument, at det ville føre til en ond cirkel, hvor »de gode risici« (f.eks. store virksomheder med et ungt personale med en god helbredstilstand, som udfører ufarligt arbejde) ville prøve at opnå mere fordelagtige aftaler med private forsikringsselskaber og lade fondene stå tilbage med en højere koncentration af dårlige risici. Dette ville på sin side føre til forøgede pensionsomkostninger for ansatte i eksempelvis små og mellemstore virksomheder med et ældre personale, der udførte farligt arbejde. Resultatet ville være, at det ville blive stadig vanskeligere, måske endda umuligt, at forsikre dårlige risici til en acceptabel pris.

428. Fondene og den nederlandske regering har endvidere hævdet, at faste (ikke-risikorelaterede) bidrag og faste (ikke-lønrelaterede) pensioner kun er mulige, hvis der er tilslutningspligt. Efter deres opfattelse ville et privat forsikringsselskab aldrig kunne tilbyde denne form for pension.

429. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken mener, at det nederlandske system med obligatorisk tilslutning går ud over, hvad der er nødvendigt for at opfylde det formål at sikre et tilstrækkeligt socialt beskyttelsesniveau.

430. For det første mener de, at kollektive overenskomster, der indeholder mindstekrav med hensyn til pension, ville være tilstrækkelige. Det burde i princippet overlades til arbejdsgiverne nærmere at fastsætte, hvordan de indbetalte pensionsbidrag skal administreres. Om nødvendigt kunne der også fastsættes mindstekrav ad lovgivningens vej. Et godt eksempel på denne fremgangsmåde er en lov, som trådte i kraft den 1. januar 1998, og som forbyder forudgående lægeundersøgelser ved indgåelse af gruppeforsikringsaftaler.

431. Over for argumentet om, at faste præmier og ydelser kun er mulige, hvis der er tilslutningspligt, har sagsøgerne anført, at et system med faste bidrag reelt ikke længere er et væsentligt element i tillægspensionsordninger og ikke er foreskrevet i lovgivningen. Omvendt findes der en række erhvervspensionsordninger, hvortil der betales faste præmier, og som det ikke er obligatorisk at være tilsluttet.

432. Endelig er der empirisk bevis for, at tilslutningspligt er unødvendig, eftersom

der i Nederlandene findes 15 tillægspensionsordninger uden tilslutningspligt.

433. Efter min opfattelse er der for mange væsentlige punkter vedrørende de faktiske omstændigheder, som endnu er omtvistet mellem parterne og/eller ikke helt klarlagt.

434. Hvorfor, f.eks., kan en række erhvervspensionsfonde bestå, selv om det ikke er obligatorisk at være tilsluttet dem? Den nederlandske regerings skriftlige svar på et spørgsmål fra Domstolen har ikke bortvejret al usikkerhed og er desuden delvis blevet anfægtet af sagsøgerne. På retsmødet var parterne også uenige om, i hvilken udstrækning faste bidrag og ydelser stadig er et typisk element i de erhvervstilknyttede tillægspensionsfonde i Nederlandene.

435. Domstolen er følgelig heller ikke i dette tilfælde i stand til at afgøre, om en ophævelse af tilslutningspligten retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet fondene. Det er de nationale domstole, der nøje skal undersøge alle de økonomiske, finansielle og sociale spørgsmål, som dette rejser. I den forbindelse skal de tage følgende i betragtning.

436. Formålet med artikel 90, stk. 2, er at forlige medlemsstaternes interesse i at anvende visse virksomheder som økonomiske eller socialpolitiske instrumenter med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne og reglerne om det indre marked overholdes [209]. Da det er en bestemmelse, der giver mulighed for at gøre undtagelse fra traktatens regler, skal den fortolkes snævert [210].

437. Medlemsstaterne kan imidlertid, når de fastsætter de tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som de overdrager visse virksomheder at udføre, ikke være afskåret fra at tage hensyn til deres egne indenrigspolitiske mål [211]. Det skal i den forbindelse erindres, at fællesskabsretten ikke begrænser medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres socialsikringsordninger [212]. De har derfor et vidt skøn på dette område.

438. Domstolen har for nylig fastslået, at det ikke er nødvendigt, for at artikel 90,

209 — Dom af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, præmis 39.

