FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 28 januari 1999 *

Innehåll

I — Inledning I-5755

II — Nationell lagstiftning I-5756

III — Bakgrund till tvisterna vid de nationella domstolarna I-5762

A — Mål C-67/96, Albany International BV I-5762

B — De förenade målen C-115/97, C-116/97 och C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV I-5764

C — Mål C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken I-5766

IV — Upptagande till sakprövning I-5769

V — Tolkningsfrågornas omfattning I-5771

VI — Artikel 85.1 i fördraget I-5772

A — Komparativ jämförelse I-5774

B — Det materiella tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget I-5784

1. Finns det ett generellt undantag för det sociala området? I-5785

2. Finns det ett undantag för kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare? I-5787

a) Finns det en grundläggande rättighet att sluta kollektivavtal? I-5787

b) Uppmuntran till kollektiva förhandlingar i gemenskapsrätten I-5794

C — Avtal mellan företag I-5802

1. Företag eller företagssammanslutning I-5802

a) Arbetstagare I-5803

b) Fackföreningar I-5805

c) Arbetsgivare I-5807

2. Avtal eller andra typer av samordning I-5808

D — Konkurrensbegränsning I-5809

1. Avtalet att bilda en enda pensionsfond som arbetsgivarna och fackföreningarna gemensamt förvaltar I-5811

a) Konkurrensbegränsning med avseende på arbetsgivarna I-5812

b) Begränsningar vad gäller pensionsförsäkringsbolagen I-5816

* Originalspråk: engelska.

2. Överenskommelsen om att gemensamt med fackföreningarna ansöka hos behörig minister om obligatorisk anslutning för alla företag inom branschen I-5818

VII — Artiklarna 5 och 85 ..... I-5820

VIII — Kvalificeringen av de nederländska tjänstepensionsfonderna som företag I-5822

IX — Artiklarna 90 och 86 ..... I-5835

A — Tillämpligheten av artikel 90.1: företag som har kommit i åtnjutande av särskilda eller exklusiva rättigheter I-5840

B — Tillämpligheten av artikel 86: en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden I-5841

C — Nationella åtgärder som står i strid med artiklarna 90 och 86 ..... I-5842

1. Förenligheten av obligatorisk anslutning med artiklarna 90 och 86 .... I-5842

a) ERT-fallen I-5844

b) Höfner och Elser-fallen I-5846

c) Corbeau-fallen I-5849

2. Reglerna om skönsmässigt utrymme vid beviljandet av dispenser från obligatorisk anslutning I-5853

X — Rättsverkningar av domstolens dom I-5858

XI — Förslag till avgörande I-5861

I — Inledning

1. I dessa mål har Hoge Raad der Nederlanden samt Kantongerecht Roermond och Arnhem, Nederländerna, begärt att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande avseende ett flertal frågor som rör förenligheten av ett system med obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonder med gemenskapernas konkurrensregler. Frågorna har uppstått i samband med förfaranden där tre företag har bestritt betalningsanmaningar avseende avgifter som utfärdats av pensionsfonder i enlighet med respektive system.

2. I dessa mål väcks många generellt viktiga frågor som först måste besvaras, innan de egentliga sakfrågorna kan behandlas. I alla tre fallen uppstår frågan huruvida ett nationellt system som på ansökan av organisationer som företräder arbetsgivare och arbetstagare i en viss bransch gör anslutning till tjänstepensionsfonder obligatorisk för samtliga företag i branschen utgör en överträdelse av antingen artikel 5 jämförd med artikel 85 i EG-fördraget, eller artikel 90.1 jämförd med artikel 86 i EG-

fördraget. Vad avser artikel 5 jämförd med artikel 85 uppstår även frågan huruvida ett kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare inom en viss bransch om att upprätta ett tjänstepensionssystem omfattas av artikel 85.1 i fördraget. För första gången skall därmed domstolen uttala sig om förhållandet mellan konkurrensreglerna i fördraget och kollektivavtal slutna mellan arbetsmarknadens parter. En ytterligare fråga som är relevant för tillämpligheten av artiklarna 90.1 och 86 i fördraget är huruvida de nederländska tjänstepensionsfonderna med obligatorisk anslutning kan anses utgöra företag i den mening som avses i fördragets konkurrensregler.

II — Nationell lagstiftning

3. Det nederländska pensionssystemet synes bestå av tre delar:

— Den första delen består av en lagstadgad grundpension, som beviljas av staten enligt Algemene Ouderdomswet [1] (lag om inrättande av allmän ålderspension, nedan kallad AOW) och Algemene Nabestaandenwet (nederländsk lag om allmän efterlevandeförsäkring). Denna pension ger hela befolkningen en förmån till ett fast belopp som motsvarar en viss andel av minimilönen. Deltagande är obligatoriskt.

— För det andra finns för det mesta kompletterande pensioner, vilka har tecknats genom anställning eller egenföretagande. Dessa kompletterande pensioner förvaltas vanligtvis genom kollektiva system och omfattar en del av en bransch, ett yrke eller ett företags anställda.

— Slutligen finns det individuella pensionsförsäkrings- eller livförsäkringsavtal som kan slutas på frivillig basis.

4. Alla de nu aktuella målen avser tjänstepensionssystem som hör till den andra kategorin med kompletterande pensioner för arbetstagare. Dessa pensioner är på så sätt annorlunda än de som avsågs i målet Van Schijndel och Van Veen, [2] där det var fråga om pension för vissa yrkesutövare.

1 — *Stb.* 1956, 281.

2 — Dom av den 14 december 1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, Van Schijndel och Van Veen (REG 1995, s. I-4705).

5. Enligt nederländsk lag har en arbetsgivare i princip själv full frihet att besluta om han vill erbjuda en kompletterande pension till sina arbetstagare eller inte. Om han vill göra detta kan han upprätta ett företagspensionssystem antingen i form av en företagspensionsfond eller genom ett gruppförsäkringsavtal med ett försäkringsbolag. Han kan också välja att upprätta en tjänstepensionsfond tillsammans med andra arbetsgivare eller att ansluta sig till redan existerande tjänstepensionsfonder i branschen.

6. I praktiken är emellertid arbetsgivarna ofta hänvisade till att ansluta sina arbetstagare till obligatoriska tjänstepensionsfonder för branschen. Sådana fonder har upprättats genom kollektivavtal mellan företrädare för arbetsgivare och arbetstagare inom en viss bransch. Staten har sedan trätt in och gjort anslutning till pensionsfonderna obligatorisk.

7. Den första lagregleringen för dessa tjänstepensionsfonder är Wet betreffende verplichte delneming in een bedrijfspensioenfonds[3] (den nederländska lagen av den 17 mars 1949 om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond, nedan kallad BPW) med senare genomförda ändringar.

8. Den viktigaste bestämmelsen i den lagen återfinns i dess artikel 3.1. Däri bemyndigas socialministern att, på ansökan från en branschorganisation som anses tillräckligt representativ för branschen, utfärda en kungörelse som gör anslutning till en tjänstepensionsfond obligatorisk för alla som tillhör en viss bransch. Ansökan från branschorganisationen är en förutsättning för socialministerns befogenhet att agera. Innan ministern utfärdar en kungörelse måste han även samråda med bland annat Sociaal-Economische Raad (ekonomiska och sociala rådet) samt Verzekeringskamer (försäkringskammaren), vilka ansvarar för tillsynen över försäkrings- och pensionsfonder.

9. Enligt artikel 3.2 BPW är samtliga personer som omfattas av kungörelsen tillsammans med sina arbetsgivare skyldiga att iaktta reglerna för tjänstepensionsfonden i branschen. Dessa skyldigheter, även skyldigheten att betala avgifter till pensionsfonderna, kan verkställas på rättslig väg. Enligt artikel 18 är pensionsfonderna bemyndigade att utfärda en verkställbar betalningsanmaning avseende obetalda avgifter.

10. Under det arbete som föregick antagandet av BPW gav den nederländska regeringen följande förklaring rörande syf-

3 — *Stb.* 1949, J 121.

tet med regleringen om obligatorisk anslutning: [4]

"... Det nu aktuella lagförslaget syftar till att reglera området för pensionssystem för enskilda på ett liknande sätt som i Wet op het Algemeen Verbindend Verklaren van Bepalingen van Collectieve Arbeidsovereenkomsten (lag som gör villkor i kollektiva anställningsavtal generellt bindande) med avseende på arbetsvillkoren. Lagförslaget syftar därmed till att undanröja möjligheten för vissa arbetsgivare i branschen att skaffa sig en fördel gentemot konkurrerande arbetsgivare genom att inte bevilja pension...".

Den dåvarande socialministern uppgav följande: [5]

"... tjänstepensionsförsäkring av den typ som avses i detta lagförslag är särskilt fördelaktig eftersom den baseras på ett kollektivförsäkringsbegrepp, det vill säga föreställningen om att aktörerna i en speciell bransch, framför allt arbetsgivare och arbetstagare..., kollektivt borde ansvara för att samla in nödvändiga medel för att kunna tillförsäkra att alla personer, som har arbetat ett tillräckligt antal år inom branschen och uppnått en viss ålder, skall kunna erhålla de förmåner som de behöver. Om detta i stället sker på individuell basis — vilket sker i vissa fall — och inga andra åtgärder vidtas, blir konsekvenserna att de som har de mest gynnsamma förhållandena också får lätt att försörja sig själva, i motsats till de som är mindre lyckligt lottade."

11. Enligt artikel 5.2 BPW måste en rad villkor vara uppfyllda innan socialministern kan besluta om obligatorisk anslutning. Enligt artikel 5.2 IV måste exempelvis företrädarna för arbetsgivarna och arbetstagarna ha lika många platser i förvaltningskommittén och enligt 5.2 V måste pensionsfonden vara en juridisk person.

12. I artikel 5.2 II BPW redogörs för en rad frågor som måste tas upp i tjänstepensionsfondernas regler och stadgar. Enligt artikel 5.2 II l måste fondens stadgar och regler till exempel ge utrymme för möjlighet till dispens från skyldigheten att ansluta sig till fonden under vissa omständigheter eller i vart fall möjlighet till dispens från vissa skyldigheter gentemot fonden.

13. I artikel 5.3 bemyndigas socialministern att anta "richtlijnen" (riktlinjer) om undantag från den obligatoriska anslut-

4 — Kamerstukken II 1948-1949, 785, nr 5, s. 2.
5 — Hand. II, den 1 februari 1949, s. 1101.

ningen. Med stöd av denna bestämmelse utfärdade den behöriga ministern Beschikking van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspenisoenfonds wegen een bijzondere pensionvoorziening (beslut av den 29 december 1952 om antagande av riktlinjer för dispens från anslutning till en tjänstepensionsfond, på grund av anslutning till ett särskilt pensionssystem — nedan kallad riktlinjerna om dispens från anslutning eller riktlinjerna — därefter ändrade flera gånger). [6]

14. Enligt artikel 1 i dessa riktlinjer, i den version som är tillämplig i de nu aktuella målen, är det tjänstepensionsfonderna själva som beviljar eventuell dispens. Dispens måste dock först ansökas om antingen individuellt av en arbetstagare eller, som i de nu aktuella målen, av en arbetsgivare för samtliga sina anställda.

15. Enligt artikel 1 i riktlinjerna får tjänstepensionsfonden bevilja dispens från obligatorisk anslutning i de fall där det deltagande företaget har ett eget pensionssystem och villkoren i artikel 1 a—1 d i riktlinjerna är uppfyllda. I artikel 1 a anges de alternativa pensionssystem som godtas, nämligen en företagspensionsfond, en annan tjänstepensionsfond eller ett gruppförsäkringsavtal med en privat försäkringsgivare. Enligt artikel 1 b måste de förmåner som ges genom företagets särskilda pensionssystem åtminstone motsvara de som ges genom tjänstepensionsfonden. I artikel 1 c föreskrivs att de alternativa systemen måste ha tillräckliga garantier för att skyldigheterna skall säkerställas på ett tillfredsställande sätt. I artikel 1 d föreskrivs att en skälig ersättning skall betalas för den skada ur försäkringsteknisk synvinkel som tjänstepensionsfonden kan komma att lida, om ett beslut om dispens medför att arbetstagare utträder från fonden.

16. I artikel 5 i riktlinjerna föreskrivs att en dispens skall beviljas om de ovannämnda villkoren är uppfyllda och det särskilda pensionssystemet har varit i kraft under minst sex månader före det att ansökan ingavs med stöd av vilken anslutning till tjänstepensionsfonden har blivit obligatorisk.

17. Enligt artikel 8 i riktlinjerna måste ett beslut om dispens innehålla en motivering och en kopia av beslutet skall skickas till försäkringskammaren.

18. Artikel 9 i riktlinjerna ger en möjlighet att inge klagomål ("bezwaar") mot en tjänstepensionsfonds avslagsbeslut om dispens. Klagomålet prövas av försäkringskammaren. Enligt den nederländska regeringen är försäkringskammarens beslut rättsligt sett enbart att se som ett försök till förlikning och det har ingen tvingande

6 — *Staatscourant* 1953, 1.

rättsverkan. Försäkringskammarens beslut kan inte överklagas.

19. Enligt den nederländska regeringen har dispenser tidigare beviljats i fall där ett företag som ingick i en koncern hade en egen policy vad gäller arbetsvillkor, eller där en arbetsgivare endast under en begränsad tid hade omfattats av skyldigheten att ansluta sig till tjänstepensionsfonden. Sökandena har vid sammanträdet tvärtom hävdat att dispenser i praktiken nästan aldrig har beviljats, eller i vart fall i mycket få fall. Jag kommer nedan att kommentera nyligen gjorda tillägg med avseende på dispenserna.

20. Enligt artikel 3.4 BPW kan socialministern upphäva beslut om obligatorisk anslutning för en hel bransch. Enligt artikel 3.5 BPW måste socialministern upphäva ett beslut om obligatorisk anslutning om stadgarna och reglerna för en tjänstepensionsfond ändras, såvida han inte förklarar att han inte har något att invända mot ändringarna.

21. Det andra relevanta regelverket som är tillämpligt på tjänstepensionsfonder är Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (lag av den 15 maj 1962 om pensionsfonder och sparfonder — nedan kallad PSW). Lagen utgör en ramlagstiftning för alla kategorier av pensions- och sparfonder och dess syfte är att skydda försäkrade individer om arbetsgivaren upprättar ett sådant system, genom att försöka säkerställa att fonder som är avsedda för pensioner faktiskt används till detta.

22. För att uppnå detta syfte ålägger artikel 2.1 PSW arbetsgivarna att välja ett av de tre system som är avsedda att skilja insamlat pensionskapital från företagets övriga tillgångar. Arbetsgivarna kan ansluta sig till en tjänstepensionsfond, bilda en företagspensionsfond eller teckna gruppförsäkringsavtal eller individuella livförsäkringar hos ett försäkringsbolag.

23. I artikel 1.6 PSW anges att lagen även är tillämplig på tjänstepensionsfonder med obligatorisk anslutning enligt BPW.

24. Enligt artiklarna 6 a och 6 b PSW, vilka infördes år 1990, måste förvaltningskommittén för varje tjänstepensionsfond på begäran av ett visst antal anslutna personer bilda ett "deelnemersrad" (råd för anslutna personer). Detta råd har rådgivande uppgifter avseende förvaltningen av tjänstepensionsfondens medel.

25. I de försäkrades intresse föreskrivs i artiklarna 9 och 10 PSW villkoren för förvaltning av det insamlade kapitalet.

Artikel 9 utgör den allmänna regeln och ålägger tjänstepensionsfonderna att överföra de risker som hör samman med pensionsåtaganden eller att återförsäkra dessa risker. För att således undanröja risken för en felaktig förvaltning eller dåliga investeringar, får tjänstepensionsfonden lov att använda det insamlade kapitalet enbart för avtal med försäkringsbolag.

26. Enligt artikel 10 är det som undantag från denna regel tillåtet för pensionsfonderna att på egen risk själva förvalta och investera insamlat kapital. För att få göra detta krävs att pensionsfonden inger en förvaltningsplan till ansvariga myndigheter i vilken det tydligt anges på vilket sätt pensionsfonden avser att skydda sig mot försäkringsrisker och ekonomiska risker. Planen skall godkännas av försäkringskammaren. Dessutom står pensionsfonderna under ständig övervakning. Pensionssystemets räkenskaper skall regelbundet inges till försäkringskammaren för godkännande. I praktiken förvaltar nästan alla pensionsfonder själva sina medel på detta sätt och undantaget har därför i stället kommit att utgöra huvudregeln. [7]

27. I artiklarna 13—16 PSW anges reglerna för investering av insamlade belopp. Enligt artikel 13 skall systemets tillgångar jämte beräknade intäkter vara tillräckliga för att täcka pensionsåtagandena. I artikel 14 anges att investeringarna skall göras "op solide wijze" (med försiktighet).

28. Den nederländska skattelagstiftningen spelar också en viss roll i de nu aktuella målen. Kommissionen har hävdat att den nederländska lagstiftningen begränsar möjligheterna till skattelättnader för pensioner till fall där den totala pensionen inte överskrider en "skälig" nivå. I praktiken har den nivån bestämts till 70 procent av en enskilds slutliga lön efter 40 yrkesverksamma år. I praktiken begränsar därmed lagstiftningen hur stora förmåner som kan utgå enligt pensionssystemen.

29. Enligt den nederländska regeringen existerar 81 tjänstepensionsfonder i Nederländerna. Till 66 av dessa har anslutning gjorts obligatorisk. Enligt fonderna deltar 91,6 procent av de personer som är anslutna till en tjänstepensionsfond i fonder med obligatorisk anslutning. 80 procent av arbetstagarna i Nederländerna har obligatoriskt anslutits till tjänstepensionsfonder.

30. För de 15 tjänstepensionsfonder som inte har obligatorisk anslutning har den nederländska regeringen uppgett att en sådan anslutning inte är nödvändig i de flesta fall, antingen på grund av att kol-

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

lektivavtal redan faktiskt ålägger arbetsgivarna att ansluta sina arbetstagare till en fond, eller på grund av att det inom vissa branscher bara finns några få stora arbetsgivare som redan har valt att ansluta sina arbetstagare till en tjänstepensionsfond i den branschen. Enligt den nederländska regeringen täcker de kvarvarande frivilliga tjänstepensionsfonderna endast ett begränsat antal små branscher eller branscher i vilka det knappt finns någon verksamhet längre.

III — Bakgrund till tvisterna vid de nationella domstolarna

A — *Mål C-67/96, Albany International BV*

31. Svaranden i målet vid den nationella domstolen, Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (nedan kallad textilindustrifonden eller fonden), är en tjänstepensionsfond inom textilindustrin och faller inom BPW:s definition av en tjänstepensionsfond. Sökanden i målet, Albany International BV (nedan kallat Albany), är ett företag som är verksamt i bland annat denna bransch.

32. Enligt parterna i målet och den nederländska regeringen blev anslutning till flera tjänstepensionsfonder, som täckte olika delar av textilbranschen, obligatorisk genom en lag från år 1952 efter ansökan från både arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. Ett antal fusioner av fonderna genomfördes därefter och år 1975 skedde den sista fusionen mellan de då två kvarvarande tjänstepensionsfonderna inom textilbranschen. Eftersom det därefter fanns endast en tjänstepensionsfond för hela textilbranschen, blev det också nödvändigt att utfärda en ny lag som gjorde anslutning till denna kvarvarande fond, det vill säga svaranden, obligatorisk. Albany har sedan år 1975 fullgjort sin skyldighet att ansluta sig till systemet.

33. Sedan 1975 har fondens pensionsförmåner inte varit proportionella till den lön som en försäkrad har uppburit, utan har bestått av ett fast belopp per yrkesverksamt år. Enligt Albany har en försäkrad som mest kunnat erhålla 200 HFL per månad i pension efter att ha arbetat i 50 år.

34. År 1981 startade Albany därför i samarbete med ett försäkringsbolag ett kompletterande pensionssystem. I kombination med den grundläggande pensionen enligt AOW och tilläggspensionen från fonden kunde en person som varit yrkesverksam i 40 år genom Albanys kompletterande system komma att erhålla 70 procent av sin slutlön i sammanlagd pension.

35. Efter förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter ändrade fonden den 1 janu-

ari 1989 reglerna för sitt kompletterande pensionssystem och införde ett lönebaserat pensionssystem. Syftet med ändringen var, likt syftet med Albanys system, att en arbetstagare efter 40 yrkesverksamma år skulle kunna få ut 70 procent av sin slutlön i sammanlagd pension.

36. Albany ansåg trots allt sitt system vara mer förmånligt för arbetstagarna än det nya systemet och att de förändringar av systemet som skulle behöva göras med anledning av fondens ändrade reglering skulle vara för arbetskrävande och orimligt omfattande. Albany ansökte därför hos fonden om att få dispens från att delta i fondens pensionssystem.

37. Fonden avslog den 28 december 1990 Albanys ansökan om dispens. Som skäl för sitt beslut anförde fonden bland annat att den enligt riktlinjerna om dispens inte var tvungen att bevilja dispens, eftersom Albanys eget pensionssystem inte hade varit i kraft under sex månader före det att ansökan ingavs genom vilken anslutning till fonden hade gjorts obligatorisk. Endast om Albany hade infört sitt system före år 1975 hade det enligt fonden kunnat få dispens.

38. Albany överklagade beslutet till försäkringskammaren. I skrivelse till parterna den 18 mars 1992 förklarade försäkringskammaren att fonden enligt riktlinjerna om dispens inte hade varit skyldig att bevilja Albany dispens.

39. Försäkringskammaren tillade emellertid följande:

"Eftersom klaganden under flera års tid före det att fonden ändrade sitt pensionssystem (den 1 januari 1989) har tillhandahållit sina anställda ett kompletterande pensionssystem vilket i vart fall motsvarade fondens ändrade system, anser försäkringskammaren att det är rimligt att fonden bör använda sig av befogenheten att bevilja en dispens eller, för det fall den kan visa försäkringskammaren — vilket den ännu inte har gjort — att en flexibel bedömning i detta fall av någon anledning inte är berättigad, i vart fall bevilja en uppsägningstid."

40. Trots detta uttalande från försäkringskammaren ändrade fonden inte sitt tidigare beslut. Den 11 november 1992 delgav fonden i stället Albany en betalningsanmaning att enligt artikel 18 BPW betala avgift till fonden för år 1989 samt ränta på beloppet och kostnader för inkasso.

41. Albany väckte talan och bestred betalningsanmaningen vid Kantongerecht te

Arnhem och anförde bland annat att det nederländska systemet med obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonder var oförenligt med konkurrensreglerna i fördraget.

42. Kantongerecht anslöt sig till försäkringskammarens åsikt om att Albanys pensionssystem i vart fall motsvarade fondens system som infördes den 1 januari 1989. Kantongerecht anförde vidare att förhållandet mellan fonden och en ansluten person reglerades av "kraven på skälighet samt de allmänna principerna om god förvaltning". Därav ansågs följa att alla tjänstepensionsfonder noga skulle beakta utlåtandet från försäkringskammaren, en fristående myndighet som tillsatts genom lag, innan de fattade beslut i frågor om dispens.

43. Vad avsåg den överträdelse av gemenskapsrätten som hade gjorts gällande, beslutade Kantongerecht den 4 mars 1996 att begära ett förhandsavgörande avseende följande frågor.

"1. Är en tjänstepensionsfond i den mening som avses i artikel 1.1 b BPW ett företag i den mening som avses i artiklarna 85, 86 eller 90 i EG-fördraget?

2. Om fråga 1 besvaras jakande, är införande av obligatorisk anslutning för industriföretag en sådan åtgärd av en medlemsstat som förtar den ändamålsenliga verkan av de konkurrensbestämmelser som är tillämpliga på företag?

3. Om fråga 2 besvaras nekande, kan då andra omständigheter leda till att den obligatoriska anslutningen är oförenlig med vad som föreskrivs i artikel 90 i fördraget och om så är fallet, vilka är dessa omständigheter?"

B — *De förenade målen C-115/97, C-116/97 och C-117/97, Brentjens' Handelsonderneming BV*

44. Efter ansökan av den 8 mars 1958 från företrädare för arbetstagare och arbetsgivare i byggnadsmaterialbranschen utfärdade socialministern den 28 juni 1958 en kungörelse (nedan kallad kungörelsen från 1958 eller kungörelsen) varigenom anslutning till Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handle in Bouwmaterialen (nedan kallad byggnadsmaterialfonden eller fonden) gjordes obligatorisk. Kungörelsen, som bygger på BPW, har därefter ändrats vid ett flertal tillfällen. Den är tillämplig på arbetstagare mellan 23 och 64 år i företag

vars enda eller huvudsakliga verksamhet är partihandel med byggnadsmaterial.

45. Enligt parterna i målet har fondens pensionsförmåner inte varit proportionella till den lön en försäkrad har uppburit, utan har bestått av ett fast belopp per yrkesverksamt år vilket är lika stort för alla arbetstagare. Enligt fonden uppgår det maximala pensionsbeloppet till 5 300 HFL per år, beroende på hur länge den försäkrade har varit anställd. I praktiken har majoriteten av arbetstagarna uppnått en sammanlagd pension som motsvarar 70 procent av slutlönen.

46. Brentjens' Handelsonderneming BV (nedan kallat Brentjens) påbörjade sin kommersiella verksamhet år 1963. Den 1 januari 1968 upprättade Brentjens pensionsavtal för sina anställda med ett livförsäkringsbolag, De NV Levensverzekerings Maatschappij de Nederlanden van 1870. Detta sistnämnda bolag blev sedermera Generali Levensverzekeringsmaatschappij NV (nedan kallat Generali) och kom att tillhöra den italienska försäkringsgruppen Assicurazioni Generali. Bolaget var emellertid nederländskt och löd under Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (1993 års lag om försäkringskontroll).

47. Fonden blev varse Brentjens existens 1989 och anslöt bolaget till sitt pensionssystem den 1 januari 1990. Fonden respekterade emellertid Brentjen's eget existerande system genom att retroaktivt ge dispens för avgifter till fonden för perioden från år 1963 till den 1 januari 1990.

48. Brentjens ansåg emellertid att det pensionssystem som det hade med Generali var överlägset fondens system både vad gällde avgifternas storlek och de förmåner som erbjöds. Brentjens ansökte därför om dispens från obligatorisk anslutning. Genom beslut av den 23 augusti 1994 avslog fonden Brentjens ansökan. Brentjens överklagade beslutet till försäkringskammaren. Försäkringskammaren avslog överklagandet genom beslut av den 18 maj 1995 och bedömde att fondens beslut var korrekt.

49. Den 13 maj 1996 delgav fonden Brentjens tre separata betalningsanmaningar för utestående avgifter enligt dess pensionsregler avseende åren 1990—1994, 1995 och 1996.

50. Brentjens väckte talan och bestred betalningsanmaningarna i tre olika mål vid Kantongerecht Roermond. Brentjens tycks samtidigt, tillsammans med Generali, ha ingett ett klagomål mot Nederländerna och fonden till kommissionen och gjorde gällande överträdelser mot artiklarna 3g, 5

och 85, 90 och 86 samt 52 och 59 i fördraget.

51. Den 18 mars 1997 meddelade Kantgongerecht te Roermond tre identiska domar och avslog tre av Brentjens fyra grunder. Vad avser den fjärde grunden, nämligen att den obligatoriska anslutningen till fonden stred mot gemenskapsrätten, begärde Kantongerecht ett förhandsavgörande från domstolen avseende följande frågor:

"1) Skall artikel 85.1 i EG-fördraget tolkas så, att det är fråga om ett avtal mellan företag eller ett beslut av en företagssammanslutning, som begränsar konkurrensen eller påverkar handeln mellan medlemsstaterna, i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget, när arbetsmarknadens parter i en viss bransch ingår avtal beträffande pensioner, vilka innebär att det skall upprättas en enda tjänstepensionsfond för hela branschen, till vilken i princip samtliga arbetstagare som är verksamma i branschen obligatoriskt kommer att anslutas och vilken kommer att få ensamrätt avseende förvaltningen av de inom branschen insamlade pensionsmedlen?

2) Skall artiklarna 3 g, 5 och 85 i EG-fördraget vid en samlad bedömning tolkas så, att det är fråga om överträdelse av dessa artiklar när myndigheterna föreskriver att företag inom en viss bransch skall anslutas till en sådan tjänstepensionsfond som beskrivs under 1?

3) Skall begreppet 'företag' i den mening som avses i konkurrensreglerna i EG-fördraget (artiklarna 85—94 i EG-fördraget) tolkas så, att det omfattar en tjänstepensionsfond i den mening som avses i Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (lag om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond)?

4) Skall artiklarna 86 och 90 i EG-fördraget vid en samlad bedömning tolkas så, att det är fråga om överträdelse av dessa bestämmelser då myndigheterna ger en tjänstepensionsfond en ensamrätt, som innebär en allvarlig begränsning av friheten att teckna en pensionsförsäkring hos ett enskilt försäkringsbolag?"

C — *Mål C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken*

52. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, BV Maatschappij Drijvende Bokken (nedan kallat Drijvende Bokken), hyr ut pontonkranar, ofta tillsammans med bogserbåtar, för användning inom offshoreindustrin vid byggnadsarbeten, skeppsvarv,

kemisk industri eller för att i övrigt lyfta tunga laster till pontoner eller fartyg.

53. Motparten i målet vid den nationella domstolen, Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (nedan kallad hamnfonden eller fonden), är en sådan tjänstepensionsfond som avses i BPW. Genom en kungörelse av den 9 september 1959 (nedan kallad 1959 års kungörelse eller kungörelsen) gjorde statssekreteraren, på bemyndigande av social- och arbetsmarknadsministern, anslutning till fonden obligatorisk för alla manliga arbetare över 18 år och som arbetade i ett hamnföretag i Rotterdams hamnområde. Genom en kungörelse av den 17 december 1991 utvidgades kungörelsens tillämpningsområde till att avse samtliga arbetstagare som vanligen arbetar i ett hamnföretag eller därmed jämförbart företag.

54. Enligt Drijvende Bokken har fondens pensionsförmåner inte varit proportionella till den lön en försäkrad har uppburit, utan schablonmässiga.

55. Drijvende Bokken ansåg att det inte omfattades av kungörelsen och anslöt sig därför till en annan pensionsfond. Efter det att kungörelsens tillämpningsområde utvidgats år 1991, hävdade fonden att Drijvende Bokken omfattades av kungörelsen och att anslutning till fonden därför var obligatorisk för Drijvende Bokkens anställda. Fonden delgav därför Drijvende Bokken en betalningsanmaning om sammanlagt 132 000 HFL, avseende avgifter jämte ränta och kostnader.

56. Drijvende Bokken väckte talan och bestred betalningsanmaningen vid Kantongerecht. Drijvende Bokken anförde som grund för sitt bestridande i första hand att det inte omfattades av kungörelsen och i andra hand att den obligatoriska anslutningen till fonden inte var förenlig med konkurrensreglerna i gemenskapsrätten.

57. Kantongerecht fastslog att Drijvende Bokkens arbetstagare inte var anställda hos ett hamnföretag i den mening som avses i kungörelsen och att talan därför var grundad.

58. Fonden överklagade domen till Arrondissementsrechtbank som fann att Drijvende Bokkens arbetstagare arbetade i ett hamnföretag eller därmed jämförbart företag och att Drijvende Bokken därför omfattades av kungörelsen. Arrondissementsrechtbank anförde vidare att fonden inte kunde anses vara ett sådant företag som avses i artiklarna 85 och 86 i fördraget, utan snarare var att se som en institution för social trygghet. Arrondissementsrechtbank lämnade därför Drijvende Bokkens invändning om att den obligatoriska

anslutningen till fonden stred mot konkurrensreglerna inom gemenskapsrätten utan bifall.

59. Drijvende Bokken överklagade emellertid Arrondissementsrechtbanks dom till Hoge Raad. Som enda grund för överklagandet anförde Drijvende Bokken att den obligatoriska anslutningen stred mot gemenskapsrätten. Hoge Raad beslutade att begära ett förhandsavgörande från domstolen avseende följande frågor:

"1) Skall en tjänstepensionsfond, såsom [fonden], med obligatorisk anslutning för samtliga eller en eller flera bestämda grupper av arbetstagare enligt [BPW], anses som ett företag i den mening som avses i artiklarna 85, 96 eller 90 i EG-fördraget?

2) Innebär den omständigheten att ett antal organisationer, som ministern senare anser vara tillräckligt representativa för arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna i den mening som avses i artikel 3 första stycket [BPW], med stöd av denna bestämmelse ansöker hos ministern om obligatorisk anslutning till en viss pensionsfond i den mening som avses i denna lag, att dessa organisationers gemensamma handlande är att anse som avtal mellan företag, som ett beslut av företagssammanslutningar eller som ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget som — i den mening som avses i denna bestämmelse i fördraget — 1) kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och 2) har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden?

3) Är införandet av ovannämnda obligatoriska anslutning att anse som en åtgärd som kan omintetgöra den ändamålsenliga verkan av de konkurrensbestämmelser som är tillämpliga på företagen, eller som en åtgärd genom vilken en medlemsstat påbjuder eller främjar uppkomsten av avtal som strider mot artikel 85 eller förstärker effekterna av dessa avtal, eller sker detta endast under vissa omständigheter, och om så är fallet, under vilka omständigheter?

4) Om föregående fråga besvaras nekande, kan andra omständigheter leda till att den obligatoriska anslutningen är oförenlig med artikel 90 i EG-fördraget, och om så är fallet, vilka omständigheter?

5) Kan den obligatoriska anslutningen anses medföra att en tjänstepensionsfond ges exklusiva rättigheter i den

mening som avses i artikel 90.1 i EG-fördraget, och tilldelas på så sätt en sådan tjänstepensionsfond en dominerande ställning, som fonden missbrukar redan genom att utöva de exklusiva rättigheter som den har tilldelats, särskilt på grund av att den obligatoriska anslutningen kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och på grund av att tillhandahållandet av tjänster har begränsats i strid med artikel 86.2 b till nackdel för de företag som är obligatoriskt anslutna och, i förekommande fall, för arbetstagarna? Kan obligatorisk anslutning ge upphov till en situation där en pensionsfond tvingas till ett sådant missbruk, eller hamnar i en situation som den inte hade kunnat åstadkomma utan att överträda artikel 86, på så sätt att något system med opåverkad konkurrens under alla omständigheter inte kan säkerställas?

6) Om den obligatoriska anslutningen strider mot gemenskapsrätten, innebär det att den rättsligt sett är ogiltig?"

IV — Upptagande till sakprövning

60. I mål C-67/96, Albany, har den franska och den nederländska regeringen åberopat domarna i målen Meilicke, [8] Telemarsicabruzzo m.fl. [9] och beslutet i målet Max Mara [10] och hävdat att frågorna inte kan prövas på den grunden att den hänskjutande domstolen inte på ett tillräckligt sätt har redovisat den relevanta rättsliga och faktiska bakgrunden till sina frågor. Kommissionen har på denna punkt anslutit sig till regeringarnas tvivel om att talan kan tas upp till sakprövning. Även i de förenade målen C-115/97, C-116/97 och C-117/97 har den franska regeringen gjort en liknande invändning.

61. Enligt domstolens praxis har en redovisning av relevanta rättsliga och faktiska omständigheter vid begäran av ett förhandsavgörande i huvudsak två syften.

62. För det första möjliggör den för domstolen att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten, som är användbar för den nationella domstolen. [11] Som domstolen också tidigare har anfört är behovet av fullgod information särskilt stort på konkurrensområdet vilket ofta kännetecknas av komplicerade faktiska och rättsliga förhållanden. [12] I detta avseende skall emellertid noteras att parterna i målet, den nederländska regeringen och kommissio-

8 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91 (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13).

9 — Dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90, C-321/90 och C-322/90 (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14).

10 — Beslut av den 21 december 1995 i mål C-307/95 (REG 1995, s. I-5083).

11 — Se domen i målet Meilicke, nämnd ovan i fotnot 8, punkt 26, och domen i de förenade målen Telemarsicabruzzo m.fl., nämnd ovan i fotnot 9, punkt 6.

12 — Domen i de förenade målen Telemarsicabruzzo m.fl., nämnd ovan i fotnot 9, punkt 7, och beslut av den 19 mars 1993 i mål C-157/92, Banchero (REG 1993, s. I-1085), punkt 5.

nen i sina yttranden har lämnat en stor mängd information till domstolen om såväl sakomständigheterna i målen som den nederländska lagstiftningen. Jag anser därför att domstolen kan besvara de nationella domstolarnas frågor, oaktat att dessa domstolars beslut om hänskjutande i vissa delar innehåller luckor.

63. För det andra möjliggör kravet på att lämna fullgod information om de rättsliga och faktiska omständigheterna för medlemsstaternas regeringar och andra intressenter att i enlighet med artikel 20 i stadgan för domstolen lämna in egna yttranden i målet. Domstolen har en skyldighet att tillse att denna möjlighet garanteras. [13] Härvid skall noteras att berörda parter delges endast begäran om förhandsavgörande. [14]

64. Vad avser först de rättsliga omständigheterna håller jag med kommissionen och de två regeringarna om att Kantongerecht i målet Albany har lämnat förhållandevis lite information. Den har nämligen bara lämnat hänvisningar till vissa av de regler i BPW som är tillämpliga. Kommissionen och regeringarna underrättades emellertid om de två parallella målen Brentjens och Drijvende Bokken fyra respektive tre månader före det att det skriftliga förfarandet i målet Albany skulle ha avslutats, vilket medförde att målet Albany förklarades vilande. Speciellt i målet Drijvende Bokken innehåller Hoge Raads begäran om förhandsavgörande till domstolen en detaljerad redogörelse av den nederländska lagstiftningen på området. Kommissionen samt den franska och den nederländska regeringen avgav sina yttranden i målet Albany efter att de avgav yttranden i målet Brentjens och samtidigt som i målet Drijvende Bokken. Av deras yttranden i målet Albany framgår att de kände till de andra målen. Det står därför också klart att de som haft för avsikt att avge yttranden har blivit tillräckligt underrättade om den nederländska lagstiftningen i tid för att kunna avge sådana yttranden.

65. Vad sedan avser sakomständigheterna håller jag inte med om att besluten om hänskjutande i målen Albany och Brentjens är för odetaljerade. I besluten om hänskjutande anges på ett klart sätt varför de hänskjutande domstolarna behöver en tolkning av gemenskapsrätten för att kunna döma i sina respektive mål. De hänskjutande domstolarna redogör också klart för det resonemang som ligger till grund för deras frågor till domstolen.

66. Det är därför min mening att samtliga tre mål kan tas upp till prövning av domstolen.

13 — Beslutet i målet Max Mara, nämnt ovan i fotnot 10, punkt 8, och beslut av den 13 mars 1996 i mål C-326/95, Banco de Fomento e Exterior (REG 1996, s. I-1385), punkt 7.

14 — Beslutet i målet Max Mara, nämnt ovan i fotnot 10, punkt 8, och beslut den 20 mars 1996 i mål C-2/96, Sunino och Data (REG 1996, s. I-1543), punkt 5.

V — Tolkningsfrågornas omfattning

67. I likhet med kommissionen anser jag att följande fem frågeställningar aktualiseras genom de hänskjutande domstolarnas frågor.

68. För det första uppstår frågan om det faktum att företrädare för arbetsgivare och arbetstagare inom en viss bransch kommer överens om att kollektivt upprätta en enda tjänstepensionsfond, med ensamrätt att förvalta de insamlade avgifterna och gemensamt ansöka hos myndigheterna om förordnande om obligatorisk anslutning till fonden för alla personer som hör till branschen, utgör en överträdelse av artikel 85.1 fördraget. [15] För det andra uppstår frågan om en medlemsstat överträder artikel 5 jämförd med artikel 85 i fördraget om den på begäran från de ovan nämnda representanterna förordnar om obligatorisk anslutning till fonden för alla företag inom den berörda branschen. [16] För det tredje uppstår frågan om de nederländska tjänstepensionsfonderna skall anses utgöra "företag" i den mening som avses i fördragets konkurrensregler. [17] För det fjärde uppstår frågan om en medlemsstat bryter mot artiklarna 86 och 90 i förening i fördraget, om den förordnar om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond och ger denna en exklusiv rätt att förvalta inbetalade avgifter. [18] För det femte uppstår slutligen frågan om vad rättsverkan blir av ett beslut där obligatorisk anslutning förklaras strida mot gemenskapsrätten. [19]

69. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har härutöver även hemställt att domstolen skall fastslå om den nederländska lagstiftningen är förenlig med artikel 90 jämförd med artiklarna 52 och 59 i fördraget. De har därvid hävdat att Kantongerecht Arnhem i målet Albany har tagit upp denna fråga i sin tredje fråga till domstolen när den undrat om "andra omständigheter" kan göra obligatorisk anslutning oförenlig med artikel 90 i fördraget.

70. Det står klart från Kantongerechts begäran om förhandsavgörande i målet Albany att den har formulerat sina frågor till domstolen utifrån Hoge Raads tre sista frågor i de förenade målen Van Schijndel och Van Veen, [20] vilka domstolen inte behövde pröva av processuella skäl. Det står likaså klart att Kantongerecht avsett de tre frågorna att endast beröra gemen-

15 — Fråga 1 i målet Brentjens, fråga 2 i målet Drijvende Bokken.

16 — Fråga 2 i målet Brentjens, fråga 3 i målet Drijvende Bokken, till viss del fråga 2 i målet Albany.

17 — Fråga 3 i målet Brentjens, fråga 1 i målet Drijvende Bokken, fråga 1 i målet Albany.

18 — Fråga 4 i målet Brentjens, fråga 4 och 5 i målet Drijvende Bokken, fråga 3 i målet Albany.

19 — Fråga 6 i målet Drijvende Bokken.

20 — Domen i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, se ovan fotnot 2.

skapens konkurrensregler. Ingenting i akten ger anledning anta att parterna eller den nationella domstolen har berört tillämpligheten av artiklarna 52 eller 59 i fördraget, vilka kräver att hinder för etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen undanröjs. I målet Albany, till skillnad från situationen i målet Brentjens där ett utländskt försäkringsbolag var inblandat genom sin nederländska filial, verkar det inte heller finnas någon gränsöverskridande omständighet. Jag anser därför att Kantongerechts fråga, även om den är mångtydigt formulerad, inte skall tolkas som att även avse tillämpligheten av artiklarna 52 eller 59 i fördraget.

VI — Artikel 85.1 i fördraget

71. Jag tar nu upp den första frågan, nämligen om det faktum att företrädare för arbetsgivare och arbetstagare inom en viss bransch kommer överens om att kollektivt bilda en tjänstespensionsfond med ensamrätt att förvalta inbetalade avgifter och gemensamt ansöka hos myndigheterna om förordnande om obligatorisk anslutning till fonden för alla personer som hör till branschen, utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.

72. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har hävdat att arbetsgivarna i den berörda branschen under dessa omständigheter överträder artikel 85.1 i fördraget. De har därvid uppgett följande som stöd för sitt påstående.

73. För det första finns sådana "avtal mellan företag" i den mening som avses i artikel 85.1 Varje kollektivavtal mellan företrädare för arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna innefattar nämligen en överenskommelse mellan arbetsgivarna att gemensamt förhandla och att bli bundna av resultatet av förhandlingarna. I de aktuella målen har samtliga arbetsgivare åtagit sig att ansluta sina arbetstagare till en viss pensionsfond och att rätta sig efter fondens regler.

74. För det andra begränsar avtalen konkurrensen enligt följande. Konkurrens mellan arbetsgivarna begränsas genom att en viktig kostnad harmoniseras för hela branschen. Friheten att välja det mest förmånliga pensionsavtalet begränsas också och arbetsgivare kan inte dra till sig arbetstagare genom att ställa mer förmånliga

pensionsavtal till förfogande. Vad avser marknaden för livförsäkringar utesluts försäkringsbolagen från en viktig del av marknaden.

75. För det tredje påverkar avtalen handeln mellan medlemsstater, eftersom de inblandade arbetsgivarna bedriver internationell verksamhet. Utländska försäkringsbolag förhindras också effektivt från att erbjuda tjänster över gränserna och från att etablera sig i Nederländerna genom filialer.

76. Avtalen påverkar också märkbart handeln mellan medlemsstaterna. Varje pensionsfond omfattar en hel bransch. Eftersom nästan samtliga branscher i Nederländerna har de ifrågavarande avtalen, måste den samlade effekten tas i beaktande.

77. Kommissionen, de tre regeringarna som har ingett yttranden till domstolen i denna fråga samt de fonder som är parter i målen vid de nationella domstolarna, har alla hävdat att artikel 85.1 i fördraget inte har överträtts. Som stöd för sin uppfattning har de anfört bland annat följande.

78. Kollektivavtal mellan representanter för arbetsgivare och arbetstagare omfattas inte av det materiella tillämpningsområdet för artikel 85.1. I andra hand har det hävdats att det inte finns några avtal mellan "företag", konkurrensbegränsningar eller handelspåverkan. Under alla förhållanden omfattas avtalen inte av artikel 85.1 enligt "de-minimis-doktrinen", eftersom deras inverkan på konkurrensen eller handeln är obetydlig.

79. Dessa resonemang ställer den grundläggande frågan om förhållandet mellan förbudet i artikel 85.1 i fördraget å ena sidan och kollektivavtal mellan arbetsmarknadens representanter å den andra sidan på sin spets. Domstolen har inte tidigare uttalat sig om detta förhållande.[21] Eftersom frågeställningen alltså är ny och domstolens svar kan få långtgående konsekvenser, kan det vara lämpligt att först undersöka hur frågan har reglerats i de olika medlemsstaternas samt i USA:s lagstiftning mot konkurrensbegränsande samverkan.

21 — Se emellertid generaladvokaten Lenz förslag till förhandsavgörande inför domen i målet C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkterna 273 och 274; se också kommissionens beslut 86/507/EEG av den 30 september 1986 om ett förfarande för tillämpning av artikel 185 i EG-fördraget (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee), (EGT L 295, 1986, s. 28) och svaret på den skriftliga frågan nr 777/89 (EGT C 328, 1990, s. 3). Jag kommer att behandla dessa yttranden mer i detalj nedan.

A — *Komparativ jämförelse*

80. I Frankrike tillämpas förbudet mot karteller [22] vid kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Enligt Conseil de la concurrence (konkurrensverket) är kollektivavtal som sådana inte uteslutna från konkurrensreglernas materiella tillämpningsområde. Friheten att sluta kollektivavtal anses utgöra en del av avtalsfriheten med därtill hörande liknande generella begränsningar såsom förbud mot karteller. [23] Fackföreningar ses som ekonomiska aktörer, vilka tillsammans med arbetsgivarna kan påverka konkurrensens utveckling. [24] Efter att ha analyserat det konkurrensbegränsande resultatet och jämfört det med de sociala fördelar som följer av avtalen, har Conseil de la concurrence emellertid fastställt att de flesta avtalsvillkoren i avtalen är förenliga med den franska konkurrensrätten. [25]

81. Ett bra exempel på hur Conseil de la concurrence har resonerat i denna del finner man i ett av dess yttranden i ett liknande mål som de nu aktuella, vilket gällde det franska systemet med "prévoyance collective". [26] Det systemet ger ytterligare sociala förmåner utöver förmånerna enligt det statliga socialförsäkringssystemet och täcker tre risktyper; för det första sjukdom och moderskap, för det andra arbetsoförmåga samt invaliditet och för det tredje dödsfall. Systemet upprättas, i vart fall delvis, genom kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. I dessa avtal bestäms, bland annat, att en "organisme de prévoyance" ensamt skall förvalta medlen. Genom en gemensam ansökan från arbetsgivare och arbetstagare görs anslutning till systemet ofta obligatorisk för hela branschen, genom beslut av behörig minister.

82. En sammanslutning för "assureurs-conseils" som ville erbjuda sina egna tjänster på marknaden för "prévoyance" anmälde systemets två sistnämnda delar till konkurrensverket, nämligen entreprenörens exklusiva rättighet samt den obligatoriska anslutningen av arbetstagare som inte tagit del i kollektivavtalsförhandlingarna. Conseil de la concurrence fastställde att "organismes de prévoyance" erbjöd tjänster och därför omfattades av konkurrensreglerna. Arbetsgivare och arbetstagare omfattades också av konkurrensreglerna antingen direkt eller indirekt genom sina representanter, såvitt gällde innehållet i deras kollektivavtal. Genom att utse en enda entreprenör utövade arbetsgivarnas och arbetstagarnas representanter emellertid endast

22 — Artikel 7, beslut nr 86-1243 av den 7 december 1986.

23 — Conseil de la concurrence, den 26 juni 1990, beslut nr 90-D-21, Syndicats d'artistes — interprètes.

24 — Dom av Cour d'appel de Paris av den 6 mars 1991 i målet Syndicat français des artistes interprètes et autres, som återges i *Contrats-Concurrence-Consommation*, 1991, 108: "[L]a prohibition édictée par l'ordonnance... intéresse toute forme de concertation, quels qu'en soient les auteurs et les victims directes, dès lors qu'objectivment elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché".

25 — Se skälen i beslutet från Conseil de la concurrence, ovan fotnot 23.

26 — Conseil de la concurrence, yttrande nr 92-A-01 av den 21 januari 1992, Syndicat francais des assureurs-conseils.

sin vanliga rätt att välja vilken entreprenör de ville teckna avtal med. Vad gällde kollektivavtalens utvidgning till hela branschen, fastslog Conseil de la concurrence att detta för det första bidrog till likvärdiga konkurrensvillkor inom branschen samt för det andra innebar ekonomiska och sociala framsteg. Konkurrensreglerna ansågs därför inte ha blivit överträdda.

83. I Finland utesluts genom artikel 2.1 i konkurrenslagen (480/1992 Laki kilpailunrajoituksista) avtal som gäller arbetsmarknaden från att omfattas av lagens tillämpningsområde. Enligt förarbetena till lagen har kollektivavtal rörande arbetsvillkor därmed kommit att skyddas från konkurrensreglerna. Förarbetena till lagen uttalar emellertid att konkurrensreglerna skall tillämpas på kollektivavtal som inte rör arbetsvillkor utan i stället till exempel de ekonomiska förhållandena mellan arbetsgivaren och hans klienter. [27]

84. Högsta förvaltningsdomstolen i Finland avgjorde i ett mål omfattningen av detta undantag. [28] Målet gällde ett kollektivavtal inom pappersindustrin vilket begränsade möjligheterna för arbetsgivarna att avtala om underleverantörskontrakt med oberoende entreprenörer för olika uppdrag, till exempel städning, vilka tidigare traditionellt hade skötts av arbetstagarna. Domstolen fastslog att endast avtalsklausuler som direkt påverkade arbetsvillkoren, såsom till exempel löner, arbetstider och anställningsskydd kunde undantas från reglerna om förbud mot kartellbildning. De aktuella begränsningarna ansågs därför inte omfattas av undantaget. Arbetstagarna ansågs nämligen tillräckligt skyddade genom en lagregel som förbjöd uppsägning som en följd av underleverantörskontrakt.

85. Genom artikel 2.1 i den i Danmark nyligen antagna konkurrenslagen [29] förklaras konkurrensreglerna vara tillämpliga på varje form av ekonomisk verksamhet. Enligt förarbetena skall begreppet "ekonomisk verksamhet" tolkas extensivt och förklaras omfatta alla typer av ekonomisk verksamhet på en marknad för varor och tjänster. Varken vinstsyfte eller någon särskild rättslig form krävs för att lagen skall kunna tillämpas.

86. Enligt artikel 3 är lagen emellertid inte tillämplig på löne- och arbetsvillkor. Enligt förarbetena till lagen är detta undantag

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

28 — KHO taltio 1586, den 11 april 1995.

29 — Lov nr. 384, den 10 juni 1997.

begränsat till förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.

87. Det framgår också av förarbetena till den nya lagen att undantaget måste tolkas i enlighet med tidigare lagar om monopol. En dom från Højesteret från 1965 [30] är därför fortfarande av vikt. Det målet handlade om ett kollektivavtal som uteslöt vissa konsumentgrupper från leveranser av kläder som tillverkats till lägre kostnad. Domstolen fastslog att undantaget inte var tillämpligt eftersom avtalet gick längre än att endast reglera löne- och arbetsvillkor. Lagen ansågs även tillämplig på "arbetsmarknadens parter" så länge de ägnade sig åt "sådana ekonomiska intressen". Det danska förbudet mot karteller är således tillämpligt på kollektivavtal "hänförliga till ekonomisk verksamhet" och vilka "inte reglerar löne- eller arbetsvillkor".

88. I Tyskland utesluts vissa ekonomiska områden och avtal från den federala konkurrenslagstiftningen (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nedan kallad GWB). Varken arbetsmarknaden eller kollektivavtal nämns emellertid uttryckligen som undantagna i lagstiftningen.

89. Det generella förbudet mot karteller gäller endast avtal "vilka sannolikt kan påverka... marknadsförhållandena med avseende på handel med varor eller kommersiella tjänster". [31] Enligt förarbetena till lagen kan förvärvsarbete inte kategoriseras som en "kommersiell tjänst". Kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare om löne- och arbetsvillkor är därför skyddade från förbudet mot karteller. [32]

90. Domstolarna och Bundeskartellamt (den federala konkurrensmyndigheten) har vid många tillfällen behövt pröva lagligheten av kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare som direkt eller indirekt genom arbetstidsscheman påverkade öppettider för affärer eller mer generellt arbetstider inom vissa branscher.

91. Bundesarbeitsgericht (federal arbetsdomstol) fastslog [33] att kollektivavtal mel-

30 — Ufr. 1965.634H jfr. 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 av den 27 juni 1989, 1 AZR 404/88, återges delvis i WuW/E VG 347.

lan arbetsgivare och arbetstagare i princip inte omfattades av konkurrensregleringen. Domstolen anförde inledningsvis att rätten att förhandla kollektivt var grundlagsskyddad genom artikel 9.3 i grundlagen (Grundgesetz). För det andra hade arbetsmarknaden som sådan en särställning i sammanhanget (ordnungspolitische Sonderstellung). För det tredje var villkoren för att paragraf 1 GWB skulle vara tillämplig inte uppfyllda, eftersom fackföreningar inte kunde kategoriseras som företag i konkurrenslagstiftningens mening då de inte är verksamma på marknaden för varor eller tjänster. Kollektivavtal ansågs därför inte utgöra avtal mellan företag. Som en följd av detta ansågs även de nödvändiga villkoren för att sluta ett kollektivavtal, nämligen arbetstagarens beslut att förhandla gemensamt, också stå utanför konkurrensregleringen. För det fjärde ansåg arbetsdomstolen att någon avvägning mellan intressen inte kunde låta sig göras i dessa fall, eftersom några klara normgivande kriterier inte fanns tillgängliga. För det femte sades förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan endast avse otillåten samverkan mellan arbetsgivare där kolletivavtalsformen användes för att dölja en konkurrensbegränsande kartell på marknaden för handel med varor eller tjänster.

92. Bundeskartellamt kom emellertid till en annan slutsats. I ett yttrande om ett kollektivavtal vilket direkt harmoniserade stängningstider för handel på lördagar och under semesterperioder inom grossistbranschen,[34] ansåg konkurrensverket att sådana avtal direkt påverkade marknaderna för varor och kommersiella tjänster och därför *a priori* inte skulle vara undantagna från paragraf 1 GWB. Bundeskartellamt särskiljde dessa avtal från avtal som enbart avsåg arbetstider.

93. Vid ett annat tillfälle gick Bundeskartellamt ännu längre.[35] Arbetsgivare och arbetstagare inom detaljhandeln hade kommit överens om harmoniserade arbetstidscheman som indirekt förhindrade affärsinnehavare från att ha öppet efter vissa tider. Bundeskartellamt ansåg att regleringen av arbetstider genom kollektivavtal utgjorde ett särskilt fall genom sin tudelade karaktär. Å ena sidan sades öppettider inom detaljhandeln i sig utgöra en viktig konkurrensfaktor. Fackföreningarna och arbetsgivarna påverkade indirekt men effektivt företagens agerande på marknaderna för varor och tjänster och utövade därför ekonomisk verksamhet. Å andra sidan sades rätten att förhandla kollektivt vara skyddad som en grundläggande rättighet under förutsättning att den avsåg arbetsvillkor. I sådana särskilda och ovanliga konfliktsituationer mellan dessa olika intressen ansåg Bundeskartellamt att endast en avvägning av intressena kunde leda till en användbar lösning. I det nämnda målet

34 — Brev från Bundeskartellamt av den 31 januari 1961 — Z2 — 121 100 — 465/60, återges i WuW/E BkartA 339.

35 — Skriftligt yttrande från Bundeskartellamt i tvist vid Landgericht Berlin av den 3 april 1989 — P-178/88, sammanfattat i WuW 1989, s. 563 och 564.

ansåg Bundeskartellamt att konkurrensintresset vägde tyngst.

94. Kammergericht (kammarrätten i Berlin) intog en tredje ståndpunkt efter överklagande [36] i målet om de arbetstidsscheman som Bundeskartellamt hade yttrat sig över. [37] Kammergericht ansåg att varken kollektivavtal eller avtalsparterna till sådana avtal *a priori* var undantagna från den tyska konkurrenslagstiftningen. Kollektivavtal om arbetsvillkor och löner var emellertid i de flesta fall lagliga, eftersom de sannolikt inte kunde påverka "marknadsförhållanden avseende handel med varor eller kommersiella tjänster" enligt paragraf 1 GWB. I det nämnda målet ansåg Kammergericht att de indirekta men effektiva begränsningarna av affärernas öppettider på marknaden för varor till följd av de kollektivavtal som var under prövning i princip ledde till en överträdelse av förbudet mot karteller. Avtal om arbetstider ansågs emellertid utgöra kärnan (im Kernbereich) av den grundläggande rättigheten i tysk rätt att förhandla kollektivt. Avtal med sådant innehåll förklarades därför vara skyddade från förbud i vanlig lagstiftning.

95. I Förenade kungariket kunde Secretary of State enligt Fair Trading Act 1973 begära att Monopolies and Mergers Commission (monopol- och fusionskommissionen) bedömde vissa konkurrensbegränsande förfaranden inom arbetsrätten och dessas inverkan på allmänintresset. Till först nyligen har denna möjlighet inte utnyttjats, eftersom konkurrenslagstiftningen i Förenade kungariket av tradition inte har tillämpats på arbetsrättsliga förhållanden. [38] År 1988 hänskjöts emellertid det första ärendet enligt lagen avseende vissa förfaranden inom TV- och filmbranschen. Monopolies and Mergers Commission ansåg att förfarandena inte stred mot allmänintresset. [39] Ställningstagandet har troligen inte kommit att bli inaktuellt genom den nya konkurrenslagen från år 1998, vilken i stort bygger på artiklarna 85 och 86 i fördraget.

96. I USA är fackföreningarnas verksamhet i princip skyddad från det förbud mot karteller som föreskrivs i Section 1 i Sherman Act, [40] genom både ett lagstadgat ("statutory exemption") och icke lagstadgat undantag ("non statutory exemption").

36 — Dom av Kammergericht av den 21 februari 1990 - Kart. U 4357/879, återgivet i WuW/E OLG 4531.

37 — Se fotnot 35.

38 — Whish, R., *Competition Law*, Butterworths, tredje upplagan, 1993, s. 77. Se också undantagen vid anställning i den tidigare Restrictive Trade Practices Act 1976, section 9 (6) om varor och section 18 (6) om tjänster: avtal om lön, arbetsvillkor, arbetstider och arbetsförhållanden kunde inte registreras.

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

40 — "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."

Undantagen har emellertid begränsade tillämpningsområden.

97. Vad avser det lagstadgade undantaget antog kongressen så tidigt som år 1914 Clayton Act, som syftade till att undanta fackföreningars ensidiga verksamhet i samband med arbetstvister från konkurrenslagstiftningen. Lagen uttryckte bland annat att "en människas arbete utgör inte en handelsvara". Lagstiftarens ändamål med lagen kom emellertid inte till fullo att verkställas, eftersom de federala domstolarna gav lagen en alltför snäv tolkning.[41] På grund härav antogs år 1932 Norris-La Guardia Act, i syfte att ytterligare utöka den tidigare givna möjligheten till undantag från konkurrensrätten. I målet USA mot Hutcheson[42] angav högsta domstolen de tre kriterier som måste vara uppfyllda för att undantaget skulle kunna bli tillämpligt. För det första måste en arbetstvist föreligga. För det andra måste fackföreningen agera i eget intresse ("self interest"). För det tredje får fackföreningarna inte samverka med grupper som inte är arbetstagare, till exempel arbetsgivare.