210 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, jf. note 209, præmis 37.

211 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, jf. note 209, præmis 40.

212 — Dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar m.fl., Sml. s. 523, præmis 16, Poucet og Pistre-dommen, jf. note 55, præmis 6, og dommen i sagen Sodemare m.fl., jf. note 57, præmis 27.

stk. 2, kan finde anvendelse, at selve virksomhedens eksistens er truet [213]. Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at det er tilstrækkeligt, at anvendelsen af konkurrencereglerne retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, som påhviler virksomheden.

439. De nationale domstole vil derfor for det første skulle fastslå, nøjagtig hvilke offentlige forpligtelser det er blevet overdraget fondene at opfylde, og for det andet, om det ville hindre opfyldelsen af disse forpligtelser, at der ikke var tilslutningspligt.

440. Tilslutningspligten som sådan er følgelig kun i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, hvis de nederlandske retsforskrifter medfører, at fondene åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen, og hvis en ophævelse af tilslutningspligten ikke ville hindre opfyldelsen af de offentlige opgaver, som er betroet dem.

*2. Reglerne om, at fondene efter eget skøn kan meddele fritagelse for tilslutningspligten*

441. Som omtalt indeholder det nederlandske system regler om individuel fritagelse for tilslutningspligten i tilfælde, hvor arbejdsgiveren eller arbejdstagerne har oprettet, eller ønsker at oprette, en særlig, alternativ pensionsordning. Tre elementer i disse regler er af betydning. For det første træffes afgørelser om individuel fritagelse af vedkommende erhvervspensionsfond selv. For det andet har fonden i de fleste tilfælde et skøn. For det tredje kan de nationale domstole som følge af dette skøn kun foretage en marginal prøvelse af fondens afgørelse [214].

442. Albany, Brentjens og Drijvende Bokken har under henvisning til GB-Inno-BM-dommen [215] anført, at de pågældende regler er i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, fordi de sætter fondene i stand til selv at vælge, hvor megen konkurrence de vil udsættes for.

443. Derimod har fondene hævdet, at deres skøn de facto er begrænset. De kan i praksis ikke meddele flere fritagelser, for det ville skabe en farlig præcedens. Flere fritagelser ville bringe solidariteten inden for branchen, selve tilslutningspligten og i sidste instans fondenes eksistens i fare. Heraf følger efter deres opfattelse, at fondene ikke kan sammenlignes med det offentlige organ i GB-Inno-BM-sagen.

213 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, jf. note 209, præmis 43.

214 — Jf. ovenfor, punkt 352-363.

215 — Dom af 13.12.1991, jf. note 173.

444. Kommissionen mener, at muligheden for individuelle fritagelser er en undtagelsesvis åbning i et ellers hermetisk lukket system. Efter dens opfattelse ville det være inkonsekvent at prøve, om reglerne om individuel fritagelse er forenelige med traktaten, hvis tilslutningspligten som sådan er det.

445. Har jeg forstået Kommissionens argument rigtigt, ville en hvilken som helst regel vedrørende individuelle fritagelser automatisk være lovlig, hvis tilslutningspligten, og dermed fondenes eneret som sådan, var blevet fundet forenelig med artikel 90, stk. 1, og artikel 86.

446. Det er jeg ikke enig i.

447. Rækkevidden af hver enkelt fonds monopol bestemmes ikke kun af bekendtgørelsen om tilslutningspligt, men også af de til rådighed værende muligheder for fritagelse. Hvis fondenes eneret som sådan blev kendt lovlig, ville det ganske rigtigt være selvmodsigende at kræve indførelse af flere (obligatoriske) fritagelsesgrunde under henvisning til artikel 90, stk. 1, og artikel 86. Så langt er jeg enig med Kommissionen.

448. Spørgsmålet i denne forbindelse er imidlertid et andet. Det drejer sig ikke om det materielle omfang af fondenes eneret, som fastlægges af bekendtgørelsen om tilslutningspligt og af de til rådighed værende fritagelsesgrunde, men om den formelle mekanisme, hvorefter der træffes afgørelser vedrørende enerettens omfang. Når en fond ud fra sit eget skøn træffer afgørelse om en begæring om individuel fritagelse, bestemmer den faktisk selv omfanget af sit lovbestemte monopol. Denne uddelegering af beslutningskompetence er ikke en nødvendig og integrerende del af reglerne om enerettens materielle omfang. Den kan derfor adskilles fra disse regler og anfægtes separat.