98. Även om avtal mellan fackföreningar och arbetstagare inte var undantagna från konkurrensrätten genom det lagstadgade undantaget, medgav högsta domstolen i senare avgöranden att även ett icke lagstadgat undantag existerade, även om detta i princip endast omfattade avtal om löne- och arbetsvillkor. I målet Connell[43] anförde högsta domstolen följande:

"Det icke lagstadgade undantaget har sitt upphov i den inflytelserika arbetsmarknadspolitiken som syftar till att gynna fackföreningar för att förhindra konkurrens om löne- och arbetsvillkor. Fackföreningarnas förmåga att organisera arbetstagare samt standardisera lönebildning påverkar i slutändan också priskonkurrensen mellan arbetsgivare. Arbetsrättens syften på federal nivå skulle emellertid aldrig kunna komma att förverkligas om denna påverkan av konkurrensen mellan företagen skulle anses stå i strid med konkurrensrätten. Domstolen har därför medgett att arbetsmarknadspolitiken kräver att man godtar en minskad konkurrens mellan företagen vad avser löne- och arbetsvillkor.... Arbetsmarknadspolitiken kräver emellertid helt klart inte att en fackförening skall ha friheten att kunna påtvinga arbetsgivarna direkta konkurrensbegränsningar. Medan det lagstadgade undantaget tillåter fackföreningar att genomföra vissa begränsningar genom ensidigt agerande..., tillerkänner det icke lagstadgade undantaget således inte fackföreningarna något liknande skydd i de fall fackföreningarna och grupper som inte är arbetstagare överenskommer om att begränsa konkurrensen på en viss marknad."

41 — Duplex Printing Press Co. mot Deering, 254 US 443.
42 — 312 US 219.
43 — Connell Construction mot Plumbers and Steamfitters Local Union nr 100, den 2 juni 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 förefaller lämpligt att vidare kort undersöka tre viktiga mål från USA:s högsta domstol avseende omfattningen av det icke lagstadgade undantaget.

100. Målet United Mine Workers of America mot Pennington [44] rörde en anmäld sammansvärjning mellan fackföreningar och stora kolföretag som påstods bland annat påtvinga alla aktörer inom branschen de lönenivåer som överenskommits i kollektivavtal, oavsett vad de hade för betalningsförmågor, för att därmed konkurrera ut de små företagen på marknaden.

101. Domtolens majoritet (sex röster mot tre) fastslog att agerandet inte var undantaget från konkurrensreglerna. Det lagstadgade undantaget var inte tillämpligt eftersom det existerade ett avtal mellan en fackförening och arbetsgivarna. Ett kollektivavtal om försäljningspriser för kol skulle utan tvekan anses utgöra en överträdelse av konkurrensreglerna. Lönebildning ansågs däremot utgöra kärnan i förhandlingar mellan fackföreningar och arbetsgivare. Verkan på producentmarknaden till följd av minskad konkurrens om lönebildning mellan arbetsgivare förklarades därför i princip inte vara "den typ av begränsning som kongressen avsåg i Sherman Act". Fackföreningar ansågs därför ha rätt att sluta löneavtal med en arbetsgivarförening och, i eget intresse och inte i samråd med en eller flera av arbetsgivarna i arbetsgivarföreningen, verka för att samma lönenivå även skulle gälla för övriga arbetsgivare. Domstolen uttalade emellertid också att "en grupp av arbetsgivare får inte avtala om att utesluta konkurrenter från marknaden och fackföreningen svarar solidariskt med dessa arbetsgivare för konsekvenserna om den tar del i ett sådant

44 — Den 7 juni 1965, 381 US 657.

avtal". Det påstådda avtalet mellan fackföreningen och de stora kolproducenterna med syfte att säkerställa enhetliga arbetsrättsliga normer för hela branschen var därför inte undantaget från konkurrensreglerna.

102. Målet Meat Cutters mot Jewel Tea Co.,[45] som avgjordes samma dag som det tidigare nämnda, tog upp frågan om öppettider för affärer. En lokal fackförening som representerade nästan samtliga slaktare i området slöt ett avtal med en handelsorganisation för livsmedelsdetaljister om att köttavdelningar i livsmedelsaffärer skulle ha öppet endast mellan kl 9 och 18 från måndag till lördag. Under strejkhot gick en arbetsgivare med på avtalsvillkoren, men stämde därefter fackföreningen och hävdade att avtalet var ogiltigt enligt Sherman Act.

103. Domstolens majoritet (sex röster mot tre) fastslog att konkurrensreglerna inte var tillämpliga på avtalet i fråga, men kom till denna slutsats av olika skäl. Tre av ledamöterna i majoritet menade att frågan om öppettider hängde så tätt samman med frågor om lön, arbetstider och arbetsvillkor, att fria förhandlingar i god tro inom detta område var undantagna från Sherman Act. De tre andra ledamöterna i majoritet, vilka också hade varit dissidenter i målet Pennington, ansåg att kollektiva förhandlingar avseende vissa obligatoriska förhandlingsinslag i relevant arbetsrättslig lagstiftning per definition var undantagna från konkurrensrätten. De ansåg i huvudsak att domstolen måste respektera lagstiftningens syfte och att några normgivande kriterier för en konkurrensdomstol att avgöra vad som skulle anses vara fördelaktiga respektive skadliga kollektivavtal, inte fanns tillgängliga.

104. Dissidenterna ansåg att avtalet direkt påverkade produktmarknaden och inte hade några som helst konkurrensmässiga fördelar och därför var ogiltigt enligt Sherman Act.

105. Det nyligen avgjorda målet Brown mot Pro Football[46] rörde arbetsgivarnas kollektiva och ensidiga påtvingande av anställningsvillkor mot sina anställda efter ett dödläge i en förhandlingsprocess. Målet rörde det något speciella fallet med förhandlingar mellan den nationella fotbolls-

45 — Den 7 juni 1965, 381 US 676.

46 — 116 S. Ct 2116 (1996).

ligan (National Football League) och fotbollspelarnas fackförening.

106. Domstolens majoritet (åtta röster mot en) ansåg att det icke lagstadgade undantaget skyddar de avtal som träffas mellan arbetsgivare efter ett dödläge i förhandlingar och därmed gäller det sista löneanbudet från arbetsgivaren — som lämnas i god tro — förutsatt att några egentliga anmärkningar inte kan riktas mot ett sådant förfarande, vare sig arbetsrättsliga eller politiska. Ledamöterna anförde för det första att förhandlingar mellan många arbetsgivare i samarbete var en såväl väletablerad och viktig som effektiv metod att förhandla kollektivt och att metoden också medförde fördelar för både arbetsgivare och arbetstagare. För det andra skulle domstolarna behöva avgöra en stor mängd viktiga praktiska frågor om hur den kollektiva förhandlingsprocessen avseende arbetsvillkor skulle drivas om dessa förhandlingar skulle falla inom konkurrensrättens område, vilket skulle motverka undantagets syfte. För det tredje skulle konkurrensrättsligt ansvar för kollektivavtalsförhandlingar kunna medföra både instabilitet och osäkerhet för den sistnämnda processen.

107. Dissidenten (justitierådet Stevens) ansåg att vare sig arbetsrättens och konkurrensrättens syften eller ändamålet med det icke lagstadgade undantaget rättfärdigade att kollektiva förhandlingsprocesser på initiativ av arbetsgivarna och med syfte att driva ner lönerna under den nivå som skulle ha gällt på en fri marknad undantas från en konkurrensrättslig prövning.

108. Den ovan gjorda komparativa studien kan nu sammanfattas enligt följande.

109. I alla de undersökta rättssystemen har kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare kommit att undantas från förbudet mot konkurrensbegränsande karteller till viss del. Undantagen är emellertid inte utan begränsning.

110. De rättsliga grunderna för undantagen och de sätt på vilket dessa uppnås skiljer sig väsentligt. Man kan utläsa följande system:

— Att förhandla kollektivt är en grundläggande rättighet som har företräde (Tyskland).

— Undantaget är uttryckligen angivet i konkurrenslagstiftning eller i andra lagar (Danmark, Finland samt det lagstadgade undantaget i USA).

— Undantaget har införts genom domstolspraxis (icke lagstadgade undantaget i USA).

— För att förbudet mot karteller skall vara tillämpligt uppställs vissa villkor, vilka kollektivavtalen normalt inte uppfyller (Tyskland).

— De generella villkoren för överträdelse av förbudet mot karteller tillämpas på ett sådant sätt att det önskade resultatet uppnås (Frankrike).

— Konkurrensreglerna tillämpas av hävd inte på arbetsrättsliga förhållanden (Förenade kungariket).

111. Undantagens omfattning varierar också, men domstolarna ställer oftast följande frågor.

— Avser det aktuella avtalet löner, arbetstider eller andra arbetsvillkor vilka utgör kärnfrågor i kollektivavtalsförhandlingar?

— I vilken omfattning påverkar avtalet marknaden för varor och tjänster där de berörda arbetsgivarna är verksamma?

— I vilken omfattning påverkar avtalet tredje man? Med tredje man som kan påverkas avses andra företag på marknaden som inte deltog i kollektivavtalsförhandlingarna, företag på andra marknader samt konsumenter.

— Har avtalen ett konkurrensbegränsande syfte?

— Är det mer ändamålsenligt att ställa upp fasta och rigida regler än att göra intresseavvägningar i varje enskilt fall?

112. Med denna analys som bakgrund kommer jag nu att gå över till analysen av artikel 85.1 i fördraget. Jag kommer först att undersöka det materiella tillämpningsområdet för artikel 85.1, därefter analysera om det föreligger ett avtal eller samordnat

förfarande och sedan, för det tredje, undersöka om ett sådant samordnat förfarande i sådana fall begränsar konkurrensen märkbart.

B — *Det materiella tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget*

113. Enligt fonderna samt den nederländska, den franska och den svenska regeringen, omfattar det materiella tillämpningsområdet för artikel 85.1 som en princip inte kollektivavtal om pension slutna mellan representanter för arbetstagare och arbetsgivare. Deras argument kan sammanfattas enligt följande.

114. För det första reglerar dessa avtal sociala frågor och gynnar fördragets sociala syften. Att tillämpa artikel 85.1 skulle därför äventyra möjligheten att uppnå dessa sociala syften.

115. För det andra skulle en tillämpning av artikel 85.1 i fördraget frånta arbetsmarknadens parter den grundläggande rätten att förhandla kollektivt, en rätt som tillerkänns dem i diverse internationella och europeiska avtal.

116. För det tredje skulle en tillämpning av artikel 85.1 vara oförenlig med diverse gemenskapsrättsliga regler som uttryckligen uppmuntrar och gynnar kollektivavtal mellan företrädare för arbetsgivare och arbetstagare.

117. Dessa argument ger upphov till två frågeställningar vilka jag kommer att behandla separat.

118. Det första argumentet avser avtalens materiella innehåll. Det väcker frågan huruvida ett avtal, oavsett vad det har för form, faller utanför konkurrensreglernas område, eftersom det berör sociala frågor som arbetsvillkor eller pensioner och därmed har ett socialt ändamål. Med andra ord uppstår frågan om det i gemenskapens konkurrensrätt finns ett generellt undantag för det sociala området?

119. Det andra och det tredje argumentet avser bakgrunden till avtalen och väcker den mer begränsade frågan huruvida kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare åtnjuter en särskild ställning inom gemenskapsrätten, med den följden att

artikel 85.1 i princip inte kan tillämpas på dem. Med andra ord uppstår frågan om det finns ett undantag för kollektivförhandlingar mellan arbetsgivare och arbetstagare?

1. *Finns det ett generellt undantag för det sociala området?*

120. Artikel 85.1 i fördraget utgör en del av den "ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids", vilken enligt artikel 3 g i fördraget är ett av gemenskapens verksamhetsområden.

121. Enligt artikel 3 i skall gemenskapens verksamhet också innefatta "en politik på det sociala området". Artikel 2 definierar som en av gemenskapens uppgifter att bland annat "främja en harmonisk och väl avvägd utveckling av näringslivet" samt "en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd".

122. Enligt fonderna skall dessa artiklar tolkas så att det sociala området inte anses omfattas av konkurrensreglerna. På grund av det sociala områdets speciella karaktär får och bör konkurrensrätten inte inkräkta på detta område. Fonderna gör gällande att kollektivavtal mellan representanter för arbetsgivarna och arbetstagarna har till syfte att förverkliga fördragets sociala ändamål. Därav följer att avtalen är en del av det sociala området, vilket i princip inte omfattas av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

123. Jag delar inte fondernas ståndpunkt. Domstolen har konsekvent fastslagit att "när det har ansetts att viss verksamhet skall undantas från tillämpningen av konkurrensreglerna, föreskriver [fördraget] ett uttryckligt undantag om detta".[47] Exempel på sådana uttryckligen angivna undantag i fördraget återfinns i artikel 42 första stycket om jordbruk, i artikel 223.1 b om militär utrustning samt i viss utsträckning i artikel 90.2 om vissa företag.

124. Vad avser det sociala området återfinns det inte någon artikel i fördraget som i likhet med artikel 42 uttryckligen undantar området från konkurrensreglernas tillämpning eller gör en sådan tillämpning beroende av rådets beslut.

125. Vidare har domstolen otvetydigt godkänt gemenskapens konkurrensreglers tillämplighet på en del andra "speciella" områden som inte omfattas av vissa medlemsstaters konkurrensrätt. På dessa områden har konkurrensreglernas tillämplighet

47 — Se till exempel dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209/84—213/84, Asjes m.fl. (REG 1986, s. 1425; svensk specialutgåva, volym 8, s. 549), punkt 40.

vid ett flertal tillfällen ifrågasatts på grund av deras speciella karaktär och de motstridiga målsättningar som anges i artikel 3 i fördraget.

126. Domstolen har emellertid som regel ogillat sådana invändningar och förklarat att artiklarna 85 och 86 är tillämpliga på sådana områden som transportområdet, [48] energisektorn, [49] bankväsendet [50] och försäkringsbranschen [51] med den motiveringen att det finns andra sätt, som till exempel undantagsmöjligheterna i artikel 85.3 i fördraget, varigenom gemenskapsrättens konkurrensrätt kan beakta särdragen hos vissa näringsgrenar. [52] I målen ansåg domstolen inte att intressekonflikter mellan olika ändamål, som till exempel det i artikel 3 f om en gemensam transportpolitik eller artikel 3 t 39 om gemenskapsåtgärder inom energisektorn, i sig uteslöt en tillämpning av konkurrensreglerna på området. Den omständigheten att gemenskapen driver en viss politik inom en bransch medför därför inte att denna bransch undantas från konkurrensreglerna.

127. För övrigt, och vilket är av avgörande betydelse för de aktuella målen, har domstolen redan i en rad viktiga avgöranden fastslagit att konkurrensreglerna är tillämpliga på det sociala området och särskilt på anställnings- och pensionsförhållanden. Domstolen har således godtagit denna princip med avseende på arbetsmarknadsförhållanden i målen Höfner och Elser [53] och Job Centre [54] samt med avseende på pensionsförhållanden i målen Poucet och Pistre [55] och FFSA m.fl. [56] Det är nödvändigt att nedan mer ingående analysera dessa rättsfall. För närvarande räcker det emellertid med att anmärka att domstolen i målen, genom att undersöka om de berörda organen var att se som företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86, underförstått medgav att dessa områden omfattades av artiklarnas materiella tillämpningsområde. Därutöver har domstolen i det mer nyligen avgjorda målet Sodemare m.fl., utan att ens analysera om privata icke vinstdrivande rättssubjekt inom sjukvården kunde klassificeras som företag, tillämpat konkurrensreglerna, men förklarade att något avtal enligt definitionen i artikel 85.1 inte förelåg. [57]

128. Domstolens slutsats i dessa mål har inte kullkastats genom avgörandet i målet Garcia m.fl., vilket särskilt den franska regeringen har åberopat. [58] Det målet handlade om tillämpligheten med avseende på

48 — Domen i de ovannämnda förenade målen Asjes m.fl., fornot 47, punkt 40, och dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (REG 1989, s. 803; svensk specialutgåva, volym 10).

49 — Dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m.fl. (REG 1994, s. I-4777).

50 — Dom av den 14 juli 1981 i mål 172/80, Züchner (REG 1981, s. 202; svensk specialutgåva volym 6, s. 181), punkterna 6—9.

51 — Dom av den 27 januari 1987 i mål 45/85, Verband der Sachversicherer mot kommissionen (REG 1987, s. 405; svensk specialutgåva, volym 9, s. 9).

52 — Mål 45/85, se fotnot 51, punkt 15.

53 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11).

54 — Dom av den 11 december 1997 i mål C-55/96 (REG 1997, s. I-7119).

55 — Dom av den 17 februari 1993 i de förenade målen C-159/91 och 160/91, Poucet och Pistre (REG 1993, s. I-637).

56 — Dom av den 16 november 1995 i mål C-244/94, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (REG 1995, s. I-4013).

57 — Dom av den 17 juni 1997 i mål C-70/95, Sodemere m.fl. (REG 1997, s-I-3395), punkt 43.

58 — Dom av den 26 mars 1996 i mål C-238/94, Garcia m.fl. (REG 1996, s. I-1673).

person av det tredje direktivet om annan direkt försäkring än livförsäkring,[59] som bygger på reglerna om fri rörlighet för tjänster och etableringsfriheten. Domstolen slog fast att artikel 2.2 i direktivet "skall tolkas på så sätt att sådana socialförsäkringssystem, som de som är i fråga i målen vid den nationella domstolen, är undantagna från tillämpningsområdet för direktiv[et]".

129. I motsats till vad den franska regeringen har gjort gällande angavs i punkt 14 i den domen direktivets tillämpningsområde med avseende på person, det vill säga på vilka subjekt det var tillämpligt och avsåg inte konkurrensreglernas tillämplighet på det sociala området. Domstolen hänvisade till sina domskäl i domen i de förenade målen Poucet och Pistre och erinrade därmed ånyo om sin rättspraxis avseende konkurrensreglernas tillämplighet med avseende på person på vissa institutioner som svarar för sociala förmåner. Vidare bekräftar punkt 12 i domen att domstolen håller fast vid sin tidigare funna ståndpunkt i de ovannämnda målen Poucet och Pistre samt FFSA m.fl. Som jag tidigare har uppgett förutsätter den ståndpunkten att området för pensionsförmåner och andra sociala förmåner i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) inte faller utanför konkurrensreglernas materiella tilllämpningsområde.

130. Det följer härav, enligt min mening, att det inte finns något generellt undantag från konkurrensreglerna för det sociala området.[60]

2. *Finns det ett undantag för kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare?*

131. Som jag tidigare har anfört har två argument gjorts gällande till stöd för att kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare skall åtnjuta en särskild ställning. Det första argumentet baseras på tanken om den grundläggande rättigheten att sluta sådana kollektivavtal och det andra grundas på den omständigheten att gemenskapsrätten i sig främjar sådana avtal.

a) Finns det en grundläggande rättighet att sluta kollektivavtal?

132. Fonderna, den nederländska och den franska regeringen samt kommissionen har hävdat att ett flertal internationella avtal ger upphov till en sådan grundläggande rättighet även inom gemenskapsrätten. Att

59 — Rådets direktiv 92/49/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av lagar och andra författningar som avser annan direkt försäkring än livförsäkring samt om ändring av direktiv 73/239/EEG och 88/357/EEG (EGT L 228, 1992, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 160).

60 — Se härvid generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i målet Bosman där han säger: "Det finns nämligen, enligt min uppfattning, ingen bestämmelse i vilken det föreskrivs att avtal som rör arbetsförhållanden generellt och fullständigt beviljas undantag från tillämpningsområdet för EG-fördragets konkurrensbestämmelser" (mål C-415/93, se fotnot 21, punkt 273 i förslaget till avgörande). I punkt 138 i domen uppgav domstolen att den inte tyckte det var nödvändigt att gå in på artiklarna 85 och 86 i fördraget i sin tolkning.

tillämpa artikel 85.1 på kollektivavtalen skulle innebära att arbetsgivarna och arbetstagarna fråntogs denna grundläggande rättighet.

133. Finns det då en sådan grundläggande rättighet i gemenskapsrätten? Detta är en väsentlig frågeställning, eftersom om en sådan rättighet existerar kan en åtgärd som inverkar menligt på rättigheten komma att hållas för olaglig, oaktat om åtgärden vidtas i allmänhetens intresse. [61]

134. Med hänsyn till analysen skall jag skilja mellan tre olika typer av rättigheter: först individens rätt att bilda och gå med i fackföreningar eller arbetsgivarorganisationer, för det andra, den generella rätten för fackföreningar eller organisationer att vidta kollektiva åtgärder för att skydda sysselsättningen och, för det tredje, den specifika rätten som här görs gällande för fackföreningar och arbetsgivarorganisationer att förhandla kollektivt.

135. EG-fördraget i sig erkänner inte uttryckligen någon av dessa rättigheter, även om det, vilket ovan har anförts, främjar kollektiva förhandlingar.

136. Enligt gemenskapens stadga för grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare [62] skall arbetsgivare och arbetstagare ha rätt att bilda och tillhöra organisationer eller fackföreningar "som tillvaratar deras ekonomiska och sociala intressen" (artikel 11). Arbetsgivarna och arbetstagarna skall ha "rätten att förhandla och sluta kollektivavtal i enlighet med nationell lagstiftning och sedvänja" (artikel 12). Den sociala stadgan omfattar alltså alla de tre nämnda "rättigheterna".

137. Stadgan har emellertid mycket begränsade rättsverkningar. Den utgör inte någon egentlig rättsakt utfärdad av gemenskapen, utan är endast en högtidlig politisk förklaring från stats- och regeringscheferna i elva av de då tolv medlemsstaterna och den har inte publicerats i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. I Avtalet om socialpolitik som bifogades fördraget om Europeiska unionen var dessa elva medlemsstater inte villiga att ge någon rättsverkan till de nämnda rättigheterna som de politiskt sett stödde i stadgan.

138. Domstolens rättspraxis ger mer vägledning i frågan huruvida gemenskapsrätten erkänner någon av de tre nämnda rättigheterna. Domstolen har konsekvent fastslagit att "de grundläggande rättigheterna [utgör] en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vilkas iakttagande

61 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet (REG 1994, s. I-4973; svensk specialutgåva, volym 16), punkterna 78 och 87.

62 — Gemenskapens stadga för grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare, antagen vid statsöverhuvudenas möte i Strasbourg den 9 december 1989.

domstolen skall säkerställa. I detta hänseende har domstolen hämtat inspiration från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de internationella dokument som rör skyddet för de mänskliga rättigheterna och som medlemsstaterna har medverkat eller anslutit sig till".[63] "Konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna är av särskild betydelse i det hänseendet".[64]

139. I domen i målet Union Syndicale — Service public européen m.fl.,[65] anförde domstolen följande: "Den i artikel 24 a i tjänsteföreskrifterna erkända föreningsfriheten innefattar enligt de allmänna principerna för arbetsrätt inte bara rätten för tjänstemän och övriga anställda att fritt bilda vilka föreningar de vill, utan också rätten för dessa föreningar att vidta varje laglig åtgärd vid försvaret av medlemmarnas yrkesmässiga intressen." Domstolen fastslog först individens rätt att bilda och gå med i föreningar och för det andra den kollektiva rätten att agera. Dessa två rättigheters grundläggande särdrag bekräftades i målet Bosman[66], med avseende på föreningsfriheten generellt och i målet Maurissen och Union Syndicale[67] mot revisionsrätten med avseende mer konkret på fackföreningar. Frågan om det finns en tredje grundläggande rättighet, nämligen att förhandla kollektivt, har ännu inte blivit besvarad.

140. Jag går nu över till att studera de internationella avtal som fonderna, vissa medlemsstater och kommissionen har hänvisat till.

141. Framför allt kommissionen har hävdat att rätten att förhandla kollektivt om löner och andra arbetsvillkor garanteras som en grundläggande rättighet i artikel 11 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna, artikel 6 i den sociala stadgan, artikel 22 i internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, artikel 8 i internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, samt av ILO:s konventioner nummer 87 och 98.

142. En analys av de relevanta internationella avtalen stöder emellertid inte kommissionens ståndpunkt.

143. Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna garanterar genom artikel 11 individens rätt att bilda och gå med i en fackförening. Den rättigheten garanteras även genom den europeiska sociala stadgan (artikel 5), internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (artikel 22), internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (artikel 8), liksom genom konventionen angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och konventionen angående organisationsrätten och

63 — Domstolens yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 (REG 1996, s. I-1759), punkt 33.

64 — Dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11), punkt 41.

65 — Dom av den 8 oktober 1974 i mål 175/73 (REG 1974, s. 917), punkt 14.

66 — Mål C-415/93, se fotnot 21, punkterna 79 och 80.

67 — Dom av den 18 januari 1990 i de förenade målen C-193/87 och C-194/87, Maurissen och Union Syndicale mot revisionsrätten (REG 1990, s. I-95), punkterna 11—16 samt punkt 21.

den kollektiva förhandlingsrätten, vilka båda har antagits av ILO.

144. Vad gäller fackföreningarnas rätt att kollektivt vidta åtgärder, använde sig Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter av uttrycket "för att skydda sina intressen", vilket återfinns i artikel 11.1 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna, när den fastslog att föreningsfriheten omfattade rättigheter som var "nödvändiga för att utöva rättigheten" eller "nödvändiga delar" i fackföreningsfriheten. [68] Artikel 11 förklarades därför "skydda fackföreningarnas frihet att vidta åtgärder för att skydda sina medlemmars professionella intressen, vars genomförande och utveckling de kontrakterande staterna både måste tillåta och möjliggöra". [69]

145. Detta till synes vida uttalande tycks emellertid endast omfatta en kärna av specifika aktiviteter. Fram till i dag har den enda rätten som uttryckligen har godkänts av domstolen varit rätten för fackföreningarna att bli "hörda" av staten. [70] Fackföreningarna har emellertid ingen rätt att begära att staten samråder med dessa [71] och inte heller har staten en skyldighet att sluta kollektivavtal. [72] Artikel 11 ger inte heller någon strejkrätt till fackföreningarna, eftersom medlemmarnas intressen kan befrämjas genom andra medel. [73]

146. Vad avser rätten att förhandla kollektivt är det till synes endast artikel 6 i europeiska sociala stadgan som verkar uttryckligen erkänna denna rättighet, i motsats till vad fonderna, kommissionen och de ovan nämnda regeringarna har hävdat. Endast det faktum att en rättighet omfattas av denna stadga innebär emellertid inte att en grundläggande rättighet därmed uppstår. Stadgans form är nämligen sådan att de rättigheter som omnämns i den utgör politiska mål snarare än rättigheter som kan åberopas. De stater som är parter till stadgan har endast skyldighet att välja vilken eller vilka rättigheter de vill åta sig att skydda.

147. Artikel 4 i den omsorgsfullt upprättade konventionen angående organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten ålägger de stater som ratificerat konventionen att uppmuntra och främja kol-

68 — Europadomstolens dom av den 27 oktober 1975 i målet Syndicat national de la police belge mot Belgien, Serie A, nr 19, punkt 39.

69 — Domen i målet Syndicat national de la police belge mot Belgien, se fotnot 68, punkt 40.

70 — Domen i målet Syndicat national de la police belge mot Belgien, se fotnot 68, punkt 39; Svenska lokmannaförbundet mot Sverige, den 6 februari 1976, Serie A, nr 20, punkt 40.

71 — Domen i målet Syndicat national de la police belge mot Belgien, se fotnot 68, punkt 38.

72 — Svenska lokmannaförbundet mot Sverige, se fotnot 70, punkt 39.

73 — Dom av den 6 februari 1976 i målet Schmidt och Dahlström mot Sverige, Serie A, nr 21, punkt 36.

lektiva förhandlingar. Någon rättighet härtill uttrycks emellertid inte.

148. I rättspraxis från Europadomstolen för mänskliga rättigheter finns en talande frånvaro av hänvisningar till begreppet rätt att förhandla kollektivt. I målet Svenska lokmannaförbundet mot Sverige, hade majoriteten av ledamöterna i kommissionen för mänskliga rättigheter argumenterat för erkännandet av fackföreningarnas rätt att förhandla kollektivt. Domstolen anförde emellertid att den inte behövde avgöra frågan, eftersom frågan inte var omedelbart relevant i det målet och den rättigheten hade tillerkänts fackföreningen genom nationell lag. [74] Europadomstolen har därefter aldrig uttryckligen erkänt existensen av en sådan rättighet. Tvärtom tyder omständigheterna på att domstolen verkar vara motvillig att göra ett sådant erkännande.

149. För det första tyder Europadomstolens tolkning av artikel 6 i den europeiska sociala stadgan på en sådan motvillighet. Vad avser artikel 6.1, som kräver att staterna skall "främja gemensamt samråd mellan arbetare och arbetsgivare", har domstolen uttalat att "ordalydelsens försiktighet tyder på att stadgan inte ger upphov till någon rätt till samråd". [75] Vad avser artikel 6.2, som kräver att staterna skall "där så är nödvändigt och lämpligt, främja ett förfarande med frivilliga förhandlingar mellan arbetsgivare och arbetstagare", har Europadomstolen uttalat att "ordalydelsens försiktighet tyder på att stadgan inte ger upphov till någon egentlig rättighet att sluta ett sådant avtal...". [76]

150. För det andra har Europadomstolen konsekvent anfört att "föreningsfriheten utgör bara en särskild del av föreningsfriheten" och att "artikel 11 inte medför någon särskild behandling av fackföreningar." [77]

151. För det tredje är domen i målet Gustafsson [78] av intresse. Domstolen fick i det målet avgöra en konflikt mellan en fackförening och en arbetsgivare som inte

74 — Svenska lokmannaförbundet mot Sverige, se fotnot 70, punkt 38.

75 — Domen i målet Syndicat national de la police belge mot Belgien, se fotnot 68, punkt 38. Domstolen kommenterade innebörden av artikel 6.1 i stadgan vid tolkningen av artikel 11 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna.

76 — Svenska lokmannaförbundet mot Sverige, se fotnot 70, punkt 39. Domstolen kommenterade återigen innebörden av artikel 6.2 i stadgan vid tolkningen av artikel 11 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna.

77 — Domen i målet Schmidt och Dahlström mot Sverige, se fotnot 73, punkt 34.

78 — Dom av den 25 april 1996 i målet Gustafsson mot Sverige, s. 636.

ville delta i kollektivavtalsförhandlingarna inom sin bransch. Genom bojkotter och andra åtgärder utövade fackföreningen påtryckningar mot arbetsgivaren i syfte att få honom att delta i arbetsgivarsidan av kollektivavtalet. Arbetsgivaren hävdade att ett tvång att ta del i kollektivavtalet i realiteten utgjorde ett tvång att gå med i en arbetsgivarorganisation. Han ansåg därför att den svenska regeringen borde ha ingripit och försvarat hans negativa frihet att inte gå med i en arbetsgivarorganisation.

152. Det är intressant att först beakta två avvikande meningar.

153. Åtta domare menade i sin delvis skiljaktiga mening att arbetsgivarens talan inte grundade sig på hans negativa rätt att inte gå med i en arbetsgivarorganisation, utan på hans negativa rätt att inte förhandla kollektivt. De tolkade tidigare rättspraxis på så sätt att "rätten att förhandla kollektivt ingår inte som en del i föreningsfriheten". Enligt deras mening var därför artikel 11 inte tillämplig över huvud taget. [79]

154. Två skiljaktiga domare kom till motsatt resultat. De ansåg att rätten att förhandla kollektivt ingick som en del i föreningsfriheten. Domstolen skulle därför enligt deras mening göra en avvägning mellan fackföreningens positiva rätt att förhandla kollektivt och arbetsgivarens negativa rätt att stå utanför en sådan process, om han så skulle önska. [80]

155. Båda dessa skiljaktiga meningar har emellertid det gemensamt att Europadomstolen med nödvändighet skulle ha behövt att slutligen ta ställning till huruvida en sådan rättighet förelåg.

156. Majoriteten av Europadomstolens ledamöter valde emellertid en tredje lösning. Med avseende först på fackföreningarnas aktiviteter, anförde Europadomstolen följande: "På grund av de känsliga sociala och politiska ställningstaganden som blir aktuella i en avvägning mellan de konkurrerande intressena... och den stora skillnad som återfinns i de olika inhemska systemen på dessa områden, bör de avtalsbundna staterna åtnjuta ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller de metoder som de har valt för området". [81] Därefter påpekade domstolen endast att den inte "såg någon anledning att betvivla att fackföreningens åtgärder var befogade i enlighet med artikel 11 i konventionen".

79 — Delvis skiljaktiga meningar från domarna Ryssdal, Spielmann, Palm, Foighel, Pekkanen, Loizou, Makarczyk och Repik i målet Gustafsson mot Sverige, se fotnot 78.

80 — Skiljaktig mening från domarna Martens och Matscher i målet Gustafsson mot Sverige, se fotnot 78, punkt 6.

81 — Domen i målet Gustafsson mot Sverige, se fotnot 78, punkt 45.

Den anförde sedan följande: "Det bör även i detta sammanhang erinras om att den kollektiva förhandlingens laglighet erkänns genom en stor mängd internationella avtal." [82] Domstolen verkar följaktligen ha varit försiktig med att komma till slutsatsen att konventionen garanterar en rätt till kollektiva förhandlingar.

157. Denna analys leder mig till följande slutsatser vad avser erkännandet i gemenskapsrätten av en rätt att föra kollektiva förhandlingar.

158. Gemenskapsrätten skyddar rätten att bilda och gå med i fackföreningar och arbetsgivarorganisationer, vilken utgör själva kärnan i föreningsfriheten.

159. Enligt min mening är även rätten att agera kollektivt för att skydda sysselsättningen garanterad genom gemenskapsrätten, eftersom åtgärderna är nödvändiga för att utöva föreningsfriheten.

160. Det kan emellertid inte anses föreligga en tillräcklig samstämmighet mellan de nationella rättssystemen och de internationella avtalen vad gäller erkännandet av en grundläggande rättighet att kollektivt föra förhandlingar.

161. Till yttermera visso är den kollektiva förhandlingsprocessen enligt min mening redan tillräckligt skyddad, likt varje annan förhandlingsprocess mellan ekonomiska aktörer för den delen, genom den generella avtalsfriheten. En mer uttalad grundläggande rättighet är därför inte behövlig. Motiverade undantag från en sådan rättighet skulle under alla omständigheter komma att bli identiska med dem som redan existerar på avtalsrättens område.

162. I detta sammanhang skall även erinras om att domstolen i sin rättspraxis på området för fri rörlighet för arbetstagare samt lika lön regelbundet har undersökt om avtalsklausuler mellan arbetsgivare och arbetstagare överträder förbud inom gemenskapsrätten mot diskriminering på grund av nationalitet [83] eller kön. [84] Detta kan ses som en tillämpning av den generella regeln att även utövandet av en grundläggande rättighet kan begränsas, på det villkoret att begränsningen verkligen svarar mot ändamål av allmänt intresse som gemenskapen strävar efter och att den i förhållande till ändamålet inte utgör ett oproportionerligt och oacceptabelt ingripande som skadar själva kärnan i de härigenom garanterade rättigheterna. [85] Det

82 — Domen i målet Gustafsson mot Sverige, se fotnot 78, punkt 53.

83 — Dom av den 15 januari 1998 i mål C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou (REG 1998, s. I-47), dom av den 24 september 1998 i mål C-35/97, kommissionen mot Frankrike (REG 1998, s. I-5325).

84 — Dom av den 13 maj 1986 i mål 170/84, Bilka (REG 1986, s. 1607; svensk specialutgåva volym 8, s. 583).

85 — Dom av den 17 oktober 1995 i mål C-44/94, Fishermen's Organizations m.fl. (REG 1995, s. I-3115), punkt 55.

står klart vad avser de aktuella målen att artikel 85.1 eftersträvar ett viktigt mål i fördraget, nämligen skapandet av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids (artikel 3 g).

163. Av dessa resonemang följer att även om arbetsgivare och arbetstagare i princip har total avtalsfrihet så måste de — som alla andra ekonomiska aktörer — respektera de begränsningar som gemenskapsrätten föreskriver. Att endast erkänna en grundläggande rättighet att förhandla kollektivt skulle därför inte vara tillräckligt för att skydda kollektiva förhandlingar från konkurrensreglernas tillämplighet.

164. Det står emellertid också klart från den ovan redovisade analysen att det internationellt sett finns en samstämmighet om den kollektiva förhandlingsformens berättigade och socialt önskvärda karaktär.

165. Detta leder mig till det andra argumentet som har åberopats mot konkurrensreglernas tillämplighet, nämligen att dessa regler är oförenliga med de olika bestämmelser i fördraget som uppmuntrar till kollektiva förhandlingar.

b) Uppmuntran till kollektiva förhandlingar i gemenskapsrätten

166. Artikel 118 i fördraget föreskriver följande: "... kommissionen [skall] ha till uppgift att främja ett nära samarbete mellan medlemsstaterna på det sociala området, särskilt i frågor om

...

— förenings- och förhandlingsrätt."

167. Artikel 118b i fördraget föreskriver följande.

"Kommissionen skall sträva efter att utveckla dialogen på europeisk nivå mellan arbetsgivare och arbetstagare så att denna dialog, om parterna önskar det, kan leda till avtalsbundna relationer."

168. Härtill kommer Avtalet om socialpolitik mellan Europeiska gemenskapens medlemsstater med undantag för Förenade konungariket Storbritannien och Nordir-

land, bifogat till protokollet om socialpolitik [86] i fördraget om upprättandet av den Europeiska gemenskapen, vilket innehåller följande bestämmelser.

169. Artikel 1 i avtalet föreskriver följande: "Gemenskapen och medlemsstaterna skall ha följande mål... dialog mellan arbetsmarknadens parter..."

170. Artikel 2.4 föreskriver följande:

"En medlemsstat kan på gemensam begäran av arbetsmarknadens parter överlåta åt dem att genomföra direktiv..."

171. Artikel 3.1 föreskriver följande:

"Kommissionen skall ha till uppgift att främja samråd mellan arbetsmarknadens parter på gemenskapsnivå..."

172. Artikel 4.1 föreskriver följande:

"Om arbetsmarknadens parter önskar det kan dialogen mellan dem på gemenskapsnivå leda till avtalsförhållanden, inklusive ingående av avtal."

173. Artikel 4.2 föreskriver följande:

"Avtal som ingås på gemenskapsnivå skall genomföras... — efter gemensam begäran av de undertecknande parterna när det gäller frågor som omfattas av artikel 2 — enligt beslut av rådet på förslag av kommissionen."

174. Fonderna, den nederländska och den franska regeringen samt kommissionen har kommit till följande slutsatser med anledning av de ovan nämnda reglerna. Fördraget och Avtalet om social politik uppmuntrar uttryckligen kollektiva förhandlingar och slutandet av kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Gemenskapsrätten accepterar att dialogen mellan arbetsgivare och arbetstagare kan bidra till lagstiftningsprocessen både i medlemsstaterna och på gemenskapsnivå. Arti-

86 — EGT C 191, 1992, s. 90.

kel 85 i fördraget kan därför inte vara tillämplig på dessa typer av avtal.

175. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande vidhållit att om artikel 85 skulle förklaras vara tillämplig på kollektivavtal skulle de flesta av dessa avtal uppfylla villkoren om konkurrensbegränsning och påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Enligt artikel 85.1 och 85.2 skulle därmed kollektivavtalen vara förbjudna och ogiltiga. Ett undantag enligt artikel 85.3 skulle vidare vara osannolikt, eftersom denna bestämmelse inte tillåter att sociala målsättningar beaktas.

176. Jag kan i vissa delar ansluta mig till dessa resonemang.

177. Detta följer, för det första, av en systematisk tolkning av fördraget. Två eventuellt konkurrerande regelsystem är nämligen relevanta. På den ena sidan står, som tidigare har anförts, reglerna som uppmuntrar slutande av kollektivavtal. Dessa regler har uppenbarligen utgått från antagandet att kollektivavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare i princip är lagliga. På den andra sidan står artikel 85. Enligt artikel 85.1 är vissa typer av avtal förbjudna. Sådana avtal är automatiskt ogiltiga enligt artikel 85.2. Endast om rekvisiten i artikel 85.3 är uppfyllda kan kommissionen förklara att förbudet i artikel 85.1 inte skall tillämpas.

178. Som framgår av de aktuella målen och den komparativa analysen av de nationella rättssystemen finns det i samtliga rättsordningar en potentiell risk för att de två regelsystemen kommer i konflikt med varandra. Normala kollektivavtal som behandlar kärnfrågor i de kollektiva förhandlingarna, såsom lönefrågor och andra arbetsvillkor, begränsar klart konkurrensen mellan arbetstagarna. Arbetstagarna kan därmed nämligen inte erbjuda sin arbetskraft till löner som är lägre än de som har överenskommits om i avtalen. Huvudsyftet med fackföreningar och kollektiva förhandlingsprocesser är emellertid just att förhindra att arbetstagarna konkurrerar med varandra genom sämre löne- och arbetsvillkor. Detta är också skälet till varför kollektiva förhandlingar har uppmuntrats i samtliga nationella rättssystem, internationella avtal och i synnerhet i fördraget. Gemenskapsrättens lagstiftning på sysselsättningsområdet innehåller även detaljerade bestämmelser om åtgärder som skall genomföras i form av kollektiva förhandlingar och även lagstiftning. [87] Om sådana avtal skulle omfattas av förbudet i artikel 85.1 så skulle det bli nödvändigt att ansöka om ett icke-ingripandebesked eller om undantag från kommissionen. Sådana avtal passar emellertid redan genom sin karaktär illa i konkurrensregleringen.

87 — Se till exempel artiklarna 4, 6, 17.3 och 18.1 i rådets direktiv 93/104/EG av den 23 november 1993 om arbetstidens förläggning i vissa avseenden (EGT L 307, 1993, s. 18).

179. Fördragets upphovsmän har antingen inte insett denna konfliktsituation mellan regelsystemen, eller har inte kunnat enas om en lösning på problemet. Fördraget ger därför inte heller tydlig vägledning. Under sådana förhållanden måste en tolkning ske i enlighet med fastställda principer. Eftersom båda regelsystemen utgör primärrätt genom att återfinnas i fördraget, kan ingetdera av systemen bara genom sin ställning ges företräde framför det andra. Ingetdera av systemen bör därmed helt frånkännas verkan. Eftersom de bestämmelser i fördraget som uppmuntrar kollektiva förhandlingar förutsätter att ett kollektivavtal i princip är lagligt, kan avsikten inte ha varit att tillämpa artikel 85.1 på kollektivavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare på sådana "kärnområden" som löne- och andra arbetsvillkor. Därav följer att kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare som reglerar löne- eller arbetsvillkor helt bör undantas från konkurrensregleringen.

180. Det finns också vissa praktiska skäl som talar för en sådan slutsats.

181. Det är allmänt erkänt att kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare förhindrar kostsamma arbetstvister, sänker transaktionskostnader genom en kollektiv och reglerad förhandlingsprocess och befrämjar förutsägbarhet och insyn. En viss jämvikt i förhandlingspositionen mellan avtalsparterna är också till hjälp för att tillförsäkra ett balanserat avtal till gagn för båda parterna och för samhället i stort.

182. Vidare kan sägas att även om kollektivavtal avseende löner, arbetstider eller andra arbetsvillkor kan begränsa konkurrensen mellan arbetstagare, har de nog inte en sådan märkbart begränsande effekt på konkurrensen mellan arbetsgivarna. Vad avser konkurrensen vad gäller efterfrågan på arbetsmarknaden är varje arbetsgivare i princip fri att erbjuda sina arbetstagare mer fördelaktiga villkor. Vad avser konkurrensen på den marknad för varor eller tjänster där arbetsgivaren är verksam, kan först sägas att avtal om löner eller arbetsvillkor endast harmoniserar en av produktionens många kostnadsfaktorer och att endast en sida av konkurrensen därmed påverkas. [88] För det andra är enligt kommissionens praxis [89] den bedömda faktorns närhet till marknaden alltid ett viktigt kriterium när man skall bedöma om faktorns effekt är märkbar eller inte. Vad då gäller kollektivavtal om löner och arbetsvillkor bör noteras att det slutliga priset på de aktuella varorna eller tjänsterna kommer att påverkas av många andra faktorer innan de når den relevanta marknaden. För det tredje och kanske viktigast harmoniseras produktionskostnaderna egentligen endast sken-

88 — Beslut 86/507, se fotnot 21, punkt 16.

89 — Meddelande om bedömningen av kooperativa samriskföretag enligt artikel 85 i EEG-fördraget (EGT C 43, 1993, s. 2, punkt III 2d).

bart. Arbetskraft, till skillnad från kostnad för råmaterial, är nämligen ekonomiskt sett inte en homogen handelsvara. Att arbetstagarna nominellt uppbär samma lön innebär inte att den verkliga kostnaden för deras respektive arbetsgivare är identisk. Denna verkliga kostnad kan bara bestämmas om man också beaktar arbetstagarens produktivitet. Produktiviteten i sin tur beror på många olika faktorer såsom till exempel yrkesskickligheten, motivationen, tekniska hjälpmedel och arbetsorganisationen. Samtliga av dessa sistnämnda faktorer kan påverkas av och är även i verkligheten påverkade av arbetsgivarens agerande. Detta är just syftet med en effektiv arbetsledning av mänskliga resurser. Konkurrensen vad gäller arbetskraft som en kostnadsfaktor är följaktligen omfattande i verkligheten. Att det tagit nästan 40 år för det första målet avseende frågan om kollektivavtalens förenlighet med artikel 85 att nå domstolen samt att de nationella rättssystemen enligt den ovan utförda analysen inte har behandlat ett enda mål med normala avtal rörande lönefrågor och frågor om arbetsvillkor, torde slutligen även kunna ses som ett empiriskt bevis för bristen på märkbar effekt på konkurrensen.

183. Denna slutsats till fördel för ett begränsat undantag från konkurrensreglerna för kollektivavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare är inte oförenlig med det resonemang som jag har redovisat ovan om att det sociala området inte i sin helhet åtnjuter ett sådant undantag. Den största skillnaden ligger i att jag vad gäller kollektiva förhandlingar förespråkar ett undantag som inte bara bygger på avtalets innehåll, utan mer på den formella ram som avtalet ingår i.

184. Skälen bakom konkurrensregleringens omfattande materiella tillämpningsområde är enkla att beskriva. Det kan hållas för visst att enskilda ekonomiska aktörer normalt agerar i eget intresse och inte i allmänhetens intresse när de sluter avtal med varandra. Resultatet av deras avtal ligger därför inte med nödvändighet i allmänhetens intresse. Konkurrensmyndigheter skall därför ha möjlighet att pröva de enskilda aktörernas avtal, även inom vissa speciella områden som bankväsendet, försäkringsbranschen och till och med det sociala området. Fördraget innehåller därför endast ett mycket begränsat antal branschundantag från konkurrensreglernas tillämplighet, med avseende endast på avtalens innehåll. Som redan har framhållits bör domstolen även i fortsättningen tolka dessa undantag restriktivt.

185. Genom att uppmuntra slutandet av kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare, erkänner fördraget möjligheten till undantag från den allmänna presumtionen om konsekvenserna av enskilda aktörers avtal, på den grunden att denna typ av avtal i normala fall ligger i allmänhetens intresse. Detta resonemang har bekräftats genom de nationella rättssystemens utformning samt av praxis från medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar, vilka anser att kollektiva

förhandlingar normalt fyller en värdefull social funktion. Att då göra gällande att de kollektiva förhandlingarna omfattas av konkurrensreglerna skulle vara att motverka denna praxis i medlemsstaterna. Det skulle nämligen innebära inte endast att avtalen måste anmälas enligt gemenskapsrättens konkurrensregler och/eller de nationella konkurrenslagstiftningarna, utan avtalen skulle också kunna prövas i domstol.

186. Detta oaktat anser jag att den föreslagna konkurrensrättsliga immuniteten för kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare inte skall vara obegränsad.

187. Detta följer först och främst av den tolkning av fördraget som jag gjorde ovan. Om artikel 85.1 å ena sidan inte kan hindra majoriteten av de avtal som har uppmuntrats genom reglerna om kollektiva förhandlingar, så kan å andra sidan dessa regler inte helt frånta artikel 85.1 sin verkan.

188. Detta står också klart genom fördragets ordalydelse. Artikel 117 ("... en sådan utveckling [förbättringar av arbetstagarnas arbetsvillkor och levnadsstandard] kommer att följa... av den gemensamma marknadens funktion...") och artikel 118 ("Utan att det påverkar tillämpningen av övriga bestämmelser i detta fördrag...") verkar förutsätta att konkurrensreglerna är tillämpliga till en viss del på kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare. Vad gäller avtalet om socialpolitik sägs tydligt i ingressen till protokollet att "detta protokoll och nämnda avtal [påverkar] inte... tillämpningen av bestämmelserna i detta fördrag...".

189. Vidare har den ovan genomförda analysen av nationell lagstiftning visat att det kan förekomma fall där kollektiva förhandlingar har använts som ram för avtal mellan arbetsgivare med allvarliga konkurrensbegränsande effekter för tredje man eller andra marknader. Samtliga av de rättsfall som prövats av de olika nationella domstolarna och myndigheterna avsåg faktiskt sådana avtal där tredje man eller andra marknader hade påverkats. Inget av dessa avtal var normala avtal om löne- eller arbetsvillkor.

190. Jag föreslår därför att tre rekvisit skall vara uppfyllda för att det skall göras ett undantag i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*).

191. För det första måste, som kommissionen har påpekat, avtalet slutas inom ramen för formella kollektiva förhandlingar mellan näringslivets båda sidor. Ensidiga samordningar mellan arbetsgivare, som inte har någon anknytning till denna kollektiva förhandlingsprocess, bör inte vara skyd-

dade med automatik, oavsett vad syftet med samordningen må vara.

192. För det andra bör avtalet ha slutits i god tro. Därvid skall särskilt beaktas avtal som verkar behandla kärnfrågor i kollektiva förhandlingar, som till exempel arbetstider, men som i själva verket utgör en fasad för allvarliga konkurrensbegränsningar mellan arbetsgivarna på produktmarknaderna. I sådana undantagsfall bör också konkurrensmyndigheterna ha möjlighet att granska avtalen i fråga.

193. För det tredje är det nödvändigt att begränsa omfattningen av undantaget för kollektivavtalen, så att detta endast täcker de avtal som verkligen bör undantas. Det är inte en lätt uppgift att hitta ett kriterium som gör avgränsningen korrekt och även ger den rättssäkerhet som krävs. Jag vill eventuellt föreslå som kriterium att kollektivavtalet måste behandla kärnfrågor i kollektiva förhandlingar som till exempel löner och arbetsvillkor vilka inte direkt påverkar tredje man eller andra marknader. Det avgörande bör då bli om avtalet i fråga endast ändrar eller skapar rättigheter och skyldigheter i anställningsförhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare, eller om det går utöver detta och på ett direkt sätt påverkar relationerna mellan arbetsgivare och tredje man såsom kunder, leverantörer, konkurrerande arbetsgivare eller konsumenter. Den ovan gjorda analysen av nationella rättssystem erbjöd ett flertal exempel på den sistnämnda avtalstypen. Eftersom sådana avtal potentiellt sett kan skada konkurrensen, bör de vara föremål för prövning av kommissionen eller andra behöriga myndigheter, som kan undersöka om någon märkbar begränsning av konkurrensen föreligger. Om så skulle vara fallet bör kommissionen kunna ha möjlighet att göra en avvägning mellan de inblandade intressena och, om den så anser tillbörligt, bevilja undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Både kommissionen och domstolen har vid några tillfällen erkänt möjligheten att beakta sociala skäl i detta sammanhang, särskilt genom att tolka villkoren i artikel 85.3 extensivt för att omfatta sysselsättning. [90]

194. Min slutsats vad avser konkurrensrättslig immunitet för kollektivavtal blir därför att kollektivavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare, som har slutits i god tro och behandlar kärnfrågor i kollektiva förhandlingar som löne- och arbetsvillkor samt inte direkt påverkar tredje man eller andra marknader, inte omfattas av artikel 85.1 i fördraget.

90 — Dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen (REG 1977, s. 1875; svensk specialutgåva volym 3, s. 431), punkt 43, av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 42, kommissionens beslut 84/380/EEG av den 4 juli 1980 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/30.810 — Syntetic Fibres), (EGT L 207, 1984, s. 17), punkt 37, och kommissionens beslut 93/49/EEG av den 23 december 1992 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.814 — Ford mot Volkswagen), (EGT L 20, 1993, s. 14), punkt 23.

195. Omfattas då de aktuella avtalen av undantaget?

196. Det skall härvid erinras om att arbetsgivarna enligt den nederländska lagstiftningen i princip har frihet att välja om de vill erbjuda en kompletterande pension till sina arbetstagare eller inte. Om de väljer att göra detta, kan de sluta kollektivavtal där arbetstagarna och arbetsgivarna enbart kommer överens om miniminivåer för pensionerna. I de fallen beslutar arbetsgivaren i fråga om hur de insamlade medlen skall användas. Arbetsgivarna och arbetstagarna kan också komma överens om att bilda en tjänstepensionsfond. Fonden kan förvaltas antingen av representanter för arbetsgivare och arbetstagare, eller av ett försäkringsbolag. När arbetstagarna och arbetsgivarna en gång bestämt sig för att bilda en sådan tjänstepensionsfond, har de att avgöra om de skall ansöka hos behörig minister om obligatorisk anslutning till fonden för hela sektorn eller inte.

197. Med hänsyn till dessa många valmöjligheter kan de avtal som nu granskas delas upp i tre olika typer av avtal, med följande innehåll:

a) För varje arbetstagare som tillhör en särskild bransch tillhandahåller arbetsgivaren en viss pensionsavgift.

b) En tjänstepensionsfond bildas med hjälp av de insamlade pensionsmedlen och representanter för arbetsgivare och fackföreningar förvaltar fonden gemensamt.

c) Båda sidor av näringslivet ansöker gemensamt hos behörig minister om obligatorisk anslutning för alla företag inom branschen.

198. Vad avser den första typen av avtal ingår arbetsgivarens pensionsavgifter i den lön arbetstagaren får för sitt arbete, [91] och medför samma bedömningsfrågor som lön och andra arbetsvillkor. Kollektiva förhandlingar om harmoniserade pensionsavgifter är därför en förhandling om innehållet i anställningsavtalet och påverkar inte direkt tredje man. Avtalen täcks därför av det undantag som jag har förespråkat ovan.

199. De andra två typerna av avtal är mer svårbedömda. De kan endast anses vara underordnade till den första avtalstypen, men det finns emellertid utrymme att, med stöd av de ovan redovisade kriterierna, hävda att dessa avtalstyper inte bör täckas av undantaget. För det första finns det nämligen en begränsning av den deltagande arbetsgivarens frihet att låta försäkrings-

91 — Dom av den 17 maj 1990 i mål C-262/88, Barber (REG 1990, s. I-1889; svensk specialutgåva, volym 10).

bolag sköta förvaltningen av fonderna (eller friheten att göra detta själv). För det andra försöker arbetsgivarna och arbetstagarna gemensamt att tvinga de arbetsgivare som inte var med i förhandlingarna till att ändå följa avtalsresultatet. Därav följer att båda dessa avtalstyper inte endast kan ses som kollektiva förhandlingar om innehållet i anställningsförhållandet, utan de påverkar direkt relationerna mellan arbetsgivare och tredje man och täcks därför inte av det undantag som jag föreslagit ovan.

200. Jag går nu följaktligen över till att analysera artikel 85.1 mot bakgrund av de två sistnämnda avtalstyperna.

C — *Avtal mellan företag*

201. Enligt den nederländska, den franska och den svenska regeringen samt kommissionen, kan avtalen inte ses som avtal mellan "företag" och artikel 85.1 i fördraget är därför inte tillämplig med avseende på person. De har gjort gällande att arbetstagare inte kan ses som "företag", eftersom dessa inte utgör några självständiga ekonomiska aktörer, utan i stället är knutna till sina arbetsgivare. Arbetstagarnas representanter, det vill säga fackföreningarna, utövar inte någon ekonomisk aktivitet, i vart fall inte när de förhandlar kollektivt om områden som arbetsvillkor eller pensioner. En av de två avtalsparterna kan därför inte kvalificeras som ett företag.

202. Vad avser argumentet att det finns ett underförstått "avtal mellan företag" eller ett "beslut av företagssammanslutningar", har den nederländska regeringen hävdat att en arbetsgivare som deltar i kollektiva förhandlingar om pensionsfrågor inte utövar ekonomisk verksamhet utan social verksamhet.

203. Kommissionen har kommit till samma slutsats, men av inte helt klarlagda skäl. Kommissionen har nämligen för domstolen endast pekat på vilka konsekvenserna skulle bli av ett avgörande med motsatt utgång.

204. Jag kommer först att bedöma om de inblandade ekonomiska aktörerna kan kvalificeras som företag eller företagssammanslutningar. Därefter kommer jag att gå in på frågan om det föreligger ett avtal eller någon annan form av samordning.

1. *Företag eller företagssammanslutning*

205. Domstolen har fastslagit att "begreppet företag... omfattar varje enhet som

utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering". [92] Två anmärkningar kan härvid inledningsvis göras.

206. För det första anser jag att begreppet "företag" har ett tvådelat syfte såvitt avser artikel 85. För det första — och det mest uppenbara — möjliggör det fastställandet av de kategorier av aktörer som omfattas av konkurrensreglerna. Den frågan uppstår till exempel i mål som rör offentliga organ. [93] I dessa mål prövar man om aktören utövar ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Det andra syftet är att fastställa vilken enhet som skall tillskrivas ansvar för ett visst uppträdande. Detta aktualiseras till exempel i mål som rör förhållandet mellan moder- och dotterbolag. [94] Då prövar man om det existerar en självständig enhet som agerar i eget intresse, eller om det bara finns ett "ombud" som inte är självständigt i sitt beslutsfattande.

207. För det andra har domstolen fastslagit att "begreppet företag placerat i ett konkurrensrättsligt sammanhang måste förstås som angivande av en ekonomisk enhet utifrån avsikten med avtalet i fråga". [95] Begreppet "företag" är alltså relativt och måste definieras i varje enskilt fall med beaktande av den specifika verksamhet som man granskar. I till exempel målet Höfner och Elser [96] ansågs ett statligt organ som bland annat utövade verksamhet inom arbetsförmedling vara ett företag. I målet Diego Calì & Figli [97] däremot, ansågs ett privatägt aktiebolag som av staten anförtrotts att sköta förebyggande föroreningsövervakning inte omfattas av konkurrensreglernas tillämpningsområde med avseende på person, vad gäller denna specifika verksamhet.

208. Vad avser de aktuella målen kommer jag i det följande att undersöka om a) arbetstagare, b) fackföreningar och c) arbetsgivare bör kvalificeras som företag eller företagssammanslutningar vid tillämpningen av konkurrensreglerna.

a) Arbetstagare

209. Domstolen fastslog i målet Suiker Unie att arbetstagare bildar en "ekonomisk enhet" [98] tillsammans med det företag som

92 — Domen i målet Höfner och Elser, se fotnot 53.

93 — Se till exempel dom av den 4 maj 1988 i mål 30/87, Bodson (REG 1988, s. 2479), domen i målet Höfner och Elser, se fotnot 53, och dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, volym 15).

94 — Dom av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457), samt de rättsfall som där anges i punkt 16.

95 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 170/83, Hydrotherm (REG 1984, s. 2999), punkt 11 (min kursivering).

96 — Mål C-41/90, se fotnot 53.

97 — Dom av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, Diego Calì & Figli (REG 1997, s. I-1547).

98 — Dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663), punkt 539.

är deras arbetsgivare. "Hjälporgan som är integrerade i uppdragsgivarens företag" [99] kan inte betraktas som ett företag. I det fallet behövde domstolen emellertid endast dra en gränslinje mellan arbetstagare och oberoende kommersiella representanter i förhållande till tredje man. Domstolen kunde därmed bygga sitt resonemang i huvudsak på arbetsgivarens ansvar för den verksamhet som arbetstagarna utövar.