449. Under retsmødet gjorde Kommissionen for det andet gældende, at intet i den nederlandske lovgivning foranlediger fondene til at misbruge deres skøn. Den anførte under henvisning til Centre d'insémination de la Crespelle-dommen [216], at det derfor alene er fondene, der kan gøres ansvarlige for eventuelle misbrug.

450. Heller ikke dette er jeg overbevist om. Ved at overdrage det til fondene at træffe

216 — Jf. note 128. Dommen behandles ovenfor i punkt 392.

afgørelse om individuelle fritagelser har den nederlandske lovgivning skabt en klar interessekonflikt.

451. De nederlandske lovgivere har ved at udstede regler om, at fondene efter eget skøn kan meddele fritagelse for tilslutningspligten, erkendt, at der kan forekomme situationer, hvor en virksomhed i en given branche har berettigede grunde til at begære fritagelse. Man kunne f.eks. forestille sig en virksomhed tilhørende en koncern, som har sin egen gruppeforsikringspolitik, eller andre situationer, som i den seneste udgave af retningslinjerne for fritagelse nu er gjort til obligatoriske fritagelsesgrunde [217].

452. Erhvervspensionsfondene har derimod en åbenbar interesse i at opretholde et højt tilslutningsniveau. Flere tilsluttede indebærer f.eks. større stordriftsfordele med hensyn til administrationsomkostningerne, større købekraft på investeringsmarkederne og en mere fordelagtig risikospredning.

453. Den udgave af retningslinjerne for fritagelse, som finder anvendelse i hovedsagerne, overlader det til fondene at afveje disse to sæt interesser mod hinanden. På en vis måde spiller fondene således på én gang rollen som dommer og rollen som part.

454. Det er fast retspraksis, at det er i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86 at skabe sådanne interessekonflikter.

455. I dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen [218] skulle Domstolen tage stilling til et direktiv udstedt på grundlag af artikel 90, stk. 1 og 3 [219], der forpligtede medlemsstaterne til at drage omsorg for, at ansvaret for formaliseringen af specifikationerne for teleterminaludstyr og den dertil knyttede kontrol blev overdraget et organ, som var uafhængigt af den virksomhed, der drev det offentlige net. Domstolen udtalte:

» ... et marked med frie konkurrencevilkår som omhandlet i traktaten forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige muligheder. At give en virksomhed, der sælger terminaler, den opgave at formalisere de specifikationer, som terminalerne skal opfylde, at kontrollere deres anvendelse samt at godkende disse apparater er det samme som at give virksomheden adgang til efter forgodtbefindende at afgøre, hvilke terminaler der kan tilsluttes

217 — Jf. ovenfor, punkt 360.

218 — Jf. note 188.

219 — Jf. dommens præmis 13.

det offentlige net, og således give virksomheden en åbenbar fordel over for konkurrenterne« [220].

456. I GB-Inno-BM-dommen [221] gentog Domstolen denne konstatering og tilføjede, at »det [er] nødvendigt af hensyn til en effektiv konkurrence og hensynet til gennemskuelighed«, at det organ, der fastsætter de tekniske specifikationer og foretager typegodkendelse, er uafhængigt af virksomheder, der udbyder varer eller tjenesteydelser på markedet for teleterminaludstyr.

457. I Tranchant-dommen [222] udtalte Domstolen mere specielt, at kravet om uafhængighed »har ... til formål at udelukke enhver risiko for interessekonflikt mellem på den ene side [organet] ... og på den anden side [virksomhederne] ...«.

458. Domstolen har også i andre lignende sager nøje kontrolleret uafhængighedskravet [223]. I sagerne Decoster [224] og Taillandier [225] fandt den f.eks., at der ikke var sikret uafhængighed, da forskellige direktorater under det franske ministerium for post og telekommunikation på samme tid var ansvarlige for dels at drive det offentlige telenet og gennemføre handelspolitikken på telekommunikationsområdet, dels at typegodkende terminaludstyr.