210. I de aktuella målen är emellertid förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare relevant. Arbetstagarna i dessa mål har genom sina fackföreningar deltagit i förhandlingar om kompletterande pensioner och hur dessa skall förvaltas. Pensionerna utgör en del av arbetstagarnas lön från arbetsgivaren. [100] I detta hänseende agerar arbetstagarna oberoende och i eget intresse. Härav följer att domstolens resonemang i målet Suiker Unie inte är helt relevant.

211. Frågan uppstår då hur man bör kvalificera att arbetstagarna tillhandahåller arbetskraft mot lön.

212. Man skulle kunna hävda att detta utgör en ekonomisk verksamhet precis som handel med varor eller tillhandahållande av tjänster. Sett från ett ekonomiskt perspektiv är nog också ett sådant synsätt korrekt. Jag anser emellertid att det från ett juridiskt perspektiv är mindre korrekt.

213. För det första är det svårt att se hur begreppet "företag" kan anses omfatta begreppet "arbetstagare". Att göra en sådan tolkning av fördraget skulle enligt min mening vara felaktigt med hänsyn till fördragets ordalydelse.

214. För det andra ger den funktionella tolkningen av begreppet företag som domstolen har anammat i sin rättspraxis samma resultat. Vad gäller offentliga organ undersöker domstolen om verksamheten, i vart fall potentiellt, utförs av privata enheter som tillhandahåller varor eller tjänster på marknaden. [101] Även fysiska personer kan då komma att omfattas av definitionen företag, [102] under förutsättning att de är oberoende ekonomiska aktörer på marknaden för varor och tjänster. Skälen till detta resonemang är att de granskade enheterna då uppfyller ett företags "funktion". Att tillämpa artiklarna 85 eller 86 på sådana offentliga organ eller individer kan då rättfärdigas med att dessa är verksamma

99 — Ibidem, punkt 542.

100 — Domen i målet Barber, se fotnot 91.

101 — Se domarna i de ovanstående målen Diego Calì & Figli, fotnot 97, och Höfner och Elser, fotnot 53.

102 — Se det nyligen avgjorda målet om italienska tullombud, dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851).

på samma eller liknande marknader och enligt samma principer som "normala" företag. [103]

215. Avlönat arbete är emellertid genom sin natur motsatsen till oberoende ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Arbetstagare bär normalt inte de direkta kommersiella riskerna med transaktioner. De lyder sina arbetsgivares order. De ställer inte sina tjänster till förfogande för andra klienter, utan arbetar för en och samma arbetsgivare. Det finns alltså en stor skillnad mellan en arbetstagare och ett företag som tillhandahåller tjänster. Denna skillnad kan också urskiljas genom deras olika rättsliga status på olika områden inom gemenskapsrätten [104] och nationell lagstiftning.

216. För det tredje har gemenskapens konkurrensrätt inte upprättats för att tillämpas på arbetstagare. De exempel på konkurrensbegränsande beteenden som återfinns i artiklarna 85.1 och 86 eller de villkor för undantag som uppställs i artikel 85.3 har tydligt upprättats med de ekonomiska aktörer som tillhandahåller varor och tjänster i åtanke. I artikel 85.1 a nämns till exempel "inköps- eller försäljningspriser" och "andra affärsvillkor". Arbetstagare å den andra sidan har att göra med "löner" och "arbetsvillkor". Att tillämpa artikel 85.1 på arbetstagare skulle därmed medföra en något olustig jämförelse mellan marknaderna för varor och tjänster på den ena sidan och arbetsmarknaden på den andra.

217. Jag anser därför att arbetstagare i princip inte omfattas av förbudet i artikel 85.1. Framtiden kommer troligen att utvisa om ett sådant ställningstagande även gäller vissa gränsområden som till exempel professionell sport.

b) Fackföreningar

218. Eftersom en arbetstagare alltså inte kan betraktas som ett företag enligt definitionen i artikel 85, medför det alltså att fackföreningar eller andra sammanslutningar som företräder arbetstagare inte kan betraktas som "företagssammanslutningar".

219. Kan fackföreningar emellertid i sig betraktas som "företag"?

220. Det blotta faktum att fackföreningar inte är vinstdrivande, fråntar inte deras

103 — För en detaljerad jämförelse med "normala" företag, se domen i målet kommissionen mot Italien, fotnot 102, punkterna 36—38.

104 — Till exempel artiklarna 48 och 59 i fördraget.

verksamhet helt dess ekonomiska karaktär. [105]

221. En fackförening är en sammanslutning för arbetstagare. Det står klart att sammanslutningar kan betraktas som "företag", om de själva utövar ekonomisk verksamhet. [106]

222. Det måste hållas i minne att en sammanslutning kan handla antingen i sitt eget intresse och till viss del oberoende av sina medlemmars vilja, eller som ett verkställande organ för avtal mellan medlemmarna. I det förra fallet är sammanslutningens verksamhet hänförlig till sammanslutningen som sådan, medan medlemmarna själva ansvarar för sammanslutningens agerande i det senare fallet.

223. Vad avser vanliga branschsammanslutningar är denna avgränsning ofta inte viktig, eftersom artikel 85 tillämpas på samma sätt på avtal mellan företag och beslut av företagssammanslutningar. [107] Avgränsningen kan dock ha en viss relevans för vem kommissionen skall rikta sina beslut till och vem som skall bötfällas. [108]

224. Vad avser fackföreningar bli emellertid denna avgränsning av avgörande betydelse, eftersom om fackföreningen endast handlar som ombud är den endast ett verkställande organ för avtal som medlemmarna slutit, vilka i sig — som ovan har anförts — inte träffas av förbudet i artikel 85.1.

225. Vad gäller fackföreningars verksamhet måste därför en tvåstegsanalys göras. Först ställer man frågan om en viss verksamhet är hänförlig till fackföreningen som sådan. Om så är fallet ställer man sedan frågan om verksamheten är av ekonomisk karaktär.

226. Det står klart att vissa av fackföreningarnas verksamheter uppfyller dessa två villkor. Vissa fackföreningar bedriver till exempel för egen räkning snabbköp, sparbanker, resebyråer eller annan typ av affärsverksamhet. På sådan verksamhet är konkurrensreglerna tillämpliga.

105 — Se dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78—215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen (REG 1980, s. 3125; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345), punkt 88, och det ovannämnda målet FFSA m.fl., fotnot 56, punkt 21.

106 — Implicit framgår detta av dom av den 21 mars 1974 i mål 127/73, BRT (REG 1974, s. 313; svensk specialutgåva, volym 2, s. 249). Se generaladvokaten Mayras förslag inför denna dom på sidan 322, REG 1974, och generaladvokaten Lenz förslag till avgörande inför domen i målet Bosman, fotnot 21, punkt 256.

107 — Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande inför domen i målet Bosman, fotnot 21, punkt 258.

108 — Se om dessa problem i beslut av den 4 juni 1996 i mål T-18/96 R, SCK och FNK mot kommissionen (REG 1996, s. II-407), och i dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen (REG 1997, s. II-1739).

227. I de aktuella målen har fackföreningarna emellertid bedrivit kollektiva förhandlingar med arbetsgivare om pensioner för arbetstagarna inom en viss bransch. Fackföreningarna har då varit verksamma som ombud för sina medlemmar och inte agerat i eget intresse. Detta är i sig tillräckligt för att fastställa att fackföreningarna i de aktuella målen inte har varit verksamma som företag enligt konkurrenslagstiftningens definition.

c) Arbetsgivare

228. I de aktuella målen har arbetsgivarna utövat ekonomisk verksamhet på olika marknader för varor och tjänster. I det avseendet skall de kvalificeras som företag.

229. För att kunna framställa dessa varor eller tjänster har arbetsgivarna anställt arbetstagare. Anställningsprocessen utgör därför en naturlig del av arbetsgivarnas huvudsakliga ekonomiska verksamhet.

230. Som jag redan har nämnt har den nederländska regeringen gjort gällande att arbetsgivare som deltar i kollektiva förhandlingar om löner och arbetsvillkor inte utövar ekonomisk utan social verksamhet och därför inte, i vart fall inte i den rollen, kan betraktas som företag. Kommissionen har kommit till samma slutsats.

231. Eftersom jag har föreslagit ett begränsat undantag från konkurrensreglernas tillämplighet med avseende på person för den typen av avtal som den nederländska regeringen och kommissionen har hänfört sig till, är det egentligen inte nödvändigt för mig att bedöma argumenten i någon större utsträckning. Jag anser emellertid att det är av viss vikt att påpeka att arbetsgivarna faktiskt utövar ekonomisk verksamhet.

232. För det första drivs en arbetsgivare som deltar i kollektiva förhandlingar om arbetsvillkor, löner eller pensioner normalt inte, eller i vart fall inte enbart, av sociala intressen. Ser man det mer realistiskt föreligger nämligen ekonomiska motiv för arbetsgivaren, såsom att förhindra kostsamma arbetstvister, lägre transaktionskostnader genom kollektiva förhandlingar i enlighet med fastställda regler samt större förutsägbarhet och insyn vad gäller produktionskostnaderna.

233. För det andra beror ett företags ekonomiska framgång på en nationell och internationell marknad på förmågan att

sluta ett optimalt kollektivavtal med arbetstagarna, vilket därmed påverkar kostnadsstrukturen. Förhandlingarna med arbetstagarna utgör därför en väsentlig del av arbetsgivarens ekonomiska verksamhet på marknaden och kan inte på ett konstlat sätt avskiljas från denna verksamhet.

234. För det tredje innebär själva begreppet kollektiv förhandling att vardera part försvarar sina intressen. Arbetstagarsidan försöker uppnå så många sociala fördelar som möjligt. Arbetsgivarsidan försöker i stället försvara företagens ekonomiska intressen. Det optimala resultatet för såväl båda sidor som för samhället anses uppnås genom en jämvikt i förhandlingspositionerna. Härav följer att det inte ens skulle vara önskvärt att arbetsgivarna drevs av andra syften än ekonomiska.

235. Följaktligen skall arbetsgivarna betraktas som företag även vid kollektiva förhandlingar.

236. Arbetsgivarföreningarna i de aktuella målen är därför också att betrakta som företagssammanslutningar.

2. Avtal eller andra typer av samordning

237. Eftersom varken arbetstagarna eller deras representanter skall anses som företag, kommer jag i det följande att fokusera på om ett kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare innehåller ett underförstått avtal mellan arbetsgivarna.

238. Domstolen fastslog i målet BNIC att "den rättsliga ram inom vilken sådana avtal [mellan företag] ingås och sådana beslut [av företagssammanslutningar] fattas samt den rättsliga beteckningen på denna ram i olika nationella rättsordningar saknar således inverkan på tillämpningen av gemenskapsrättens regler om konkurrens och i synnerhet av artikel 85 i fördraget". [109]

239. I målet Frubo mot kommissionen gjorde domstolen klart att "artikel 85.1 är tillämplig på sammanslutningar i den mån som deras egen verksamhet — eller den verksamhet som utövas av de företag som är anslutna till sammanslutningen — har till syfte att framkalla de verkningar som artikeln avser. Att ge artikel 85.1 någon annan tolkning skulle beröva den dess materiella innehåll". [110]

109 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 123/83, BNIC (REG 1985, s. 391), punkt 17.

110 — Dom av den 15 maj 1975 i mål 71/74, Frubo mot kommissionen (REG 1975, s. 563), punkterna 30 och 31.

240. Det följer vidare av domstolens rättspraxis att ett avtal kan vara muntligt [111] eller underförstått [112] och att det är tillräckligt att de aktuella företagen har uttryckt en gemensam vilja att agera på ett särskilt sätt. [113]

241. För att kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare skall kunna slutas krävs att båda avtalsparter samordnar sitt agerande, antingen genom avtal *ad hoc* eller genom sammanslutningar. Som ett minimikrav gäller att båda sidor måste gå med på att förhandla gemensamt och att respektera förhandlingsresultatet.

242. Mot bakgrund av domstolens ovannämnda domar står det därmed klart att det på arbetsgivarsidan föreligger ett sådant underförstått avtal mellan företagen i den mening som avses i artikel 85.1. I vart fall existerar ett sådant samordnat förfarande som omnämns i artikel 85.1.

243. Kommissionen har också agerat i enlighet med detta synsätt i det enda beslut som den har fattat avseende förhållandet mellan artikel 85.1 å ena sidan och kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare å den andra sidan. I beslutet Irish Banks' Standing Committe [114] ansökte en irländsk bankförening om ett icke-ingripandebesked för ett avtal om öppettider som hade slutits mellan olika banker och bankanställdas fackförening. Kommissionen fastställde först att konkurrensreglerna var tillämpliga på bankväsendet och uppgav därefter att "bankerna som deltagit i avtalen, som ansökan om icke-ingripandebesked avser, är företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget". Kommissionen anförde därefter: "I ansökan om icke-ingripandebesked anges att de berörda avtalen har slutits mellan parterna som gjort ansökan. Som sådana kan avtalen anses utgöra avtal mellan företag enligt artikel 85."

244. Jag kommer därför till slutsatsen att samtliga kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare innehåller ett underförstått avtal mellan företag på arbetsgivarsidan.

D — *Konkurrensbegränsning*

245. Frågan är om de underförstådda avtalen mellan arbetsgivarna, om dessa inte täcks av en konkurrensrättslig immunitet, "har till syfte eller resultat att hindra,

111 — Dom av den 20 juni 1978 i mål 28/77, Tepea mot kommissionen (REG 1978, s. 1391), punkt 41.

112 — Dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), punkt 38.

113 — Dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457), punkt 112 samt domen i de ovannämnda förenade målen Van Landewycke m.fl. mot kommissionen, fotnot 105, punkt 86.

114 — Se fotnot 21.

begränsa eller snedvrida konkurrensen" i den mening som avses i artikel 85.1.

246. Fonderna och den nederländska regeringen har hävdat att de aktuella kollektivavtalen varken har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen. Avtalen har i stället ett socialt syfte och har inte upprättats för att begränsa konkurrensen mellan de deltagande företagen. Om någon konkurrensbegränsning över huvud taget skulle föreligga så är denna i så fall inte hänförlig till arbetsgivarnas agerande utan till statens åtgärder att göra anslutning obligatorisk för företagen inom den aktuella branschen.

247. Före en analys i denna del är det lämpligt att först göra två påpekanden.

248. För det första är samspelet mellan kollektivavtalen i de aktuella målen och statens inblandning komplicerat. Det finns ett kollektivavtal mellan företrädare för arbetsgivarna och arbetstagarna. Detta avtal förutsätter i sin tur två underförstådda avtal, nämligen ett avtal mellan arbetsgivarna å den ena sidan och ett avtal mellan arbetstagarna å den andra sidan. Slutligen finns också den nederländska regeringens inblandning genom att den har gjort anslutning till fonden obligatorisk.

249. Analysen måste fokusera på följderna av det underförstådda avtalet mellan arbetsgivarna och därvid i varje enskilt fall på orsakssambandet mellan detta avtal och dess inverkan på olika aktörer och marknader.

250. För det andra är det nödvändigt att genom en noggrann analys även beakta det särskilda ekonomiska sammanhanget i dessa mål.

251. I motsats till många nationella konkurrenslagstiftningar är gemenskapens konkurrensregler tillämpliga på i stort sett alla branscher (till exempel jordbruket, bankväsendet, försäkringsbranschen, energisektorn, transportområdet samt det sociala området) och på alla typer av avtal (till exempel vertikala avtal). Konkurrensregleringens omfattande tillämpningsområde gör det än mer viktigt att ta hänsyn till speciella ekonomiska särdrag inom en bransch eller vissa avtalstyper när man skall bedöma om konkurrensreglerna har överträtts i ett enskilt fall.

252. Vad avser tolkningen av uttrycket "hindra, begränsa eller snedvrida konkur-

rensen" i artikel 85.1, så ger entydiga regler, som endast anger konkurrensbegränsningar i enskilda aktörers uppträdande, normalt en giltig grund för presumtion om konkurrensbegränsande inverkan och de ger därmed också önskad rättssäkerhet. I mål som avser speciella branscher [115] eller avtalstyper, [116] har domstolen emellertid övergett detta rigida synsätt och har gjort mer ingående analyser. På grund av syftet och karaktären i de avtal som är för handen i de nu aktuella målen, måste följaktligen det ekonomiska sammanhanget och de ibland komplicerade underordnade ekonomiska motiven beaktas.

253. Jag går nu över till avtalen i de aktuella målen. Som jag har anfört ovan kan dessa kollektivavtal delas in i tre oberoende delar juridiskt och ekonomisk sett.

254. Som anförts är den första delen, det vill säga avtalen mellan arbetsgivarna om att harmonisera pensionsavgifter inom en viss bransch, undantagen från artikel 85.1. Dessa avtal är nämligen avtal om lön till arbetstagarna och utgör därmed en kärnfråga i den kollektiva förhandlingsprocessen samt påverkar inte direkt vare sig tredje man eller marknaderna. Konkurrensreglerna skall därför inte tillämpas på denna del.

255. I detta fall skall endast den andra och den tredje delen bedömas, vilka har — eller i vart fall påstås ha — konsekvenser för försäkringsbolag och arbetsgivare som inte tagit del i de aktuella kollektivavtalen. Vidare måste det hållas i minne att endast det underförstådda avtalet mellan arbetsgivarna är av relevans. Jag kommer därför nedan att undersöka om det har uppstått en märkbar konkurrensbegränsning på grund av ett underförstått avtal mellan arbetsgivare med avseende på, för det första, avtalet att bilda en enda pensionsfond som arbetsgivarna och fackföreningarna förvaltar gemensamt och, för det andra, avtalet att gemensamt med fackföreningarna ansöka hos behörig minister för att få till stånd en obligatorisk anslutning till fonden för alla företag inom den relevanta branschen.

115 — Domstolens dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG (REG 1994, s. I-5641), punkt 31, av den 12 december 1995 i mål C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl. (REG 1995, s. I-4515), punkt 10; förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. II-3141), punkterna 136 och 137.

116 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière (REG 1966, s. 337; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251), av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935), dom av den 8 juni 1971 i mål 78/70, Deutsche Grammophon (REG 1971, s. 487; svensk specialutgåva, volym 1, s. 575), och dom av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser mot kommissionen (REG 1982, s. 2015), och av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia (REG 1986, s. 353; svensk specialutgåva, volym 8, s. 403).

1. *Avtalet att bilda en enda pensionsfond som arbetsgivarna och fackföreningarna gemensamt förvaltar*

256. För att bättre förstå de skäl som ligger till grund för avtalet, bör man först

begrunda de alternativ som står till förfogande för arbetsgivare och arbetstagare. Det finns kollektivavtal där arbetsgivare och arbetstagare endast kommer överens om den lägsta pensionsavgift som skall gälla för varje anställd. I det fallet bestämmer arbetsgivaren hur pensionsmedlen skall förvaltas. Arbetsgivaren kan då välja att bilda en företagspensionsfond, att teckna gruppförsäkringsavtal med ett försäkringsbolag för sitt företag, eller att bilda en gemensam tjänstepensionsfond tillsammans med andra arbetsgivare.

257. I de aktuella målen har representanterna för arbetsgivare och arbetstagare valt det tredje av dessa alternativ, nämligen att bilda en gemensam tjänstepensionsfond som förvaltas gemensamt av representanter från båda sidor av näringslivet.

258. Hur kan avtalet granskas mot bakgrund av konkurrensrätten? För det första utgör avtalet en frivillig horisontell samverkan mellan företag inom samma bransch, vad gäller förvaltningen av de anställdas pensioner. Anslutningen till fonden blir obligatorisk endast på grund av att den nederländska regeringen därefter har ingripit. För det andra sker samarbetet inte *ad hoc*, utan permanent och avskilt från de deltagande företagen.

259. Att upprätta pensionsfonder som en institutionaliserad form av samarbete har därför många likheter med vad som annars är känt som ett skapande av ett kooperativt samriskföretag.

260. Jag kommer nedan att för sig undersöka hur avtalet påverkar a) de företag som är arbetsgivare och b) försäkringsbolagen.

a) Konkurrensbegränsning med avseende på arbetsgivarna

261. Begränsar bildandet av pensionsfonderna märkbart konkurrensen mellan arbetsgivarna?

262. Vad avser kooperativ för inköp på jordbruksområdet har domstolen gjort följande uttalande:

"... det förhållandet att en verksamhet organiseras i den juridiska formen av en sammanslutning [utgör] inte i sig... ett konkurrensbegränsande beteende. Denna juridiska form har... fördelar både för den nationella lagstiftaren och för gemenskapen, eftersom jordbruket moderniseras och

rationaliseras och företagen effektiviseras." [117]

263. I sitt meddelande om avtal, beslut och samordnade förfaranden rörande samarbete mellan företag [118] har kommissionen anfört följande:

"...

I. Kommissionen välkomnar samarbete mellan små och medelstora företag, om ett sådant samarbete förmår företagen att arbeta mer effektivt och att öka deras produktivitet och konkurrenskraft på en större marknad. Det är kommissionens uppgift att underlätta ett sådant samarbete särskilt mellan små och medelstora företag, men kommissionen anser att ett sådant samarbete kan vara ekonomiskt önskvärt även mellan stora företag, utan att problem uppstår vad gäller konkurrenspolitiken.

...

Det kan också förekomma andra former av samarbete mellan företag än som omnämns nedan och som inte är förbjudna enligt artikel 85.1 i EEG-fördraget...

...

II. Kommissionen anser att följande avtal inte är konkurrensbegränsande:

...

2. *Avtal som endast har följande syfte:*

a) samarbete vad gäller bokföring,

b) gemensamma kreditgarantier,

c) gemensamma inkassoföretag,

d) gemensamma konsultföretag rörande företagsledning eller skattefrågor.

117 — Domen i det ovannämnda målet Oude Luttikhuis m.fl., fotnot 115, punkt 12.

118 — EGT C 75, 1968, s. 3, rättelse i EGT C 84, 1968, s. 14.

I sådana fall omfattar samarbetet inte områden som är kopplade till tillhandahållande av varor och tjänster eller de inblandade företagens ekonomiska beslut och medför därför ingen konkurrensbegränsning."

264. I sitt meddelande om bedömning av kooperativa gemensamma företag enligt artikel 85 i EEG-fördraget [119] anför kommissionen följande i punkt 15:

"Artikel 85.1 är därför inte tillämplig på vissa typer av gemensamma företag eftersom de inte har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen. Detta gäller särskilt för

...

— gemensamma företag vars verksamhet är neutral i konkurrenshänseende, enligt meddelandet från 1968 om samarbete mellan företag. Den typ av samarbete som anges i detta är inte konkurrensbegränsande därför att

119 — EGT C 43, 1993, s. 2.

...

— det endast avser företagens förvaltning

— det endast avser samarbete inom områden som inte är kopplade till marknaden."

265. Skälen till domstolens dom och de två meddelandena är att institutionaliserat samarbete vad gäller företagsledning, som ger de inblandade företagen möjligheter att uppnå väsentliga stordriftsfördelar och som sker på ett område som inte är kopplat till produkt- eller tjänstemarknaden, normalt anses vara konkurrensbefrämjande.

266. Detta gäller även tjänstepensionsfonder.

267. Bildandet av en enda tjänstepensionsfond innebär många fördelar för de inblan-

dade arbetsgivarna. För det första innebär det stordriftsfördelar med avseende på de tjänster som är nödvändiga för hela systemets drift, såsom till exempel förvaltningen av avgifter och betalningar och andra förvaltningsåtgärder. Administrationen underlättas också om en arbetstagare byter arbetsplats, men är kvar inom samma bransch.

268. En tjänstepensionsfond har också en starkare förhandlingsposition på investeringsmarknaderna och gentemot tjänsteleverantörerna (konsulter och försäkringsbolag). Även av denna anledning uppstår därför konkurrensbefrämjande effekter.

269. För det andra, vilket också är fallet med till exempel gemensamma bokföringseller skatterådgivningsbolag, täcker samarbetet vad gäller förvaltningen av pensionerna ett område som inte är direkt kopplat till "tillhandahållande av varor och tjänster eller de inblandade företagens ekonomiska beslut". Samarbetet sker tvärtom på ett område som till och med är än mer avlägset produktmarknaden än vad till exempel gemensam forskning och utveckling är.

270. Bildandet av en frivillig tjänstepensionsfond är således en effektiv och rationell form av konkurrensbefrämjande samarbete mellan företag och omfattas i princip inte av artikel 85.1.

271. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har emellertid hävdat att artikel 85.1 har överträtts, eftersom deras frihet att själva bestämmma hur de vill organisera sitt pensionssystem har begränsats.

272. Vad avser regleringen av en jordbruksammanslutning där möjligheterna att dra sig ur organisationen var begränsade har domstolen anfört följande:

"Detta innebär emellertid inte i sig att de stadgebestämmelser i vilka förhållandet mellan sammanslutningen och dess medlemmar regleras — i synnerhet de om uppsägning av avtalsförhållandet och de genom vilka medlemmarna åläggs att enbart sälja mjölkproduktionen till sammanslutningen — automatiskt är undantagna från förbudet i artikel 85.1 i fördraget.

För att inte omfattas av förbudet i fördragets artikel 85.1, skall de begränsningar som medlemmarna åläggs genom sammanslutningarnas stadgor och som har till syfte att säkerställa deras trofasthet begränsas till vad som är nödvändigt för att säkerställa att sammanslutningen fungerar till-

fredsställande och i synnerhet för att denna skall garanteras en tillräckligt stor verksamhetsbas och en viss stabilitet vad gäller antalet medlemmar." [120]

273. Företag kan alltså i vissa fall fritt skapa kooperativa sammanslutningar, men de *avtalsenliga* begränsningarna i avtalsfriheten som kan följa får inte göras större än vad som är nödvändigt.

274. Enligt min mening kan en jämförelse här göras mellan en tjänstepensionsfond med begränsningar i möjligheten att dra sig ur samarbetet och vissa underordnade avtalsenliga begränsningar som syftar till att säkerställa medlemmarnas lojalitet som en nödvändig del "för att denna skall garanteras en tillräckligt stor verksamhetsbas och en viss stabilitet vad gäller antalet medlemmar".

275. I de aktuella målen är situationen emellertid en annan. Ingenting i handlingarna tyder på att begränsningarna i fråga har direkt samband med de aktuella kollektivavtalen. Friheten att själv bestämma hur pensionssystemet skall organiseras verkar inte ha begränsats på grund av avtalen om att bilda fonderna, utan genom Nederländernas beslut att göra anslutning till fonderna obligatorisk. Det föreligger därför inget direkt orsakssamband mellan de ursprungliga avtalen, som slutits av vissa arbetsgivare, om att bilda en gemensam pensionsfond och de faktiska svårigheter som sökandena har mött när de velat få dispens från obligatorisk anslutning. Begränsningen av sökandenas frihet har berott på den nederländska regeringens inblandning. Frågan huruvida denna inblandning är förenlig med artiklarna 5 och 85.1 samt artiklarna 86 och 90.1 är en annan fråga som kommer att behandlas mer ingående nedan.

b) Begränsningar vad gäller pensionsförsäkringsbolagen

276. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har alla gjort gällande att förbudet mot att teckna kompletterande pensionsavtal med privata försäkringsbolag påverkar konkurrenssituationen för försäkringsbolagen på ett ogynnsamt sätt. De sistnämnda bolagen är nämligen förhindrade att sluta gruppförsäkringsavtal med arbetsgivare som tillhör en viss bransch och de utesluts därigenom från en stor del av den nederländska försäkringsmarknaden. Därtill kommer den kumulativa effekten av att obligatorisk anslutning återfinns i stort sett alla branscher i Nederländerna.

277. Jag kommer först att analysera de ursprungliga avtalen mellan arbetsgivare och representanter för arbetstagare om att bilda en gemensam tjänstepensionsfond som de förvaltar gemensamt. Jag kommer

120 — Domen i det ovannämnda målet Oude Luttikhuis m.fl., se fotnot 115, punkterna 13 och 14.

därvid att fristående betrakta avtalet med utgångspunkt från en frivillig pensionsfond och utan att ta regeringens efterkommande inblandning i beaktande. Effekterna av regeringens beslut om obligatorisk anslutning kommer jag att behandla senare.

278. Vad gäller beslutet att bilda en frivillig tjänstepensionsfond så måste det hållas i minnet att en enskild arbetsgivare kan välja om han vill bilda en företagspensionsfond eller teckna gruppförsäkringsavtal för arbetstagarna med något försäkringsbolag.

279. Sett ur konkurrensrättslig synvinkel är dessa alternativ neutrala. Valmöjligheten är jämförbar med en fabrikants beslut om att "köpa" vissa tjänster (till exempel städning, bokföring) från en extern leverantör, eller att "producera" tjänsterna själv inom företaget. Beslutet om att inte inleda några avtalsförhållanden med en extern leverantör är skyddat genom avtalsfriheten. En vägran att ingå i ett sådant avtalsförhållande kan bli konkurrensrättsligt relevant endast om företaget i fråga skulle ha en dominerande ställning.

280. Att vissa arbetsgivare beslutar att samarbeta med andra arbetsgivare i syfte att bilda en enda fond förvärrar inte läget för pensionsförsäkringsbolagen. Som redan har visats har alla arbetsgivare frihet att välja om de över huvud taget vill erbjuda någon pension eller att erbjuda pensioner genom en företagspensionsfond. Ur försäkringsbolagens synvinkel gör det då ingen skillnad om flera arbetsgivare beslutar att slå samman pensionsmedlen genom att bilda en enda pensionsfond i stället för att ha ett flertal enskilda företagspensionsfonder.

281. Vidare har handlingarna i målet inte visat att det ursprungliga kollektivavtalet att bilda en gemensam pensionsfond innehöll några begränsningar av medlemmarnas möjligheter att dra sig ur fonden och sluta mer gynnsamma avtal med ett externt försäkringsbolag. En pensionsfond bildad på frivillig basis och utan några exklusiva rättigheter eller begränsningar i möjligheten att dra sig ur samarbetet, har därmed inte några verkliga utestängande effekter.

282. Slutligen har också parterna och den nederländska regeringen vitsordat att representanterna för arbetsgivare och arbetstagare har möjlighet att anförtro försäkringsbolag att förvalta tjänstepensionsfonderna. Försäkringsbolagen ges därigenom en ytterligare möjlighet att erbjuda sina förvaltningstjänster till stora fonder som företräder ett stort antal arbetsgivare och arbetstagare.

283. Om representanterna för arbetsgivare och arbetstagare däremot väljer att förvalta fonden själva och alltså inte sluta något avtal med ett försäkringsbolag skall detta betraktas som en avtalsvägran som i princip omfattas av avtalsfriheten och därför endast kan vara relevant för tillämpningen av reglerna i artikel 86.

284. Vad avser arbetsgivarnas deltagande i det ursprungliga avtalet om att bilda en tjänstepensionsfond ger detta inte upphov till några verkliga utestängande effekter för försäkringsbolagen. En arbetsgivares beslut att delta i en gemensam tjänstepensionsfond, i stället för att ge ett försäkringsbolag i uppdrag att förvalta pensionsmedlen, är skyddat genom principen om avtalsfrihet.

285. Sökandenas argument riktar alltså i huvudsak in sig på de effekter som uppstår genom den obligatoriska anslutningen. Det är endast genom denna obligatoriska anslutning som arbetsgivarnas möjligheter att sluta gruppförsäkringsavtal med försäkringsbolag begränsas. Den andra effekten är att försäkringsbolagen inte får tillgång till den potentiella marknaden för kompletterande pensionsförsäkringar. Som redan har nämnts är emellertid förenligheten av den nederländska regeringens inblandning med gemenskapsrätten en annan fråga som jag kommer att behandla nedan.

286. Det ursprungliga avtalet mellan arbetsgivare att bilda en gemensam pensionsfond som de förvaltar tillsammans med representanter för arbetstagarna, omfattas alltså därför inte av artikel 85.1. Om några begränsande effekter har uppstått så har detta skett på grund av den nederländska regeringens inblandning.

2. *Överenskommelsen om att gemensamt med fackföreningarna ansöka hos behörig minister om obligatorisk anslutning för alla företag inom branschen*

287. Därefter skall den gemensamma ansökan till ministern om obligatorisk anslutning för alla företagen inom branschen undersökas.

288. För arbetsgivarna kan överenskommelsen ses som en samlad aktion varvid man hemställer om regeringens ingripande i syfte att skapa likvärdiga konkurrensvillkor mellan alla arbetsgivare inom branschen.

289. För det första måste ett sådant agerande särskiljas från ett mer direkt agerande mot externa konkurrerande företag för att tvinga dessa att delta eller respektera ett visst avtal. Exempel på vanliga sådana åtgärder är bojkotter eller ömsesidiga exklusiva inköpsavtal som slutits med köpare eller leverantörer. De överträdande företagen har i sådana situationer ofta

hävdat att aktionerna var berättigade för att förhindra illojal konkurrens, dumpning eller att aktionerna mer allmänt var av allmänintresse. Domstolen och kommissionen har emellertid konsekvent uttalat att det ankommer på offentliga myndigheter och domstolar och inte privata företag att skydda allmänintresset i frågor som avser produktsäkerhet och förhindrande av illojal konkurrens. [121]

290. För det andra har det redan visats att det ursprungliga avtalet mellan vissa arbetsgivare och representanter för arbetstagare att bilda en enda tjänstepensionsfond inte står i strid med artikel 85.1. Den aktuella gemensamma ansökan kan därför särskiljas från en ansökan från företag om att utvidga verkan av ett förbjudet avtal till andra företag inom branschen.

291. Enligt min mening är emellertid det sistnämnda inte avgörande i frågan om det aktuella uppträdandets laglighet. Enbart ansträngningar av ett företag för att övertyga en myndighet om att utvidga ett avtals verkningar till andra ekonomiska aktörer, omfattas inte av artikel 85.1. [122]

292. För det första påverkar nämligen en sådan ansträngning i sig inte konkurrensen eller någons konkurrensfrihet. Om en begränsning uppstår är det i sådana fall en konsekvens av statens agerande i efterhand.

293. För det andra är samordnade ansökningar till staten en del av vårt demokratiska samhälle. Såväl fysiska som juridiska personer har rätt att organisera sig och att gemensamt göra olika hemställningar till regeringen eller lagstiftaren. Myndigheterna har därefter att avgöra om den föreslagna åtgärden ligger i allmänhetens intresse eller inte. Myndigheterna har därvid ensamma befogenhet att företa en skönsmässig bedömning, men har också ensamma ansvaret för sitt beslut.

294. Härav följer att inte heller en gemensam ansökan om att få till stånd obligatorisk anslutning omfattas av artikel 85.1.

295. Eftersom därför inget av avtalen är konkurrensbegränsande, finns det ingen

121 — Dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen (REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437), punkt 37 i domen; dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89, Hilti mot kommissionen (REG 1991, s. II-1439), punkterna 115—119; och kommissionens beslut 94/815/EEG av den 30 november 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/33.126 — Cement), EGT L 343, 1994, s. 1, punkt 8.

122 — Det ovannämnda beslutet 94/815, se fotnot 121.

anledning att undersöka om avtalen påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

296. Jag drar därför följande slutsatser. Det materiella tillämpningsområdet för artikel 85.1 omfattar inte kollektivavtal mellan näringslivets båda sidor där arbetsgivarna förpliktar sig att erlägga en fastställd pensionsavgift för varje arbetstagare inom en viss bransch, eftersom avtalen utgör kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare, slutna i god tro och rör kärnfrågor i den kollektiva förhandlingsprocessen såsom löner och arbetsvillkor och inte direkt påverkar andra marknader eller tredje man. Tillämpningsområdet med avseende på person för artikel 85.1 omfattar inte heller arbetstagarna eller fackföreningarna i de aktuella målen, eftersom ingen av dessa agerar som ett företag i konkurrenslagstiftningens mening i den kollektiva förhandlingsprocessen. Vad avser de två underförstådda avtalen mellan arbetsgivarna om att bilda en enda tjänstepensionsfond som förvaltas gemensamt av arbetsgivare och arbetstagare samt att tillsammans med fackföreningarna ansöka hos behörig minister om obligatorisk anslutning till fonden är artikel 85.1 förvisso tillämplig, men den har inte överträtts eftersom inget av avtalen är konkurrensbegränsande.

297. Följaktligen överträds inte artikel 85.1 om företrädare för arbetsgivare och arbetstagare inom en viss bransch kommer överens om att kollektivt upprätta en enda tjänstepensionsfond och gemensamt ansöka hos myndigheterna om obligatorisk anslutning till fonden för alla personer inom branschen.

VII — Artiklarna 5 och 85

298. Frågan är nu om en medlemsstat överträder artiklarna 5 och 85 i fördraget genom att besluta om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond för alla företag som tillhör en viss bransch, på begäran från representanter för arbetsgivare och arbetstagare.

299. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har gjort gällande att Nederländerna genom att först anta lagstiftning om obligatorisk anslutning och sedan göra anslutning obligatorisk i de respektive tre fonderna, har uppmuntrat och förstärkt de effekter av avtalet som står i strid med artikel 85.1. Enligt deras mening innebär detta agerande en överträdelse av artiklarna 5 och 85 enligt domstolens tolkning i målen Meng [123] och Ohra Schadeverzekeringen. [124]

123 — Dom av den 17 november 1993 i mål C-2/91, Meng (REG 1993, s. I-5751; svensk specialutgåva, volym 14).

124 — Dom av den 17 november 1993 i mål C-245/91, Ohra Schadeverzekeringen (REG 1993, s. I-5851).

300. Fonderna, den nederländska, den franska och den svenska regeringen och kommissionen har hävdat att det i de aktuella målen inte finns något avtal som står i strid med artikel 85.1 och som därmed kunde komma att uppmuntras eller vars effekter kunde komma att förstärkas på det sätt som avses i domstolens rättspraxis. Enligt fonderna har Nederländerna inte heller delegerat ansvaret att besluta om ingripanden i ekonomiska angelägenhet till privata företag på det sätt som avses i domstolens rättspraxis.

301. I domstolens rättspraxis på området har följande principer fastslagits.[125] Artikel 85 sedd för sig gäller enbart företags förfaranden och täcker därför i princip inte medlemsstaternas lagar eller föreskrifter. Enligt artikel 85 jämförd med artikel 5 andra stycket får medlemsstaterna inte vidta eller bibehålla åtgärder, inte ens i lagar och föreskrifter, som kan leda till att den ändamålsenliga verkan av de konkurrensregler som är tillämpliga på företag undanröjs. Sådana situationer kan uppstå på tre sätt: 1) när en medlemsstat påbjuder eller uppmuntrar avtal, beslut eller samordnade förfaranden som står i strid med artikel 85, 2) när en medlemsstat förstärker verkningarna av sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden, 3) när en medlemsstat fråntar sin egen lagstiftning dess offentligrättsliga karaktär genom att delegera ansvaret att besluta om ingripanden i ekonomiska angelägenheter till privata aktörer.

302. Vad avser de första två av dessa situationer kräver domstolen att det skall föreligga ett samband med företagens konkurrensbegränsande beteende för att statens åtgärder skall anses vara olagliga.[126] Statliga åtgärder, som påbjuder eller uppmuntrar ett visst avtal mellan företag eller förstärker ett avtals effekter, omfattas inte av artiklarna 5 och 85 om inte avtalet i sig står i strid med artikel 85.1.[127] Som har redovisats ovan är avtalen i de aktuella målen inte konkurrensbegränsande i sig och står därför inte i strid med artikel 85.1.

303. Vad avser den tredje situationen, nämligen om myndigheterna har delegerat sin befogenhet till privata aktörer, framgår det av den nederländska lagstiftningen att den behöriga ministern har det fulla ansvaret för beslut om obligatorisk anslutning till en viss fond. Enligt artikel 3.1 BPW ansöker arbetsgivarna och arbetstagarna bara till ministern. Försäkringskammaren och Sociaal Economische Raad, vilka under alla förhållanden är offentliga organ, har endast en rätt att bli konsulterade. Det skall också hållas i minne att den behöriga ministern har rätt att upphäva beslut om obligatorisk anslutning (artikel 3.4 BPW) och ett nytt

125 — Dom av den 21 september 1988 i mål 267/86, Van Eycke (REG 1988, s. 4769; svensk specialutgåva, volym 9, s. 587), punkt 16, domen i det ovannämnda målet Meng, se fotnot 123, punkt 14; dom av den 17 november 1993 i mål C-185/91, Reiff (REG 1993, s. I-5801; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 14, domen i det ovannämnda målet Ohra Schadeverzekeringen, fotnot 124, punkt 10, dom av den 9 juni 1994 i mål C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (REG 1994, s. I-2517), punkt 14, dom av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, Centro Servizi Spediporto (REG 1995, s. I-2883), punkterna 20 och 21, dom av den 17 oktober 1995 i de förenade målen C-140/94—C-142/94, DIP m.fl. (REG 1995, s. I-3257), punkterna 14 och 15, domen i det ovannämnda målet Sodemere, se fotnot 57, punkterna 41 och 42; dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkterna 35, 36 och 49, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, fotnot 102, punkterna 53 och 54.

126 — Se domarna i de ovannämnda målen Meng, fotnot 123, och Ohra Schadeverzekeringen, fotnot 124.

127 — Se till exempel domen i det nyligen avgjorda ovannämnda målet Corsica Ferries France, fotnot 125, punkt 51.

beslut om obligatorisk anslutning måste fattas varje gång reglerna rörande pensionssystemet ändras (artikel 3.5 i BPW). Den behöriga ministern har således kvar befogenheten att fatta beslut om obligatorisk anslutning och den har inte överlämnats till arbetsgivarna och arbetstagarna att reglera i kollektivavtal.

304. Det kommer att framgå nedan att delegeringen till fonderna att fatta beslut om dispens från obligatorisk anslutning i enskilda fall är en annan fråga som skall bedömas inom ramen för artikel 90.1 såsom *lex specialis*. [128]

305. Om domstolens tidigare rättspraxis alltjämt skall förklaras gälla föreligger det följaktligen inte någon överträdelse av artiklarna 5 och 85 i fördraget.

VIII — Kvalificeringen av de nederländska tjänstepensionsfonderna som företag

306. Frågan är om de nederländska tjänstepensionsfonderna kan definieras som "företag" i den mening som avses i fördragets konkurrensregler. Mer specifikt skall det fastställas om dessa tjänstepensionsfonders verksamhet, det vill säga att erbjuda en kompletterande pension till arbetstagarna, kan anses vara av ekonomisk karaktär. [129]

307. De granskade fonderna har följande kännetecken.

— De erbjuder kompletterande ålderspension.

— De bildades ursprungligen genom kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare och omfattar en hel bransch.

— Anslutning till fonderna har gjorts obligatorisk genom en kungörelse, men dispens kan beviljas i vissa fall.

— De utgör fonderade system och sköts i enlighet med kapitaliseringssystemet.

128 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle (REG 1994, s. I-5077; svensk specialutgåva, volym 16), punkt 15.

129 — Se punkt 207 ovan.

— Avgifternas och förmånernas storlek bestäms av fondens förvaltningskommitté.

— Pensionsförmånerna beror på hur stor del av avgifterna som avsätts till reserver, resultatet av fondens investeringar samt administrativa kostnader.

— Systemen har ett socialt syfte.

— Det finns följande inslag av solidaritet som omfattar branschen. Fonderna har en faktisk skyldighet att godta alla arbetsgivare och arbetstagare som hör till branschen. Det sker inte något urval av risker genom frågeformulär eller läkarundersökningar. Det finns inte heller något samband mellan riskerna och avgifterna. Samtliga som är anslutna betalar ett genomsnittsbelopp som inte beaktar till exempel arbetstagarens ålder. Avgifterna för arbetstagare i små eller medelstora företag är desamma som för arbetstagare i stora företag. Vid arbetsoförmåga beviljas dispens från skyldigheten att betala avgifter.

— Företrädarna för arbetsgivare och arbetstagare skall ha lika många platser i fondens förvaltningskommitté.

— Fondens ledning har en skyldighet att försöka uppnå ekonomisk jämvikt.

— Fonderna måste sköta sina investeringar "op solide wijze" (med försiktighet).

— Förvaltningen av fondens övervakas, precis som för privata försäkringsbolag, av försäkringskammaren.

— Fonden har inget vinstsyfte.

308. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har gjort gällande att pensionsfonderna skall definieras som företag. Kommissionen delar denna uppfattning.

309. Fonderna samt den nederländska, den franska, den tyska och den svenska reger-

ingen har alla hävdat att pensionsfonderna inte skall kvalificeras som företag.

310. Innan jag går över till de mer specifika målen som Poucet och Pistre,[130] Van Schijndel och Van Veen[131] samt FFSA m.fl.[132] är det lämpligt att först ta upp de generella principerna för hur man kvalificerar en viss enhets verksamhet enligt gemenskapens konkurrensrätt.

311. Som jag redan har nämnt har domstolen anammat ett funktionellt synsätt.[133] Den väsentliga frågan är därför huruvida enheten som skall granskas utövar verksamhet som, i vart fall i princip, skulle kunna utföras av ett privat företag i vinstdrivande syfte.

312. Av denna funktionella tolkning följer att domstolen har tillbakavisat vissa återkommande argument såsom irrelevanta. För det första är vare sig enhetens rättsliga form eller sättet för dess finansiering av betydelse.[134] Offentliga myndigheter såsom den tyska Bundesanstalt für Arbeit[135] och den italienska Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato[136] har till exempel förklarats bedriva verksamhet av ekonomisk art avseende arbetsförmedling respektive tillhandahållande av varor och tjänster på tobaksmarknaden. Däremot ansågs konkurrensreglerna inte vara tillämpliga på ett privat bolag som hade till uppgift att övervaka föroreningar, vilket det hade anförtrotts av en medlemsstat.[137] För det andra är det oväsentligt att en enhet saknar vinstsyfte[138] eller att den har ett mål med sin verksamhet som inte är av ekonomisk karaktär.[139] För det tredje innebär det faktum att en stat har anförtrott en enhet vissa uppgifter av allmänintresse inte att enheten därmed inte kan utgöra ett företag, eftersom artikel 90.1 och 90.2 i sådana fall skulle vara innehållslös. Konkurrensreglerna är därför tillämpliga på verksamhetsområden som handhas av till exempel statliga telekommunikationsföretag,[140] företag som tillhandahåller posttjänster,[141] statliga radio- och TV-företag[142] och hamnföretag.[143] Att viss verksamhet slutligen i normalfallet anförtros

130 — Se fotnot 55.

131 — Se fotnot 2.

132 — Se fotnot 56.

133 — Se ovan punkt 214.

134 — Domarna i det ovannämnda målet Höfner och Elser, fotnot 53, punkt 21, och Job Centre, fotnot 54, punkt 21.

135 — Domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, fotnot 53.

136 — Dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2599), punkterna 6—16, och av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero (REG 1995, s. I-4663), punkt 50.

137 — Domen i det ovannämnda målet Diego Calì & Figli, fotnot 97.

138 — Domen i de ovannämnda förenade målen Van Landewyck, fotnot 105, punkt 88; generaladvokaten Lenz förslag till avgörande inför domen i målet Bosman, fotnot 21, punkt 255.

139 — Dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269), punkterna 13 och 14.

140 — Dom av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen (REG 1985, s. 873; svensk specialutgåva, volym 8, s. 131), punkterna 18 och 19.

141 — Dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, volym 14), punkt 8.

142 — Domen i det ovannämnda målet ERT, se fotnot 64, punkt 33, av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM (REG 1985, s. 3261), punkt 17.

143 — Dom av den 10 december 1991 i mål C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova (REG 1991, s. I-5889; svensk specialutgåva, volym 11), punkt 9.

offentliga institutioner är inte tillräckligt för att skydda verksamheten från konkurrensregleringen. [144]

313. I vissa mål har domstolen anammat ett synsätt som går längre än den funktionella tolkningen. I målet IAZ m.fl. mot kommissionen anförde domstolen till exempel att "artikel 85.1 i fördraget är också tillämplig på företagssammanslutningar i den mån som deras egen verksamhet — eller den verksamhet som utövas av de företag som är anslutna till sammanslutningen — har till syfte att framkalla de verkningar som skall förhindras genom denna bestämmelse." [145] Förstainstansrätten har också slagit fast att artikel 85.1 i EG-fördraget "riktar sig till ekonomiska enheter som utgörs av ett komplex av sådana materiella och mänskliga faktorer som kan medverka till en överträdelse i den mening som avses i denna bestämmelse." [146]

314. I motsats till dessa resonemang kan en enhets verksamheter vara skyddade från konkurrensreglernas tillämplighet i två situationer. För det första gäller konkurrensreglerna inte när staten "utöva[r] offentlig myndighet" [147] eller när myndigheter som härrör från staten agerar "i egenskap av myndighet". [148] I dessa fall är det alltså oväsentligt om staten utövar sina maktbefogenheter direkt genom en myndighet eller genom ett privat företag som har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. [149] En enhet anses utöva myndighetsutövning om den ifrågavarande verksamheten är "en uppgift som utförs för att tillgodose allmänintresset och som hör till statens grundläggande uppgifter" och om verksamheten "genom sin art, sitt syfte och de regler som den är underkastad [är] nära förbunden med utövandet av befogenheter... vilka till sin karaktär typiskt sett utgör befogenheter för offentlig myndighetsutövning". [150] För det andra följer det troligen av punkt 22 i domen i målet Höfner och Elser att konkurrensreglerna inte är tillämpliga om den ifrågavarande verksamheten alltid har utförts och med nödvändighet måste utföras av en offentlig myndighet. [151]

315. Jag går nu över till de tre mål som har behandlat kvalificeringen av organ som liknar dem i de aktuella målen.

316. I domen i de förenade målen Poucet och Pistre [152] ansåg domstolen att vissa franska organ som hade hand om sjuk- och moderskapsförsäkringar för egenföretagare som inte var verksamma inom jordbruket, samt ålderspensioner för hantverksyrken, inte skulle kvalificeras som företag i konkurrenslagstiftningens mening.

144 — Domen i ovannämnda målet Höfner och Elser, se fotnot 53, punkt 22.

145 — Dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1-3369), punkt 20 och domen i det ovannämnda målet Frubo mot kommissionen, se fotnot 110, punkterna 30 och 31.

146 — Dom av den 17 december 1991 i T-6/89, Enichem (REG 1991, s. II-1623; svensk specialutgåva, volym 11), punkt 235.

147 — Dom av den 16 juni 1987 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, se fotnot 136, punkterna 7 och 8; och domen i det ovannämnda målet Diego Cali & Figli, se fotnot 97, punkterna 16 och 17.

148 — Domen i det ovannämnda målet Bodson, se fotnot 93, punkt 18.

149 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, se fotnot 136, punkterna 7 och 8, och domen i det ovannämnda målet Diego Cali & Figli, se fotnot 97, punkterna 16 och 17.

150 — Mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft, se fotnot 93, punkt 30, mål C-343/95, Diego Cali & Figli, se fotnot 97, punkterna 22 och 23.

151 — Domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, se fotnot 53.

152 — Se fotnot 55.

317. Dessa pensionssystem hade följande kännetecken:

— Ålderspensionssystemet tillhandahöll den grundläggande pensionen.

— Systemen hade upprättats genom lag.

— Anslutning till systemen var obligatorisk.

— Pensionssystemet var inte fonderat utan byggde på att aktiva medlemmars avgifter direkt användes för att finansiera de pensionerade medlemmarnas pensioner.

— Systemen hade ett socialt mål. De syftade nämligen till att tillförsäkra förmånstagarna ett skydd mot riskerna vid sjukdom och ålderdom, oberoende av deras förmögenhetsförhållanden och hälsotillstånd vid anslutningen.

— I systemet för ålderdomsförsäkring tog solidaritetsprincipen sig uttryck i den omständigheten att det var de avgifter som betalades av de yrkesverksamma som gjorde det möjligt att finansiera pensionen till pensionerade arbetstagare. Solidariteten visade sig också genom att rätt till pension gavs utan att avgifter erlagts och genom att rätten till pension inte var proportionell till de avgifter som erlagts. Slutligen kom solidariteten till uttryck mellan de olika systemen för social trygghet genom att de system som gav ett överskott bidrog till finansieringen av de system som hade strukturella finansiella svårigheter.

318. Domstolen drog följande slutsats om dessa pensionssystems karaktär:

"Härav följer att de på så sätt utformade systemen för social trygghet vilar på ett system med obligatorisk anslutning, som är nödvändigt såväl för tillämpningen av solidaritetsprincipen som för den ekonomiska jämvikten mellan systemen."

319. De organ som förvaltade systemen hade följande kännetecken:

— De hade anförtrotts att förvalta systemen genom lag.

— Socialförsäkringskassornas verksamhet var underkastad statlig kontroll.

— Försäkringskassorna tillämpade lagen och hade ingen möjlighet att påverka avgifternas storlek, utnyttjandet av fonder eller fastställandet av förmånernas nivå.

320. Domstolen drog följande slutsats om fondernas verksamhet:

"[De] organ som medverkar vid förvaltningen av det allmänna systemet för social trygghet fyller emellertid en funktion av uteslutande social karaktär. Denna verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte. De utbetalade förmånerna är förmåner som är fastställda i lag och som är oberoende av avgifternas storlek.

Härav följer att denna verksamhet inte är en ekonomisk verksamhet..."

321. I mitt förslag till avgörande i de förenade målen Van Schijndel och Van Veen [153] kom jag till slutsatsen att tjänstepensionsfonden för de nederländska sjukgymnasterna, som hade liknande drag som de fonder som nu är under granskning, inte agerade som ett företag i förhållande till sina medlemmar. I brist på information om såväl den faktiska som den rättsliga bakgrunden inskränkte jag mig emellertid till att endast lämna ett provisoriskt ställningstagande i denna del.

322. Systemets och fondens särdrag var där de följande:

— Systemet tillhandahöll en kompletterande pension.

— Systemet hade bildats av sjukgymnaster.

— Medlemskap hade gjorts obligatoriskt genom en förordning i enlighet med en nederländsk pensionslagstiftning.

— Systemet var fonderat, det vill säga medlen för pensionsutbetalningarna finansierades genom reserver och inte genom löpande avgifter. Systemet finansierades inte med statliga medel.

— Sjukgymnasternas system fyllde en social funktion. Förordningen som gjort medlemskapet obligatoriskt syf-

153 — Domen i de ovannämnda förenade målen Van Schijndel och Van Veen, se fotnot 2, punkterna 53—65 i förslaget till avgörande.

tade till att säkerställa att pensionsinkomsten återspeglade ökningen av den allmänna inkomstnivån, att yngre kollegor bidrog till att bära de ökande kostnader som uppkom vid utbetalning av pensioner till äldre kollegor samt att föreskriva att pensionsrättigheter skulle tillerkännas med avseende på de år som föregick systemets ikraftträdande.

— Systemet hade inslag av solidaritet mellan medlemmarna. I princip påfördes en standardavgift och en standardpension utbetalades. Detta var fallet oberoende av vid vilken ålder en enskild medlem började utöva yrket och oberoende av medlemmens hälsotillstånd då denne blev ansluten. Försäkringsskyddet fortsatte att gälla även om avgiften inte erlades till följd av arbetsoförmåga.

— Fonden som förvaltade systemet hade inget vinstsyfte.

— Styrelsen bestod endast av fondmedlemmar.

— Styrelsens ledamöter erhöll inte något vederlag utan endast ersättning för utgifter.

323. I mitt förslag till avgörande använde jag mig av domstolens resonemang i domen i de ovannämnda förenade målen Poucet och Pistre och anförde, provisoriskt som jag tidigare har nämnt, att fonden snarare liknade en institution för social trygghet än en privat försäkringsgivare. I förhållande till sina medlemmar agerade fonden nämligen inte som ett företag, utan som en institution för social trygghet till vilken medlemmarna inom yrket hade gett ansvaret att förvalta deras pensioner. Domstolen tog aldrig upp frågan om fonden skulle anses utgöra ett företag enligt artikel 85.1.

324. I målet FFSA m.fl. [154] klargjorde och utvecklade domstolen senare väsentligt sin rättspraxis om konkurrensreglernas tillämplighet på pensionssystem och de inrättningar som förvaltar dessa.

325. I det målet hade det aktuella franska pensionssystemet för egenföretagare inom jordbrukssektorn följande särdrag:

— Systemet tillhandahöll en kompletterande pension.

— Det hade bildats och reglerades genom lag.

154 — Domen i det ovannämnda målet FFSA m.fl., se fotnot 56.

— Medlemskap var frivilligt.

— Systemet var fonderat och förvaltades enligt kapitaliseringsmetoden snarare än genom löpande inbetalningar.

— Avgifternas storlek stod i direkt proportion till inkomstens storlek.

— Pensionsförmånernas storlek berodde helt på storleken på de avgifter som erlagts och på det ekonomiska utfallet av de investeringar som det förvaltande organet gjorde. Förmåner och avgifter beslutades av fondens förvaltningskommitté och reglerades inte i lag.

— Systemet fyllde en social funktion. Det hade upprättats av regeringen för att skydda en del av befolkningen — som kännetecknades av att den hade lägre inkomster och högre medelålder än andra samhälls- och yrkesgrupper — för vilken det grundläggande pensionsförsäkringssystemet inte var tillräckligt.

— Systemet hade inslag av solidaritet. Avgifterna bestämdes oberoende av riskerna. Föregående frågeformulär eller läkarundersökningar var inte nödvändiga och något urval skedde inte heller. De anslutna personer som på grund av sjukdom inte hade möjlighet att betala sina avgifter kunde få dispens från att betala dessa. Betalningen av avgifter kunde även tillfälligt uppskjutas om skäl avseende den enskilde medlemmens ekonomiska situation talade för detta. Om en medlem avled i förtid, tillföll hans betalda avgifter pensionssystemet och inte hans arvingar.

— Det förvaltande organet hade inget vinstsyfte och administrationen sköttes av frivilliga.

— Förvaltningen var underkastad statlig kontroll.

— De insamlade medlen kunde endast användas till vissa investeringar som först godkänts av regeringen.

326. Domstolen anförde i huvudsak följande:

"I detta hänseende bör det först påpekas att anslutningen till Coreva-systemet är frivillig, att systemet förvaltas enligt kapitaliseringsprincipen och att de förmåner som

det ger rätt till helt och hållet är beroende av storleken på de avgifter som betalas in av förmånstagarna, liksom av det ekonomiska utfallet av de investeringar som det administrerande organet gör. [Det administrerande organet] bedriver således en ekonomisk verksamhet i konkurrens med livförsäkringsföretag.

...

De element av solidaritet som detta system innehåller, liksom de andra känneteck[nen], är inte av sådan beskaffenhet att de upphäver denna kvalifikation av systemet.

Först har solidaritetsprincipen en extremt begränsad räckvidd på grund av systemets frivilliga karaktär. Vid sådana förhållanden kan solidaritetsprincipen inte frånta det administrerade organets verksamhet dess ekonomiska karaktär.

Därefter bör konstateras att det sociala ändamålet, de krav som följer av solidaritetsprincipen samt de andra bestämmelser[na] — särskilt beträffande det administrerande organets och de anslutnas rättigheter och skyldigheter, organets rättsliga ställning samt de begränsningar som gäller för det i fråga om investeringar — visserligen kan medföra att de tjänster som Coreva-systemet tillhandahåller blir mindre konkurrenskraftiga än motsvarande tjänster som tillhandahålls av livförsäkringsföretag. Förekomsten av de nämnda skyldigheterna medför likväl inte att den av [det administrerande organet] bedrivna verksamheten inte skall anses som en ekonomisk verksamhet. Det återstår dock att pröva huruvida dessa skyldigheter skulle kunna åberopas för att exempelvis rättfärdiga att detta organ beviljats en exklusiv rättighet att tillhandahålla sådana pensionsförsäkringar vars avgifter är avdragsgilla från den beskattningsbara förvärvsinkomsten.

Enbart den omständigheten att [det administrerande organet] inte är vinstdrivande kan inte frånta verksamheten dess ekonomiska karaktär, eftersom den kan ge upphov till handlingssätt som konkurrensreglerna syftar till att beivra.

Den nationella domstolens fråga skall därför besvaras så, att ett organ som saknar vinstsyfte och som administrerar ett genom lag infört frivilligt pensionsförsäkringssystem, vilket är avsett att komplettera ett obligatoriskt grundsystem och förvaltas enligt kapitaliseringsprincipen och enligt av lagstiftaren fastställda bestämmelser om bland annat anslutningsvillkor, avgifter och förmåner, är ett företag enligt artikel 85 och följande artiklar i fördraget."

327. Innan jag analyserar de olika särdragen hos de nu aktuella fonderna kan det vara lämpligt att först dra några allmänna

slutsatser från den tidigare nämnda rättspraxisen.