459. I ERT-dommen [226] og for nylig i Raso-dommen [227] har Domstolen fastslået, at en anden form for interessekonflikt strider mod artikel 90, stk. 1, og artikel 86. Navnlig i sidstnævnte dom har den tydeligt forklaret, hvorfor sådanne interessekonflikter truer såvel konkurrencen som de konkurrerende virksomheder.

460. Desuden fremgår det af GB-Inno-BM-dommen [228] og Raso-dommen [229], at det er den omstændighed, at interessekonflikten skyldes de relevante retsforskrifter, der er i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86. Det er ikke nødvendigt at konstatere et konkret misbrug.

461. I de foreliggende sager forværres de farer, der knytter sig til en sådan interessekonflikt, i betydelig grad af systemets to

220 — Præmis 51.

221 — Dom af 13.12.1991, jf. note 173, præmis 26.

222 — Dom af 9.11.1995, sag C-91/94, Sml. I, s. 3911, præmis 19.

223 — Dom af 17.11.1992, forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/90, Spanien m.fl. mod Kommissionen (»markedet for teletjenester«), Sml. I, s. 5833, præmis 22, og domme af 27.10.1993, henholdsvis sag 69/91, Decoster, Sml. I, s. 5335, og sag C-92/91, Taillandier, Sml. I, s. 5383.

224 — Jf. note 223.

225 — Jf. note 223.

226 — Jf. note 64, præmis 37.

227 — Jf. note 181, præmis 28-31.

228 — Dom af 13.12.1991, jf. note 173, præmis 23 og 24.

229 — Præmis 31.

øvrige karakteristika, nemlig fondenes skønsbeføjelse og domstolenes begrænsede ret til at prøve deres afgørelser.

462. I dommen i sagen Meroni mod Den Høje Myndighed udtalte Domstolen i relation til en lignende situation, om end i en anden sammenhæng:

»[F]ølgerne af en kompetencedelegation er meget forskellige, afhængig af om den omfatter gennemførelsesbeføjelser, som er klart afgrænsede, og hvis udøvelse derfor kan kontrolleres nøje i forhold til de objektive kriterier, som en delegerende myndighed har fastsat, eller om det drejer sig om en diskretionær beføjelse, der indebærer en høj grad af frit skøn, som — afhængig af den brug, som gøres heraf — åbner mulighed for en virkelig økonomisk politik« [230].

463. Hvad nærmere angår fondenes skønsbeføjelse er Domstolens dom i sagen Lagauche m.fl. [231] relevant. Det belgiske telegraf- og telefonvæsen havde ligeledes fået overdraget den opgave at typegodkende telekommunikationsudstyr. Dog var det, i modsætning til situationen i GB-Inno-BM-sagen, ministeren, der fastsatte, hvilke tekniske forskrifter udstyret skulle opfylde for at kunne typegodkendes. Monopolindehaveren skulle derfor blot kontrollere, om udstyret var i overensstemmelse med de af ministeren fastsatte forskrifter. Da der ikke var tale om noget skøn, fandt Domstolen ikke, at artikel 90, stk. 1, og artikel 86 var blevet tilsidesat.

464. Med hensyn til betydningen af en fuld domstolsprøvelse er det tilstrækkeligt at henvise til de samme to domme i sagerne GB-Inno-BM [232] og Lagauche m.fl. [233]. Domstolen fastslog i begge domme — dog i relation til artikel 30 — at afgørelser truffet af en regulerende eller kontrollerende myndighed, som potentielt påvirker de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger borgerne, skal kunne underkastes domstolsprøvelse.

465. I de foreliggende sager udgør retningslinjerne for fritagelse en ramme, som indeholder alle tre afgørende elementer, nemlig interessekonflikt, skønsbeføjelse og kun marginal domstolsprøvelse. Jeg må derfor, uden at det er fornødent at tage stilling til den nye udgave af retningslinjerne for fritagelse, drage den konklusion, at de nederlandske regler, hvorefter fondene kan meddele individuel fritagelse efter eget skøn, er i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86.

466. Det står tilbage i korthed at behandle Kommissionens afsluttende argumenter.

230 — Dom af 13.6.1958, sag 9/56, Meroni mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 55, på s. 72, org. ref.: Rec. s. 9.

231 — Dom af 27.10.1993, forenede sager C-46/90 og C-93/91, Lagauche m.fl., Sml. I, s. 5267.

232 — Dom af 13.12.1991, jf. note 173, præmis 34, 35 og 36.

233 — Jf. note 231, præmis 25-29.

For det første har den gjort gældende, at fondens bestyrelse i praksis er det eneste organ, som er i stand til at træffe afgørelse om begæringer om fritagelse. For det andet har den henvist til muligheden for at klage til Verzekeringskamer.

467. Efter min opfattelse modsiges førstnævnte argument — i det mindste delvis — af sidstnævnte. Hvis klager over fondens afgørelser kan indbringes for det uafhængige Verzekeringskamer, hvorfor kan tilsynet da ikke træffe afgørelser om individuelle fritagelser? Hvorfor skulle et andet uafhængigt organ ikke kunne afveje fondenes interesser mod de tilsluttede personers? Hvad sidstnævnte argument angår er det fremgået af den skriftlige og mundtlige forhandling, at Verzekeringskamer som nævnt ikke kan træffe retligt bindende afgørelser. En klage til Verzekeringskamer er således ikke et egnet retsmiddel.

468. Regler som de nederlandske retningslinjer for fritagelse er følgelig i strid med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, i det omfang de giver fondene ret til efter eget skøn at træffe afgørelser om begæringer om individuel fritagelse for tilslutningspligten, som kun er undergivet en marginal domstolsprøvelse.

## X — Retsvirkningerne af Domstolens dom

469. Hoge Raad har udtrykkeligt anmodet Domstolen om at præcisere, hvilke konsekvenser dens dom har.

470. Det fremgår af det foregående, at der må skelnes mellem to elementer i den nederlandske lovgivning: tilslutningspligten som sådan og de regler, hvorefter fondene kan træffe afgørelse om individuel fritagelse efter eget skøn.

471. Det første spørgsmål i denne forbindelse opstår kun, hvis den nationale ret fastslår, at det nederlandske system med tilslutningspligt som sådant eller en bekendtgørelse, der gør det obligatorisk at være tilsluttet en bestemt fond, strider imod artikel 90, stk. 1, og artikel 86. Spørgsmålet er, hvilke virkninger en sådan dom ville have.

472. I modsætning til hvad fondene har hævdet, ville dommen bygge på lex specialis i artikel 90, stk. 1, og artikel 86, ikke på

artikel 5, stk. 2[234]. Artikel 90, stk. 1, og artikel 86 har direkte virkning[235]. Nationale love og bekendtgørelser, der gør det obligatorisk at være tilsluttet, ville følgelig principielt ikke kunne finde anvendelse[236].

473. Den nederlandske regering har anmodet Domstolen om at begrænse de tidsmæssige virkninger af dens dom.

474. Den fortolkning, som Domstolen foretager af en fællesskabsretlig regel, belyser og præciserer blot betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden. Domstolen har imidlertid fastslået, at den i overensstemmelse med det generelle retssikkerhedsprincip og under hensyn til de alvorlige virkninger, som dens dom måtte have, undtagelsesvis kan begrænse dommens tidsmæssige virkninger med hensyn til fortiden[237].

475. Imod en sådan begrænsning kunne det indvendes, at de berørte økonomiske aktører siden Hoge Raads forelæggelse i Van Schijndel-sagen[238] ikke har kunnet været helt sikre på, at en pligt til at være tilsluttet tillægspensionsfonde er lovlig[239].

476. På den anden side er behovet for en tidsmæssig begrænsning særligt stort på pensionsområdet. Domme uden en sådan begrænsning kunne forstyrre mange pensionsordningers økonomiske ligevægt med tilbagevirkende kraft og rejse tvivl om retsforhold, hvis virkninger allerede er udtømt[240]. Jeg er derfor tilbøjelig til at støtte, at der undtagelsesvis foretages en tidsmæssig begrænsning af dommens virkninger.

477. Det skal understreges, at kun Domstolen kan afgøre, om dommen skal undergives en sådan undtagelsesvis begrænsning, og at begrænsningen kun kan bestå på grundlag af selve den dom, der afgør fortolkningsspørgsmålet[241].