328. För det första och som jag anförde i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Van Schjindel och Van Veen kan ett pensionssystem anta en rad olika former, från statliga socialförsäkringssystem å den ena sidan till privata, individuella system som förvaltas av privata försäkringsbolag å den andra sidan. Att klassificera de system som ligger någonstans emellan dessa ytterligheter är en svår uppgift. Det rör sig om en gradskillnad, vilken kräver en analys av en rad olika kriterier.

329. För det andra har domstolen genom sin dom i målet FFSA m.fl. väsentligt klargjort och utvecklat sin bedömning av frågan. Jag är därför beredd att ändra mitt provisoriska ställningstagande i de förenade målen Van Schjindel och Van Veen.

330. För det tredje framgår det av allmän rättspraxis avseende definitionen av begreppet företag, och då särskilt av domen i målet Höfner och Elser och punkt 20 i domen i målet FFSA m.fl., att den avgörande frågan är huruvida en viss verksamhet *med nödvändighet måste utföras av ett offentligt organ eller dess ombud*. I motsats till vad fonderna har gjort gällande skall den frågan särskiljas från frågan om och i vilken omfattning ett beviljande av vissa exklusiva rättigheter är nödvändigt för att utföra uppgifter i allmänhetens intresse. Den senare frågeställningen är nämligen endast relevant med avseende på artikel 90.2 i fördraget. Det följer av artikel 90 att det faktum att exklusiva rättigheter måste beviljas ett organ inte medför att verksamheten fråntas sin ekonomiska karaktär.

331. För det fjärde är det enligt rättspraxis och i synnerhet enligt punkt 21 i domen i målet FFSA m.fl., en relevant omständighet om ett organ har getts möjlighet till ett visst beteende som konkurrensreglerna försöker att förhindra.

332. Mot bakgrund av det ovan anförda kommer jag nedan att diskutera vilka av särdragen hos de nu aktuella nederländska fonderna som är relevanta för bedömningen av huruvida verksamheten är av ekonomisk karaktär eller inte.

333. Jag är av uppfattningen att följande särdrag inte är relevanta vid denna bedömning.

334. För det första är det sätt som pensionssystemen eller deras ledning har upprättats på samt systemens rättsliga ställning oväsentliga för bedömmingen av fondens verksamhet. I målet FFSA m.fl. fastslog domstolen att franska Caisse centrale de la

mutualité sociale agricole, som skötte det pensionssystem som upprättats genom lag, utövade verksamhet av ekonomisk karaktär. Varken i de förenade målen Poucet och Pistre eller i målet FFSA m.fl. berördes emellertid de olika försäkringskassornas rättsliga ställning. Det faktum att domstolen inte ansåg att den rättsliga ställningen var relevant är helt förenligt med domstolens allmänna rättspraxis. [155] Att de kompletterande pensionssystemen i de nu aktuella fallen upprättades genom kollektivavtal och förvaltas gemensamt av representanter för arbetstagare och arbetsgivare samt har en rättslig ställning som en stiftelse (Stichting), har följaktligen ingen relevans vid bedömningen av deras verksamhet.

335. För det andra är det med stöd av punkt 20 i domen i målet FFSA m.fl. också oväsentligt vad det är för regler som gäller för det förvaltande organets sammansättning, vilka begränsningar som gäller vid tillåtna investeringar och hur fonden kontrolleras av de offentliga myndigheterna. I domen i de ovannämnda förenade målen Poucet och Pistre anförde förvisso domstolen att den statliga kontrollen hade relevans för bedömningen, [156] men i målet FFSA m.fl. berördes inte den frågeställningen trots att den franska regeringen hade åberopat den. [157] Härav följer att det i de aktuella målen är irrelevant att företrädare för arbetstagarna och arbetsgivarna har lika många platser i fondernas förvaltningskommitté, att denna kommitté har skyldighet att uppnå en ekonomisk jämvikt och företa försiktiga investeringar och att den kontrolleras av försäkringskammaren. Å den andra sidan håller jag med Albany, Drijvende Bokken och Brentjens om att det faktum att både försäkringsbolag och pensionsfonder är underkastade liknande kontroll tyder på att deras verksamheter också är liknande.

336. För det tredje är även fondernas sociala syfte och att de saknar vinstsyfte irrelevant. Det verkar som att domstolen i domen i de ovannämnda förenade målen Poucet och Pistre tillmätte dessa omständigheter en viss betydelse, [158] men när domen i de ovannämnda förenade målen Poucet och Pistre sammanfattades i punkt 15 i domen i målet FFSA m.fl. berörde domstolen inte alls dessa omständigheter. I konsekvens med domstolens allmänna inställning att en icke vinstdrivande karaktär [159] eller verksamhetens syfte inte skall tas i beaktande, fastställde domstolen i punkterna 20 och 21 i domen i målet FFSA m.fl. att dessa två omständigheter inte kunde påverka bedömningen.

337. Följande särdrag är emellertid relevanta för bedömningen.

338. För det första och i ljuset av punkt 16 i domen i målet FFSA m.fl. samt i motsats till vad jag provisoriskt kom fram till i de förenade målen Van Schjindel och Van Veen är det sätt som pensionsfonderna praktiskt fungerar på av stor betydelse.

155 — Se punkt 312 ovan och fotnoterna 134—137.

156 — Punkt 14 jämförd med punkt 16 i domen.

157 — Punkt 11 i domen.

158 — Punkt 18 i domen.

159 — Se punkt 312 ovan och fotnoterna 138 och 139.

Enligt min mening drivs de icke-fonderade pensionssystemen, som baseras på ett system med löpande inbetalning, där de nuvarande avgifterna finansierar de nuvarande pensionärernas pensioner, med nödvändighet direkt av staten eller indirekt genom organ som agerar som ombud för staten eller på ett liknande sätt. Jag kan inte se någon, ens teoretisk, möjlighet till hur privata företag skulle kunna erbjuda ett pensionssystem baserat på principen om löpande inbetalning på marknaderna utan någon form av statlig inblandning. Ingen skulle nämligen vara beredd att betala andra människors pensioner utan att få en garanti för att den framtida generationen också kommer att göra detsamma. Av just denna anledning var det också historiskt sett nödvändigt att införa sådana system som drevs av staten eller som i vart fall stod under statens beskydd. Jag har därför svårt att se att verksamheten i dessa system kan anses vara av ekonomisk karaktär. Det står däremot klart att marknaden har gett upphov till pensionssystem som bygger på kapitaliseringsprincipen. Det faktum att systemens verksamhet, i likhet med så många andra försäkringsverksamheter, regleras av lagstiftaren i konsumenternas och investerarnas intresse, fråntar inte denna verksamhet dess ekonomiska karaktär. Begränsningar av systemens verksamhet kan då falla under artikel 90 i fördraget. Det är alltså därför av relevans att tjänstepensionsfonderna i de aktuella fallen är fonderade pensionssystem.

339. För det andra är beslutsprocessen och de ekonomiska faktorer som påverkar avgifternas och förmånernas nivåer också relevanta.

340. Å ena sidan måste de system där förmånernas och avgifternas nivåer beslutas av lagstiftaren särskiljas från system där nivåerna på ett oberoende sätt beslutas av fondernas förvaltningskommittéer. I detta sammanhang är den princip som ligger till grund för punkt 21 i domen i målet FFSA m.fl. samt några andra av domstolens domar som jag har tagit upp ovan[160] relevant: oberoende organ som kan ge upphov till beteenden som konkurrensreglerna försöker att förhindra, bör vara underkastade konkurrensreglerna.

341. Den tyska regeringen och kommissionen har i det avseendet hävdat att eftersom rättsverkningarna av kollektivavtal mellan arbetstagare och arbetsgivare liknar lagstiftningens rättsverkningar, så kan den nuvarande situationen jämföras med den i de förenade målen Poucet och Pistre där nivåerna för avgifter och förmåner fastställdes i lag. Enligt min mening är det emellertid inte nödvändigt att ta ställning till i vilken utsträckning som kollektivavtal och lagstiftning medför liknande rättsverkningar. I de nu aktuella fallen fattas besluten om nivåerna för avgifter och förmåner inte av arbetsmarknadens parter inom ramen för kollektiva förhandlingar utan genom majoritetsbeslut i förvaltningskommittéen. Kommittéens principiella mål verkar också vara att tillvarata alla fonddeltagarnas intressen och dessa intressen kan skilja sig från fackföreningarnas och arbets-

160 — Se punkt 313 ovan och fotnoterna 145 och 146.

givarföreningarnas, som utser ledamöterna i kommittéen, respektive intressen.

342. Å andra sidan skiljer sig de system där staten lämnar garantier för en viss nivå avseende avgifter och förmåner från de system där staten inte ingriper. Denna omständighet var viktig i domstolens dom i de förenade målen Poucet och Pistre där det förelåg solidaritet mellan olika socialförsäkringsinstitutioner [161] och där de system som gav ett överskott bidrog till finansieringen av de system som hade finansiella svårigheter. Detta omnämndes även i sammanfattningen av domen i målet FFSA m.fl. [162] I motsats härtill och som i målet FFSA m.fl., beror i de aktuella fallen förmånsnivåerna enbart på avgifternas storlek, det ekonomiska utfallet av förvaltningsorganets investeringar och de kostnader som organet har ådragit sig.

343. För det tredje är de inslag av solidaritet, som återfinns i systemet relevanta för bedömningen, vilket står klart från domen i de förenade målen Poucet och Pistre [163] och sammanfattningen av denna dom i målet FFSA m.fl. [164] I domen i målet FFSA m.fl. fastslog emellertid domstolen att inslagen av solidaritet, som fanns i pensionssystemet, hade en extremt begränsad räckvidd inte kunde frånta systemets verksamhet dess ekonomiska karaktär. [165] I de aktuella målen är inslagen av solidaritet inom branschen varken fler eller starkare än i målet FFSA m.fl., där det varken fanns något samband mellan avgifterna och riskerna eller något riskurval genom frågeformulär eller läkarundersökningar. Fonden var skyldig att godta alla arbetstagare och arbetsgivare som tillhörde en viss bransch. [166] Vid sjukdomsfall medgavs undantag från betalningsskyldigheten för avgifter. [167] Den enda skillnaden verkar vara att några av de nederländska fonderna kräver en genomsnittlig avgift medan avgifterna i målet FFSA m.fl. stod i proportion till inkomsten. Eftersom det verkar som om de nederländska fonderna också tillhandahåller genomsnittliga pensioner som inte är beroende av inkomsten, är skillnaden emellertid inte relevant. Följaktligen är inslagen av solidaritet i de nu aktuella fallen inte heller starka nog för att frånta fondernas verksamheter deras ekonomiska karaktär.

344. Alla relevanta särdrag hos de nederländska kompletterande pensionsfonderna verkar därför tala för att fondernas verksamhet skall anses vara av ekonomisk karaktär. Frågan uppstår emellertid om den slutsatsen påverkas av att anslutningen till de allra flesta av fonderna har gjorts obligatorisk av den nederländska regeringen genom en speciell lagstiftning. Det skall hållas i minnet att i målet FFSA m.fl.

161 — Punkt 12.
162 — Punkt 15.
163 — Punkterna 10 och 18.
164 — Punkt 15.
165 — Punkt 19.
166 — Punkt 9.
167 — Punkt 10.

var medlemskapet frivilligt.

345. I domen i de ovannämnda förenade målen Poucet och Pistre fastslog domstolen att ett system med obligatorisk anslutning var nödvändigt såväl för tillämpningen av solidaritetsprincipen som för den ekonomiska jämvikten mellan systemen. [168] I sin sammanfattning av domen i de förenade målen Poucet och Pistre i domen i målet FFSA m.fl. upprepade domstolen sitt ställningstagande och anförde att de inslag av solidaritet som ingick i systemen med nödvändighet förutsätter att de olika systemen administreras av ett enda organ och att anslutningen till dessa system är av obligatorisk karaktär. [169] Obligatorisk anslutning ansågs alltså vara en nödvändig konsekvens när det föreligger stor solidaritet. Det är emellertid oklart om detta var ett villkor för slutsatsen att fondens verksamhet inte var av ekonomisk karaktär.

346. I domen i målet FFSA m.fl. anförde domstolen som skäl till att pensionssystemets verksamhet var av en ekonomisk karaktär att anslutning till systemet var frivillig. [170] Jag delar den slutsatsen. Frivillig anslutning är ett särskilt tecken på att den ifrågavarande verksamheten kan jämställas med privata försäkringsbolags verksamhet och att den därför borde stå under konkurrensmyndigheternas granskning.

347. Rättspraxis visar dock att domstolen ännu inte har tagit ställning till den nu aktuella frågan, nämligen om någon betydelse skall fästas vid det faktum att anslutningen till ett visst system är obligatorisk. Enligt min mening skall så inte ske. För det första skulle det innebära att medlemsstaterna tilläts att undandra en viss enhets verksamhet från konkurrensreglernas tillämpningsområde endast genom att förordna om obligatorisk anslutning till systemet. För det andra skall obligatorisk anslutning ses som ett beviljande av exklusiva rättigheter. Enligt artikel 90.1 i fördraget skall företag som har beviljats sådana exklusiva rättigheter alltjämt anses vara företag och vara underkastade konkurrensreglerna.

348. Följaktligen kommer jag till slutsatsen att de nederländska kompletterande pensionsfondernas verksamheter är av en ekonomisk karaktär och att fonderna därmed utgör företag enligt gemenskapens konkurrensregler.

IX — Artiklarna 90 och 86

349. Nästa frågeställning är om en medlemsstat överträder artikel 90.1 jämförd med artikel 86 i fördraget om den upp-

168 — Punkt 13.
169 — Punkt 15.
170 — Punkterna 17 och 22.

rättar ett system med obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonder såsom systemet i Nederländerna och inom systemet gör anslutning till tjänstepensionsfonderna obligatorisk.

350. Det är lämpligt att i detta skede åter gå igenom de huvudsakliga dragen i det nederländska systemet.

351. Ett första regelsystem (regler om obligatorisk anslutning inom en bransch) bestämmer på vilka villkor regeringen kan göra anslutning till en viss fond obligatorisk för alla företag inom den aktuella branschen. Arbetsgivare och arbetstagare som representerar en viss bransch ansöker gemensamt hos en minister om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond. Ministern undersöker därefter om regleringarna av fondens verksamhet uppfyller alla krav som ställs enligt lag. Innan ministern fattar något beslut samråder han med ett antal organ, däribland försäkringskammaren. Han utfärdar därefter en kungörelse enligt vilken alla företag och arbetstagare inom branschen måste ansluta sig till systemet. Om de regler som gäller för systemet ändras, måste ministern utfärda en ny kungörelse.

352. Ett andra regelsystem (regler för individuella dispenser) anger de omständigheter under vilka enskilda företag eller arbetstagare kan komma att undantas från obligatorisk anslutning, om de omfattas av eller vill omfattas av något alternativt pensionsarrangemang.

353. För att kunna komma i fråga för dispens måste det alternativa pensionssystemet i sin tur uppfylla många villkor. Viktigast är härvid att det alternativa systemet måste ge pensionsförmåner som i vart fall motsvarar de förmåner som tjänstepensionsfonden beviljar.

354. Tjänstepensionsfonden beslutar själv om dispens efter ansökan. Fonden måste ge dispens om det alternativa pensionssystemet var i kraft sex månader före ansökan som ledde till att anslutning till pensionsfonden gjordes obligatorisk (sexmånadersregeln). Fonden har i övriga fall full handlingsfrihet.

355. Det finns regler för ingivande av klagomål ("bezwaar") mot pensionsfondens vägran att bevilja dispens. Klagomålet tas upp av försäkringskammaren. Enligt den nederländska regeringen skall försäkringskammarens beslut med anledning av ett klagomål endast ses som ett förlikningsförslag utan rättsverkningar. Beslutet kan inte överklagas.

356. Det framgår av besluten om hänskjutande, särskilt Kantongerechts beslut i målet Albany, att de allmänna domstolarna i princip kan överpröva lagligheten i fondernas beslut. Detta kan vara en direkt eller indirekt konsekvens av att fonderna är juridiska personer och organiserade som privata stiftelser ("stichting").

357. Omfattningen av de allmänna domstolarnas möjligheter att överpröva fondernas diskretionära beslut om dispenser är emellertid oklar. Den hänskjutande Kantongerecht i målet Brentjens har anfört följande:

"Det är inte denna domstols uppgift att pröva den omständigheten att pensionsfonden har ansett för gott att inte utnyttja sin befogenhet att bevilja Brentjens dispens, eftersom befogenheten härrör från pensionssystemets egen policy beträffande förvaltningen."

358. Andra yttranden från de hänskjutande domstolarna och en formulering i målet Albany synes emellertid antyda att ett visst utrymme till överprövning finns:

"Förhållandet mellan pensionsfonden och dess deltagare regleras också av kraven på skälighet och/eller de allmänna principerna om god förvaltning."

359. Det framgår också av denna formulering att de nederländska domstolarna har vissa tvivel om vilka principer som gäller. Detta kan vara en konsekvens av att pensionsfondens beslut utgör en hybrid.

360. Enligt den nederländska regeringen har en modifierad version av riktlinjerna om dispens från anslutning varit i kraft sedan den 26 april 1998. För det första har det tillkommit tre nya obligatoriska grunder för dispens förutom sexmånadersregeln som tidigare var den enda obligatoriska grunden för dispens. Dispens måste numera beviljas i fall där

— arbetsgivaren tillhör eller kommer att tillhöra en företagskoncern som inte omfattas av tjänstepensionsfondens tillämpningsområde,

— arbetsgivaren har ett eget kollektivavtal med sina arbetstagare och undantas

därför från obligatoriskt deltagande i ett allmänt kollektivavtal, eller

— en tjänstepensionsfonds lönsamhet med avseende på dess investeringar har varit väsentligt lägre under flera år jämfört med en standardportfölj som tidigare har förvaltats av pensionsfonden. Det har fastställts redovisningsprinciper för att kunna mäta det ekonomiska resultatet.

361. För det andra har nya regler införts avseende det alternativa systemets motsvarighet och beräkningen av den nämnda ersättningen för försäkringsteknisk förlust. [171]

362. För det tredje har möjligheten att inge klagomål till försäkringskammaren avskaffats.

363. Eftersom målen vid de nationella domstolarna regleras av riktlinjerna om dispens från anslutning i deras tidigare lydelse är emellertid den modifierade versionen inte av direkt betydelse här.

171 — Se punkt 15 ovan.

364. Det skall avslutningsvis också påpekas att anslutningen till 15 tjänstepensionsfonder alltjämt är frivillig.

365. Jag går nu över till analysen av artikel 90.1 jämförd med artikel 86.

366. I artikel 90.1 föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 6 samt 85—94."

367. I artikel 86 föreskrivs följande:

"Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt

med den gemensamma marknaden och förbjudet...”

368. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har hävdat att det nederländska systemet med obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonder strider mot dessa båda regler på två sätt. För det första har de gjort gällande att pensionstjänsterna som systemet erbjuder inte motsvarar, eller inte längre motsvarar, företagens behov. De har i denna del åberopat domstolens dom i målet Höfner och Elser.[172] För det andra har de anfört att fonderna i enlighet med domen i målet GB-Inno-BM[173] inte bör tillåtas att på egen hand kunna fatta beslut om dispens från obligatorisk anslutning.

369. Fonderna, den nederländska och den franska regeringen samt kommissionen har alla hävdat, om än med olika motiveringar, att artiklarna 90.1 och 86 inte har överträtts eller att det nederländska systemet i vart fall kan motiveras av artikel 90.2.

370. Jag vill göra två inledande anmärkningar avseende artiklarna 90.1 och 86.

371. För det första är det viktigt att beakta hur artiklarna 90.1 och 86 är placerade i fördraget. Som redan har nämnts[174] riktar sig artiklarna 85 och 86 mot företag och inte mot medlemsstaterna. Det finns emellertid en allmän princip som följer av artikel 5 andra stycket, enligt vilken en medlemsstat inte får vidta eller bibehålla åtgärder, inte ens lagstiftning, som kan frånta konkurrensreglerna deras ändamålsenliga verkan.[175] Rättspraxis avseende artiklarna 5 och 85 och tillämpningen av den allmänna principen om statlig inblandning vid avtal mellan företag har behandlats ovan.[176] Artikel 90.1 är en annan — lagfäst — tillämpning av denna allmänna princip.[177] När artikel 90.1 är tillämplig med avseende på person, utgör den också *lex specialis* till artikel 5 andra stycket.[178]

372. För det andra är det nödvändigt att beakta att tillämpligheten av eller till och med en överträdelse av artikel 90.1 inte automatiskt påverkar tillämpligheten av artiklarna 85 och 86 på de inblandade företagen. Företag som åtnjuter exklusiva rättigheter är alltjämt underkastade konkurrensreglerna.[179] Det enda undantaget

172 — Se fotnot 53.

173 — Dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88 (REG 1991, s. I-5941; svensk specialutgåva, volym 11).

174 — Se punkt 301 ovan.

175 — Dom av den 16 november 1977 i mål 13/77, GB-Inno-BM (REG 1977, s. 2115; svensk specialutgåva, volym 3, s. 471), punkterna 30 och 31, domen i det ovannämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, se fotnot 48, punkt 50, och domen i det ovannämnda målet ERT, se fotnot 64, punkt 35.

176 — Se punkterna 298—305 ovan.

177 — Domen i det ovannämnda målet GB-Inno-BM, se fotnot 175, punkterna 32 och 42, och domen i det ovannämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, se fotnot 48, punkt 50.

178 — Domen i det ovannämnda målet Centre d'insémination de la Crespelle, se fotnot 128, punkt 15.

179 — Dom av den 29 november 1978 i mål 83/78, Redmond (REG 1978, s. 2347; svensk specialutgåva, volym 4, s. 243), punkterna 43 och 44, domen i det ovannämnda målet CBEM, se fotnot 142, punkterna 16 och 17, och domen i det ovannämnda målet Centre d'insémination de la Crespelle, se fotnot 128, punkterna 24—27.

till regeln är om beteendet i fråga inte beror på företaget, utan på att företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagets sida. [180] Följaktligen, och oberoende av domstolens svar på frågorna avseende artikel 90.1, så är de individuella fonderna i princip alltjämt underkastade konkurrensreglerna.

373. För att kunna besvara de nationella domstolarnas frågor måste det först avgöras om fonderna är företag som har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter av Nederländerna, för det andra om fonderna har en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden och, för det tredje, om Nederländerna, i den mening som avses i artikel 90.1, har "vidtagit eller bibehållit en åtgärd som är oförenlig med reglerna i fördraget" och i synnerhet oförenlig med artikel 86 och som inte kan motiveras med stöd av artikel 90.2.

A — *Tillämpligheten av artikel 90.1: företag som har kommit i åtnjutande av särskilda eller exklusiva rättigheter*

374. Den nederländska regeringen har hävdat att den aktuella kungörelsen som utfärdats av ministern och som gör anslutning obligatorisk endast skapar skyldigheter för de inblandade företagen, men inte beviljar dem några exklusiva rättigheter beträffande pensionsförsäkringar eller ens beträffande kompletterande pensioner.

375. Enligt min mening bygger detta resonemang på en missuppfattning, eftersom de avgifter som reserverats till den kompletterande pensionen av arbetsgivare och arbetstagare måste förvaltas av fonden i fråga. Fonderna åtnjuter därför en exklusiv rättighet att samla in och förvalta avgifterna. Denna exklusiva rättighet är därför att se som den andra sidan av den branschomspännande skyldigheten att ansluta arbetstagare till en viss kompletterande pensionsfond.

376. Vidare skulle det också kunna hävdas att fonderna i enlighet med de nederländska reglerna om individuella dispenser kommer i åtnjutande av ytterligare en exklusiv rättighet, nämligen rätten att skönsmässigt fatta beslut avseende ansökningar om individuella dispenser från obligatorisk anslutning.

377. Följaktligen är fonderna att anse som sådana företag som artikel 90.1 är tillämplig på.

180 — Dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing (REG 1997, s. I-6265), punkterna 32—37.

B — *Tillämpligheten av artikel 86: en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden*

378. Enligt Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har samtliga fonder en dominerande ställning på marknaden för kompletterande pensionsförsäkringar inom respektive bransch.

379. Fonderna har i stället hävdat att de utgör relativt små aktörer på pensionsförsäkringsmarknaden där många andra företag är verksamma. Enligt fonderna bygger sökandenas resonemang på en mycket snäv definition av den relevanta marknaden.

380. Kommissionen har inledningsvis i sina skriftliga yttranden också bestritt att fonderna skulle ha en dominerande ställning och har gjort så i huvudsak av samma skäl som fonderna. Vid sammanträdet har kommissionen emellertid ändrat sin ståndpunkt och har kommit att dela den franska regeringens ståndpunkt i denna fråga. Kommissionen har då hävdat att i de fall där anslutning har varit obligatorisk har något alternativ inte existerat, vare sig på utbuds- eller efterfrågesidan på marknaden.

381. Jag väljer att fatta mig kort i denna del. Domstolen har nämligen konsekvent fastslagit att ett företag som genom lag har monopol på tillhandahållandet av vissa tjänster på en väsentlig del av den gemensamma marknaden, kan anses ha en dominerande ställning enligt artikel 86 i fördraget. [181] Att pensionsfondernas ställning är ett resultat av regeringens inblandning saknar således betydelse i sammanhanget. [182]

382. I de fall där anslutning till fonderna är obligatorisk utgör andra former av privata pensionsförsäkringar inget giltigt alternativ till tjänstepensionsfonderna. Arbetsgivare och arbetstagare har helt enkelt inte möjlighet att ansluta sig till andra kompletterande pensionssystem. Att varje fond endast sköter ett pensionssystem när det finns många andra och större system är därför inte heller relevant i det sammanhanget. [183]

383. Varje fond omfattar slutligen hela Nederländerna och därmed också en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Varje fond har därför en dominerande ställning vad gäller tillhandahållande av

181 — Domen i det ovannämnda målet CBEM, se fotnot 142, punkt 16, domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, se fotnot 53, punkt 28, domen i det ovannämnda målet ERT, se fotnot 64, punkt 31, domen i det ovannämnda målet Merci convenzionali porto di Genova, se fotnot 143, punkt 14, dom av den 12 februari 1998 i mål C-163/96, Raso m.fl. (REG 1998, s. I-533), punkt 25, och domen i det ovannämnda målet Corsica Ferries France, se fotnot 125, punkt 39.

182 — Domen i det ovannämnda målet CBEM, se fotnot 142, punkt 16.

183 — Dom av den 13 november 1975 i mål 26/75, General Motors mot kommissionen (REG 1975, s. 1367), punkt 9.

kompletterande pensionsförsäkringar inom en viss bransch i Nederländerna.

C — *Nationella åtgärder som står i strid med artiklarna 90 och 86*

384. Som redan har anförts har Albany, Brentjens och Drijvende Bokken bestritt att det nederländska systemet är förenligt med artiklarna 90.1 och 86 på två grunder och har därvid åberopat domstolens domar i målen Höfner och Elser samt GB-Inno-BM.

385. För det första har de gjort gällande att pensionstjänsterna inte motsvarar, eller inte längre motsvarar, företagens behov. Sökandena har i det avseendet hävdat att pensionsförmånerna ligger på en för låg nivå och att dessa inte står i proportion till inkomsten och därmed systematiskt är otillräckliga. De har också åberopat andra negativa effekter, såsom att arbetsgivarna är tvungna att teckna ytterligare pensionsavtal och därför inte har möjligheten att teckna ett enda heltäckande pensionsförsäkringsavtal med ett försäkringsbolag. Företagen tvingas därför ha olika pensionssystem, vilket i sin tur ökar de administrativa kostnaderna och minskar effektiviteten.

386. Beträffande argumentet att fonderna inte själva bör tillåtas att besluta om individuella dispenser från obligatorisk anslutning har sökandena hävdat att fonderna i sådana fall ges möjlighet att själva välja konkurrensens omfattning.

387. Enligt min mening medför dessa resonemang två olika frågeställningar. För det första, om och i vilken utsträckning är obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonderna som sådan förenlig med artiklarna 90.1 och 86 och, för det andra, är reglerna för skönsmässiga individuella dispenser förenliga med dessa artiklar i fördraget?

1. *Förenligheten av obligatorisk anslutning med artiklarna 90 och 86*

388. Artikel 90.1 utgör, såsom nämnts ovan, en specialtillämpning av artikel 5 andra stycket och ålägger medlemsstaterna skyldigheter och inte företagen direkt. Av dess samspel med artikel 86 följer att artikeln inte kan utgöra rättslig grund för

att hålla en medlemsstat ansvarig för ett konkurrensbegränsande beteende av ett oberoende företag, bara för att beteendet sker i medlemsstatens rättskipningsområde. En medlemsstat kan endast anses ha överträtt artikel 90.1 om det finns ett orsakssamband mellan å ena sidan medlemsstatens lagstiftning eller administrativa inblandning och å den andra sidan företagets konkurrensbegränsande beteende. Domstolen har fastslagit att med avseende på artikel 90.1 måste det påstådda missbruket vara en "direkt följd" av den nationella lagstiftningen. [184]

389. Detta är ett av skälen till ett grundläggande dilemma vid tillämpningen av artikel 90.1. Å den ena sidan är beviljandet av exklusiva rättigheter, eller med andra ord bildandet av monopol enligt lag, en strukturell statlig åtgärd som typiskt sett underlättar konkurrensbegränsande beteenden. Å den andra sidan så verkar ordalydelsen i artikel 90.1 tyda på att beviljandet av exklusiva rättigheter *i sig* i princip inte är en sådan åtgärd som fördragets upphovsmän avsåg att artikeln skulle förbjuda.

390. Genom att ifrågasätta den obligatoriska anslutningen har sökandena i själva verket ifrågasatt fondernas exklusiva rättigheter som sådana, varvid detta dilemma uppstår.