478. I de foreliggende sager er det efter min vurdering den nationale domstol, der må tage endelig stilling til, om tilslutningspligten er forenelig med fællesskabsretten. Jeg mener imidlertid ikke, at dette hindrer

234 — Jf. ovenfor, punkt 304, og Centre d'insémination de la Crespelle-dommen, jf. note 128, præmis 15.

235 — Merci convenzionali porto di Genova-dommen, jf. note 143, præmis 23.

236 — Dom af 4.4.1968, sag 34/67, Lück, Sml. 1965-1968, s. 515, org. ref.: Rec. s. 359, på s. 370, og af 22.10.1998, forenede sager C-10/97 og C-22/97, IN.CO.GE.'90, Sml. I, s. 6307, præmis 18-21.

237 — Dom af 15.9.1998, sag C-231/96, Edis, Sml. I, s. 4951, præmis 15 og 16.

238 — Jf. note 2.

239 — Bosman-dommen, jf. note 21, præmis 146.

240 — Barber-dommen, jf. note 91, præmis 44.

241 — Dom af 27.3.1980, forenede sager 66/79, 127/79 og 128/79, Salumi m.fl., Sml. s. 1237, præmis 11.

Domstolen i at træffe den endelige afgørelse om dens doms tidsmæssige virkninger ved udtrykkeligt at basere dommen på den antagelse, at de nationale domstole i lyset af Domstolens fortolkning kender den nederlandske lovgivning uforenelig med artikel 90, stk. 1, og artikel 86.

479. Det andet spørgsmål er, hvilke virkninger en dom, hvorved regler om individuel fritagelse som de nederlandske kende uforenelige med artikel 90, stk. 1, og artikel 86, ville have.

480. Da artikel 90, stk. 1, og artikel 86 har direkte virkning, kan reglerne om fondenes ret til at træffe afgørelse om individuelle fritagelser efter eget skøn ikke finde anvendelse. Som nævnt kan disse regler adskilles fra bestemmelserne om tilslutningspligt, der derfor som sådanne ikke ville blive berørt [242]. Hvilke andre virkninger dommen ville have, ville endnu en gang afhænge af den nationale lovgivning inden for de grænser, som fællesskabsretten fastsætter.

242 — For et sammenligneligt tilfælde jf. generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i Decoster-sagen, jf. note 223, Sml. s. 5371.

## XI — Forslag til afgørelse

Jeg mener følgelig, at de spørgsmål, som er forelagt i de aktuelle sager, bør besvares således:

»1) Det er ikke uforeneligt med traktatens artikel 85, stk. 1, at repræsentanter for arbejdsgivere og arbejdstagere i en branche kollektivt aftaler at oprette én enkelt erhvervspensionsfond og i fællesskab anmoder myndighederne om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for samtlige personer i branchen.

2) Det er ikke uforeneligt med traktatens artikel 5 og 85, at en medlemsstat efter fælles begæring fra arbejdsgiveres og arbejdstageres repræsentanter gør det obligatorisk for samtlige virksomheder i en branche at være tilsluttet en erhvervspensionsordning.

3) De nederlandske erhvervspensionsfonde er 'virksomheder' som omhandlet i traktatens konkurrenceregler.

4) Traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86 er kun til hinder for regler om obligatorisk tilslutning til erhvervspensionsfonde som dem, der gælder i Nederlandene, hvis de relevante retsforskrifter og den bekendtgørelse, der gør tilslutning obligatorisk, medfører, at fondene åbenbart ikke er i stand til at

dække efterspørgslen, og hvis en ophævelse af tilslutningspligten ikke ville hindre opfyldelsen af de offentlige opgaver, som er betroet dem.

Traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86 er til hinder for regler som de nederlandske retningslinjer for fritagelse, i det omfang de giver erhvervspensionsfondene ret til efter eget skøn at træffe afgørelser om begæringer om individuel fritagelse for tilslutningspligten, som kun er undergivet en marginal domstolsprøvelse.

5) I det omfang nationale regler kendes uforenelige med traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 86, kan de ikke finde anvendelse. Domstolen kan dog begrænse de tidsmæssige virkninger af sin dom.«