391. Domstolen har konsekvent fastslagit att enbart skapandet av en dominerande ställning genom beviljandet av exklusiva rättigheter normalt inte står i strid med artiklarna 90.1 och 86. [185]

392. Denna allmänna princip blev huvudfrågan i domstolens dom i målet Centre d'insémination de la Crespelle. [186] Målet rörde ett franskt monopol för inseminerings centraler som tillhandahöll uppfödare vissa tjänster. Domstolen erinrade först om den ovannämnda principen, men anförde därefter att artiklarna 90.1 och 86 endast överträds i undantagsfall om monopolföretaget, genom blotta utövandet av den exklusiva rättighet som beviljats företaget, missbrukar sin dominerande ställning. Domstolen undersökte därefter om det fanns något orsakssamband mellan den nationella lagstiftningen och det påstådda missbruket, men hävdade samtidigt att beviljandet av en exklusiv rättighet normalt inte var tillräckligt för att ett missbruk skulle komma att framstå som oundvikligt. [187] Domstolen kom i det målet till

184 — Domen i det ovannämnda målet Centre d'insémination de la Crespelle, se fotnot 128, punkt 20.

185 — Se till exempel domen i det ovannämnda målet CBEM, se fotnot 142, punkt 17, domen i det ovannämnda målet Höfner och Elser, se fotnot 53, punkt 29, domen i det ovannämnda målet Merci convenzionali porto di Genova, se fotnot 143, punkt 16, och domen i det ovannämnda målet Corbeau, se fotnot 141, punkt 11.

186 — Se fotnot 128.

187 — Jämför liknande argument i domen i det ovannämnda målet Banchero, se fotnot 136, och domen i det ovannämnda målet Job Centre, se fotnot 54.

slutsatsen att lagstiftningen inte föranledde centralerna att missbruka sin dominerande ställning. Under en annan rubrik gick sedan domstolen vidare och undersökte om centralerna själva hade gjort sig skyldiga till något missbruk enligt artikel 86 och för vilket dessa i sådana fall själva också skulle bära ansvaret.

393. Även om exklusiva rättigheter i sig normalt inte står i strid med artiklarna 90.1 och 86 har domstolen konsekvent fastslagit att medlemsstaternas frihet att bevilja sådana exklusiva rättigheter inte är obegränsad. Domstolen har anfört följande:

"... även om [artikel 90.1] förutsätter att det finns företag som har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter, [följer] därav inte... att alla särskilda eller exklusiva rättigheter nödvändigtvis är fördragsenliga. Den saken beror på de olika bestämmelser till vilka artikel 90.1 hänvisar". [188]

394. Domstolens formulering om omfattningen av begränsningarna är inte helt konsekvent. [189] Det är därför nödvändigt att analysera domstolens huvudsakliga avgöranden där den prövade samma svåra frågeställning, nämligen om en exklusiv rättighet som sådan är förenlig med artiklarna 90.1 och 86. I sådana fall är det ovannämnda dilemmat naturligtvis särskilt tydligt.

395. De viktigaste domarna avseende förenligheten av exklusiva rättigheter med artikel 90.1 kan delas in i tre grupper. Av praktiska skäl skall jag nedan kalla dessa grupper för ERT-fallen, [190] Höfner och Elser-fallen [191] och Corbeau-fallen. [192] Jag kommer att analysera de bakomliggande domskälen i alla tre grupperna och sedan tillämpa dessa på de nu aktuella fallen.

a) ERT-fallen

396. I målet ERT var det fråga om två sammanslagna exklusiva rättigheter, nämligen dels att sända företagets egna program, dels att återutsända utländska program, vilka ledde till en intressekonflikt. Monopolföretaget föranleddes att genom diskriminering missbruka sin dominerande ställning och favorisera sina egna program.

188 — Dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, volym 11), punkt 22.

189 — Se till exempel domen i det ovannämnda målet Merci convenzionali porto di Genova, se fotnot 143, punkt 17 och dom av den 25 juni 1998 i mål C-203/96, Dusseldorp m.fl. (REG 1998, s. I-4075), punkt 61.

190 — Se fotnot 64, domen i det ovannämnda målet Merci convenzionali porto di Genova, se fotnot 143, och domen i det ovannämnda målet Raso m.fl., se fotnot 181.

191 — Se fotnot 53 och domen i det ovannämnda målet Job Centre, se fotnot 54

192 — Se fotnot 141, se även domen i det ovannämnda målet Corsica Ferries France, se fotnot 125 och domen i det ovannämnda målet Sacchi, se fotnot 139.

397. I målet Raso m.fl.[193] beviljade det aktuella italienska systemet inte bara hamnföretagen en exklusiv rättighet att tillhandahålla tillfällig arbetskraft till vissa företag, utan hamnföretagen kunde även konkurrera med företag som var beroende av deras tjänster. Även här uppstod därmed ofrånkomligen en intressekonflikt, eftersom genom att enbart använda sig av sin monopolställning så kunde hamnföretaget snedvrida konkurrensen på den andra marknaden till sin egen fördel.

398. I målet Merci convenzionale porto di Genova[194] prövade domstolen exklusiva rättigheter som hade beviljats italienska hamnföretag och anförde följande:

"I detta avseende framgår det av de omständigheter som beskrivits av den nationella domstolen och som diskuterats vid domstolen, att de företag som i enlighet med de förfaranden som fastställts i de ifrågavarande nationella bestämmelserna beviljats exklusiva rättigheter är på denna grund föranledda att antingen begära betalning för tjänster som inte har efterfrågats, sätta oproportionerliga priser..." [195]

399. Det står inte helt klart, vare sig av det ovan citerade avsnittet eller av domen i övrigt, om de tillämpliga bestämmelserna innehöll några särdrag som gick utöver enbart beviljandet av exklusiva rättigheter och därför gjorde en tillämpning av artikel 90.1 berättigad. Eftersom domstolen emellertid hänvisade till speciella "omständigheter som beskrivits av den nationella domstolen" så lutar jag åt att målet hör hemma i den första gruppen.

400. I dessa tre mål var det inte bara monopolet i sig som stod i strid med artiklarna 90.1 och 86, utan monopolet i kombination med andra ytterligare omständigheter vilka gjorde förekomsten av ett missbruk mycket sannolik. Strukturella åtgärder som gick utöver beviljandet av en exklusiv rättighet föranledde de aktuella företagen att missbruka sin dominerande ställning. Endast i det fallet kunde det framstå som berättigat att, åtminstone delvis, hålla staten ansvarig för monopolföretagets konkurrensbegränsande beteende.

401. Frågan uppstår då om de nu aktuella målen kan jämföras med ERT-fallen och om det alltså finns några strukturella inslag, utöver förekomsten av den exklusiva rättigheten, som föranleder fonderna att missbruka sin dominerande ställning.

402. Det skall härvid nämnas att det har gjorts gällande att något konkret missbruk, såsom exempelvis oskäligt höga avgifter

193 — Se fotnot 181.
194 — Se fotnot 143.
195 — Punkt 19.

eller oskäligt låga förmåner, inte har kunnat påvisas.

403. Den omständigheten är emellertid inte av avgörande betydelse. Det följer nämligen av systematiken i artikel 90.1 och av domstolens rättspraxis [196] att den relevanta frågan inte är om ett missbruk rent faktiskt har skett, utan om de tillämpliga bestämmelserna föranleder, även rent hypotetiskt, företagen att göra sig skyldiga till sådant missbruk.

404. Jag har icke desto mindre inte kunnat upptäcka någonting i det nederländska systemet som skulle kunna föranleda fonderna att göra sig skyldiga till sådant missbruk. Tvärtom kontrolleras fonderna av olika statliga myndigheter samt av ett råd av anslutna personer. Fonderna måste vidare investera insamlade medel på ett försiktigt sätt och skattereglerna begränsar de maximala pensionsförmånerna. Fondernas handlingsutrymme är alltså begränsat i det avseendet. Även om ett konkret missbruk skulle kunna påvisas, blir därför fonderna som konsekvens ensamt ansvariga för det enligt artikel 86.

405. Det finns således inga ytterligare strukturella inslag i den nederländska lagstiftningen som föranleder fonderna till att missbruka sin dominerande ställning.

b) Höfner och Elser-fallen

406. I domen i målet Höfner och Elser [197] avgjorde domstolen frågan om lagligheten av arbetsförmedlingsmonopolet i Tyskland. Domstolen anförde följande:

"... En medlemsstat bryter nämligen mot förbuden i dessa båda bestämmelser endast om företaget i fråga genom det blotta utövandet av den exklusiva rättighet som beviljats företaget missbrukar sin dominerande ställning.

Enligt artikel 86 andra stycket b kan ett sådant missbruk särskilt bestå i en begränsning av tillhandahållandet av en tjänst till nackdel för dem som önskar begagna sig av den.

En medlemsstat skapar en situation där tillhandahållandet av en tjänst begränsas när det företag som medlemsstaten har beviljat en exklusiv rättighet, omfattande arbetsförmedlingsverksamhet i fråga om

196 — Domen i det ovannämnda målet Raso m.fl., se fotnot 181, punkt 31, och domen i det ovannämnda målet GB-Inno-BM, se fotnot 173, punkterna 23 och 24.

197 — Nämnt ovan i fotnot 53.

chefer inom näringslivet, uppenbarligen inte kan tillgodose marknadens efterfrågan på sådan verksamhet och när privata företags faktiska utövande av sådan verksamhet omöjliggörs genom bibehållandet av en lagbestämmelse, enligt vilken sådan verksamhet är förbjuden och enligt vilken en underlåtenhet att iaktta förbudet gör berörda avtal ogiltiga." [198]

407. I målet Job Center [199] upprätthöll den italienska staten ett liknande arbetsförmedlingsmonopol genom straffrättsliga påföljder. Domstolen bekräftade sin dom i målet Höfner och Elser och underströk särdragen på marknaden för tillhandahållande av arbetsförmedlingsåtgärder:

"På en sådan stor och diversifierad marknad, som dessutom på grund av den ekonomiska och sociala utvecklingen är föremål för stora förändringar, finns det risk för att en betydande andel av all efterfrågan på tjänster inte kan tillgodoses av de offentliga arbetsförmedlingarna." [200]

408. I dessa båda mål, till skillnad från ERT-fallen, hade staten inte gjort någonting utöver att bevilja en exklusiv rättighet. Domstolen fann ändå, på grund av det speciella ekonomiska sammanhanget och den typ av tjänster som det var fråga om, att monopolföretaget inte kunde undvika att missbruka sin dominerande ställning genom att ständigt "begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna". Under dessa exceptionella omständigheter ansåg sig därför domstolen kunna göra ett undantag från huvudregeln om att medlemsstaterna har rätt att bevilja exklusiva rättigheter.

409. Genom att i målet Höfner och Elser emellertid hänvisa till ett företag som *uppenbarligen* inte kunde tillgodose efterfrågan, så har domstolen markerat att frågor om monopolens laglighet endast kan bli föremål för en mycket begränsad prövning av domstolen.

410. Frågan uppstår då om omständigheterna i de nu aktuella fallen kan jämföras med de i Höfner och Elser-fallen, där fonderna bara genom att använda sina exklusiva rättigheter inte kunde undvika att missbruka sin dominerande ställning. Är det faktiska och ekonomiska sammanhanget med andra ord sådant att de obligatoriska kompletterande pensionsfonderna uppenbarligen och systematiskt inte kan tillgodose efterfrågan?

411. Parterna har helt skilda uppfattningar i denna fråga. Jag anser att domstolen inte har någon möjlighet att besvara frågan,

198 — Punkterna 29—31.
199 — Nämnt ovan i fotnot 54.
200 — Punkt 34.

eftersom den kräver en mycket detaljerad analys av den faktiska och ekonomiska situationen. Vid en begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol enligt artikel 177 i fördraget, är det de nationella domstolarna som skall göra denna analys. Det kan dock vara lämpligt att ge vissa riktlinjer beträffande vilka faktorer som de nationella domstolarna kan finna relevanta vid denna bedömning.

412. För det första, och framför allt, måste de nationella domstolarna beakta de olika ansvarsområden som den nederländska regeringen respektive fonderna har enligt artiklarna 90.1 och 86. Medlemsstaten kan bara hållas ansvarig om det finns någon form av "systemfel", det vill säga om ett missbruk är en "direkt följd" av medlemsstatens inblandning genom lagstiftning eller beslut. Ett företag som åtnjuter exklusiva eller särskilda rättigheter är emellertid ensamt ansvarigt för överträdelser av konkurrensreglerna som är hänförliga enbart till företaget. Det föreligger ingen överträdelse av artiklarna 90.1 och 86 om det enda skälet till att fonden "uppenbarligen inte kan tillgodose efterfrågan" är dess egen dåliga förvaltning eller investeringsbeslut.

413. För det andra bör de nationella domstolarna också vara medvetna om att den aktuella frågeställningen avser en gradskillnad, väcker många mycket svåra spörsmål samt medför bedömningar av viktiga ekonomiska och sociala val. Det måste därför understrykas att domstolen i Höfner och Elser-fallen har begränsat sin egen och de nationella domstolarnas prövning till att omfatta nationella system som är uppenbart olämpliga.

414. Eftersom beviljandet av exklusiva rättigheter innebär svåra ekonomiska bedömningar måste en medlemsstat slutligen också ha ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer om monopolföretaget kommer att kunna tillgodose efterfrågan eller inte. Detta är ytterligare ett skäl till att de nationella domstolarnas prövning bör vara begränsad.

415. Kommissionen har som ytterligare argument tillagt att fonderna under inga omständigheter kan jämföras med en vanlig försäkringsgivare, eftersom fonderna måste begränsa sin verksamhet till en viss bransch och har förbjudits att göra ett urval av hög- och lågrisker.

416. Enligt min mening hör dessa argument samman med artikel 90.2 och leder mig direkt till den tredje gruppen av mål, nämligen Corbeau-fallen.

c) Corbeau-fallen

417. I målet Corbeau [201] var domstolen tillfrågad att uttala sig om ett postmonopol i Belgien och dess förenlighet med artiklarna 90.1 och 86. Domstolen angav inte klart på vilket sätt den belgiska lagstiftningen var oförenlig med artiklarna 90.1 och 86, utan anförde i stället att artikel 90.1 måste läsas i förening med artikel 90.2. Domstolen gjorde sedan omedelbart en avvägning mellan de argument som kunde motivera monopolets omfattning och anförde följande:

"[Artikel 90.2] tillåter följaktligen medlemsstaterna att bevilja företag, som de anförtror att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, exklusiva rättigheter som kan hindra tillämpningen av fördragets konkurrensregler, i den mån som begränsningar i konkurrensen eller t.o.m. uteslutande av all konkurrens från andra näringsidkares sida är nödvändiga för att säkerställa fullgörandet av de särskilda uppgifter som tilldelats de företag som innehar de exklusiva rättigheterna." [202]

418. I domen i målet Corsica Ferries France [203] antog domstolen nyligen samma synsätt avseende exklusiva rättigheter för hamnlotsföreningar i två viktiga italienska hamnar. Utan att ens först avgöra om artikel 90.1 över huvud taget hade överträtts, fastslog domstolen att de exklusiva rättigheterna under alla förhållanden ändå var motiverade enligt artikel 90.2.

419. Även domen i det tidigare målet Sacchi [204] kan enligt min mening hänföras till denna grupp. I domskälen [205] hänvisade domstolen till artikel 90 utan att närmare specificera det tillämpliga lagrummet, vilket den gjorde i andra delar av domen. Mot bakgrund av generaladvokaten Reischls [206] förslag till avgörande kan det inte uteslutas att domstolen avsåg artikel 90.2.

420. Av denna rättspraxis följer således att om undantaget i artikel 90.2 är tillämpligt är beviljandet av exklusiva rättigheter under alla förhållanden motiverat. Är då artikel 90.2 tillämplig på de nu aktuella målen?

421. I artikel 90.2 föreskrivs följande:

"Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

201 — Nämnt ovan i fotnot 141.
202 — Punkt 14.
203 — Nämnt ovan i fotnot 125.
204 — Nämnt ovan i fotnot 139.
205 — Punkt 14 tredje stycket.
206 — Sidan 445.

eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

422. Den första frågan är om fonderna har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt min mening råder det knappast någon tvekan om det.

423. I Nederländerna ger de lagfästa pensionssystemen endast en grundläggande pension som står i relation till en minimilön. Kompletterande pensionssystem garanterar därför en stor del av befolkningen pensionsförmåner som går utöver denna miniminivå. Fonderna har således ett socialt syfte och deras verksamhet tjänar inte huvudsakligen deras egna eller medlemmarnas individuella intressen,[207] utan allmänna intressen. Gemenskapslagstiftningen erkände nyligen indirekt de kompletterande pensionssystemens viktiga sociala funktion genom att anta ett direktiv om skydd av kompletterande pensionsrättigheter för anställda och egenföretagare som flyttar inom gemenskapen.[208]

424. Vidare har, som redan har nämnts, fonderna inget vinstsyfte. De är skyldiga att acceptera alla arbetsgivare och arbetstagare inom respektive bransch och kan därför inte göra något urval av risker genom frågeformulär eller läkarundersökningar. Det finns inget samband mellan risken och avgifterna som betalas. Alla anslutna betalar en genomsnittlig avgift, som inte påverkas av till exempel arbetstagarens ålder eller arbetsgivarföretagets storlek. Om en arbetstagare blir arbetsoförmögen kan dispens från skyldigheten att erlägga avgifterna beviljas.

425. Kungörelsen som gjorde anslutning obligatorisk är följaktligen en rättsakt av en offentlig myndighet som anförtror fonderna att tillhandahålla en tjänst av allmänt intresse.

426. Avgörande för bedömningen blir därför nästa spörsmål, nämligen om ett avskaffande av systemet med obligatorisk anslutning, faktiskt eller rättsligt, skulle hindra den verksamhet som fonderna har anförtrotts.

207 — Domen i de ovannämnda målen BRT, se fotnot 106, punkt 23, och Züchner, se fotnot 50, punkt 7 *e contrario*.

208 — Rådets direktiv 98/49/EG av den 29 juni 1998 (EGT L 209, s. 46).

427. Fonderna och den nederländska regeringen har gjort gällande att upprätthållandet av fondernas exklusiva rättigheter är en nödvändig förutsättning för pensionssystemens överlevnad samt har, med hänvisning till domstolens dom i målet Corbeau, hävdat att frånvaron av en obligatorisk anslutning skulle hota fondernas ekonomiska stabilitet. De har härvid åskådliggjort en ond cirkel som därmed skulle uppstå eftersom "lågriskerna" (till exempel stora företag med en ung och frisk arbetskraft som har riskfria arbeten) skulle efterfråga mer förmånliga system hos privata försäkringsgivare och fonderna därför skulle ha en större andel högrisker. Det skulle i sin tur leda till att pensionskostnaderna för arbetstagare i till exempel små eller mellanstora företag med en äldre arbetskraft som har farliga arbeten, skulle öka. Därmed skulle det bli allt svårare eller kanske till och med omöjligt att försäkra högrisker till rimliga kostnader.

428. Vidare har fonderna och den nederländska regeringen gjort gällande att endast ett system som bygger på obligatorisk anslutning kan erbjuda system med genomsnittliga avgifter (som inte har något samband med riskerna) och genomsnittliga pensioner (som inte har något samband med lönen). De anser att privata försäkringsgivare aldrig skulle erbjuda sådana typer av pensionsförsäkringar.

429. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har i stället hävdat att det nederländska systemet med obligatorisk anslutning går utöver vad som är nödvändigt för att garantera ett tillräckligt omfattande socialt skydd.

430. För det första anser de att kollektivavtal som innehåller krav på minimipensionsnivåer skulle vara tillräckligt. Den mer detaljerade regleringen av hur pensionsmedlen skall förvaltas borde i princip tillkomma arbetsgivaren att besluta om. Minimikrav skulle också kunna påbjudas genom lag om så skulle vara nödvändigt. Ett bra exempel på det sistnämnda är den lag som trädde i kraft den 1 januari 1998 och som förbjuder en föregående läkarundersökning vid gruppförsäkringsavtal.

431. Vad avser argumentet att genomsnittliga premier och pensionsförmåner endast är genomförbara genom obligatorisk anslutning har det gjorts gällande att system med genomsnittliga avgifter inte längre utgör ett väsentligt särdrag i kompletterande pensionssystem och inte heller krävs enligt lag. Omvänt har vissa tjänstepensionssystem genomsnittliga avgifter utan att ha obligatorisk anslutning.

432. Slutligen har det hävdats att empiriska bevis visar att obligatorisk anslutning inte är nödvändig, eftersom 15 kompletterande

pensionssystem i Nederländerna är verksamma utan obligatorisk anslutning.

433. Enligt min mening är för många sakomständigheter alltjämt tvistiga mellan parterna och/eller inte fullständigt utredda.

434. Varför kan till exempel vissa tjänstepensionsfonder överleva utan obligatorisk anslutning? Den nederländska regeringens skriftliga svar på en fråga från domstolen har fortfarande inte klargjort situationen och svaret har även bestritts till vissa delar av sökandena. Vid sammanträdet visade det sig att det även var tvistigt huruvida och i vilken utsträckning genomsnittliga avgifter och pensionförmåner alltjämt utgjorde ett typiskt särdrag för de nederländska kompletterande tjänstepensionsfonderna.

435. Följaktligen kan domstolen på nytt inte avgöra om ett avskaffande av obligatorisk anslutning faktiskt eller rättsligt skulle förhindra de särskilda uppgifter som fonderna har anförtrotts. Den detaljerade analysen av alla ekonomiska, finansiella och sociala aspekter som berörs måste göras av de nationella domstolarna, som därvid skall beakta följande.

436. Artikel 90.2 försöker förena medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag som instrument för sin ekonomiska eller sociala politik med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna och reglerna för den inre marknaden efterföljs.[209] Eftersom artikeln medger ett undantag från övriga regler i fördraget måste den tolkas restriktivt.[210]

437. När medlemsstaterna emellertid definierar de tjänster av allmänt intresse som de vill anförtro åt vissa företag får de ta i beaktande sina nationella politiska målsättningar.[211] Därvid måste hållas i minne att medlemsstaterna alltjämt är behöriga att själva organisera sina socialförsäkringssystem.[212] Inom dessa områden åtnjuter de därför ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.

438. Domstolen har nyligen fastslagit att det inte är nödvändigt för tillämpningen av

209 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna (REG 1997, s. I-5699), punkt 39.

210 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, se fotnot 209, punkt 37.

211 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, se fotnot 209, punkt 40.

212 — Dom av den 7 februari 1984 i mål 283/82, Duphar m.fl. (REG 1984, s. 523; svensk specialutgåva, volym 7, s. 505), punkt 16, domen i de ovannämnda förenade målen Poucet och Pistre, se fotnot 55, punkt 6, domen i det ovannämnda målet Sodemare m.fl., se fotnot 57, punkt 27.

undantaget i artikel 90.2 att det aktuella företagets överlevnad är hotad.[213] Av artikelns ordalydelse följer nämligen att det är tillräckligt att tillämpningen av konkurrensreglerna, faktiskt eller rättsligt, skulle hindra att de särskilda skyldigheter som åvilar företaget fullgörs.

439. De nationella domstolarna måste därför, för det första, definiera vilken typ av allmänna tjänster som fonderna är skyldiga att tillhandahålla och, för det andra, om utförandet av denna skyldighet skulle förhindras om den obligatoriska anslutningen avskaffades.

440. Följaktligen är obligatorisk anslutning som sådan oförenlig med artiklarna 90.1 och 86 endast om den nederländska lagstiftningen gör att fonderna uppenbarligen inte kan tillgodose efterfrågan och om ett avskaffande av obligatorisk anslutning inte skulle förhindra att de tjänster av allmänt intresse som fonderna har anförtrotts fullgörs.

2. *Reglerna om skönsmässigt utrymme vid beviljandet av dispenser från obligatorisk anslutning*

441. Som redan har nämnts innefattar det nederländska systemet regler om individuella dispenser från obligatorisk anslutning när arbetsgivare eller arbetstagare har upprättat eller önskar upprätta särskilda pensionsarrangemang. Dessa regler har tre viktiga särdrag. För det första fattas beslutet om individuell dispens av den behöriga tjänstepensionsfonden själv. För det andra har fonden i de flesta fall befogenhet att företa en skönsmässig bedömning. För det tredje kan de nationella domstolarna till följd av detta utrymme för skönsmässig bedömning endast göra en mycket begränsad prövning av fondernas beslut.[214]

442. Albany, Brentjens och Drijvende Bokken har, med hänvisning till domen i målet GB-Inno-BM,[215] hävdat att dessa regler står i strid med artiklarna 90.1 och 86, eftersom de ger fonderna möjligheten att själva välja konkurrensens omfattning.

443. Fonderna har däremot hävdat att deras utrymme för skönsmässig bedömning *de facto* är begränsat. De kan nämligen i praktiken inte bevilja dispenser oftare än de gör, eftersom det skulle skapa farliga prejudikat. Fler dispenser skulle sätta den branschomspännande solidariteten, den obligatoriska anslutningen och i förlängningen även fondernas överlevnad i fara. Fonderna har därför hävdat att de inte kan jämföras med det offentliga organ som förekom i målet GB-Inno-BM.

213 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, se fotnot 209, punkt 43.

214 — Se punkterna 352—363 ovan.

215 — Nämnd ovan i fotnot 173.

444. Kommissionen har, för det första, hävdat att möjligheten till individuella dispenser skall ses som en extraordinär öppning i ett annars helt tillslutet system och att det inte skulle vara konsekvent att undersöka huruvida reglerna om individuella dispenser är förenliga med fördraget om den obligatoriska anslutningen i sig skulle anses vara förenlig med fördraget.

445. Om jag alltså har förstått kommissionen korrekt så har den hävdat att vilken regel som helst om individuella dispenser automatiskt skulle vara tillåten om den obligatoriska anslutningen, och därmed fondernas exklusiva rättighet som sådan, skulle anses förenlig med artiklarna 90.1 och 86.

446. Jag delar inte kommissionens åsikt.

447. Omfattningen av varje fonds monopolställning bestäms inte enbart av den kungörelse som gör anslutningen obligatorisk, utan också av möjligheterna till dispens. Om fondernas exklusiva rättigheter i sig skulle anses tillåtna skulle det helt klart vara motsägelsefullt att hävda att artiklarna 90.1 och 86 krävde att ytterligare grunder för dispens skulle fastställas. I det avseendet kan jag hålla med kommissionen.

448. Det aktuella problemet är emellertid ett annat. Frågan avser inte den materiella omfattningen av fondernas exklusiva rättigheter, som har fastställts genom kungörelsen om obligatorisk anslutning och giltiga grunder för dispens, utan formerna för hur besluten om detta tas. När en fond fattar ett skönsmässigt beslut, efter ansökan om individuell dispens, avgör den rent faktiskt själv omfattningen av sitt lagfästa monopol. Denna delegering av beslutsfattande är inte en nödvändig och inneboende del i reglerna om den exklusiva rättighetens materiella omfattning och kan därför skiljas från dessa sistnämnda regler och bestridas separat.

449. Vid sammanträdet har kommissionen för det andra hävdat att ingenting i den nederländska lagstiftningen föranledde fonderna att missbruka sitt utrymme för skönsmässig bedömning. Med hänvisning till målet Centre d'insémination de la Crespelle [216] har kommissionen hävdat att fonderna därför själva är ansvariga för eventuellt missbruk.

450. Återigen är jag inte övertygad. Genom att anförtro fonderna behörigheten att

216 — Nämnt ovan i fotnot 128, bedömt ovan i punkt 392.

besluta om individuella dispenser har den nederländska lagstiftningen skapat en uppenbar intressekonflikt.

451. Genom att utfärda regler för skönsmässiga dispenser har den nederländska lagstiftaren medgett att det kan finnas vissa situationer där ett företag som tillhör en viss bransch kan ha ett berättigat intresse av att ansöka om dispens. Man kan härvid till exempel tänka sig företag som tillhör en företagskoncern som har en egen policy vad gäller gruppförsäkringar, eller andra situationer som nu utgör obligatoriska grunder för dispens i den senaste utformningen av riktlinjerna om dispens från anslutning. [217]

452. Tjänstepensionsfonderna har däremot ett uppenbart egenintresse av att upprätthålla en så hög anslutningsnivå som möjligt. Fler anslutna innebär till exempel mer omfattande stordriftsfördelar vad gäller de administrativa kostnaderna, större köpkraft på investeringsmarknaderna och en mer förmånlig riskspridning.

453. Riktlinjerna om dispens från anslutning, i den lydelse som är tillämplig i de nu aktuella målen, anförtror åt fonderna att göra en avvägning mellan dessa två intressen. Man kan därmed på sitt sätt säga att fonderna samtidigt är domare och part.

454. Enligt fast rättspraxis strider skapandet av liknande intressekonflikter mot artiklarna 90.1 och 86.

455. I målet Frankrike mot kommissionen [218] skulle domstolen uttala sig om ett direktiv som byggde på artikel 90.1 och 90.3 [219] och som förpliktade medlemsstaterna att säkerställa att ansvaret för upprättande av specifikationer och övervakning avseende teleterminalutrustning tilldelades ett organ som var det företag som hade hand om det allmänna nätet. Domstolen fastslog följande:

»... ett system med icke snedvridna konkurrensförhållanden i fördragets mening [kan] bara... garanteras om lika möjligheter tillförsäkras de rörelsedrivande företagen. Att anförtro ett företag som saluför terminalutrustning uppgiften att upprätta specifikationerna för denna utrustning, övervaka deras tillämpning och utfärda typgodkännande för utrustningen, är liktydigt med att bemyndiga företaget att efter eget gottfinnande bestämma vilken terminalutrustning som får anslutas till det allmänna

217 — Se punkt 360 ovan.

218 — Nämnt ovan i fotnot 188.

219 — Jämför punkt 13 i domen.

nätet och därigenom ge detta företag en uppenbar fördel framför konkurrenterna." [220]

456. I domen i målet GB-Inno-BM [221] upprepade domstolen sitt uttalande och tillade att "upprätthållandet av en effektiv konkurrens och säkerställandet av insyn" kräver att det organ som upprättar specifikationer och utfärdar typgodkännande är oberoende av företag som är verksamma på marknaden för terminalutrustning.

457. I domen i målet Tranchant [222] anförde domstolen särskilt att kravet på oberoende "avser... att utesluta alla risker för intressekonflikter mellan dels den myndighet som ansvarar..., dels... företag[en]..."

458. I andra liknande rättsfall har domstolen också tolkat kravet på oberoende restriktivt. [223] I domarna i målen Decoster [224] och Taillandier [225] fastslog domstolen till exempel att kravet på oberoende inte var uppfyllt när olika direktorat i det franska post- och telekommunikationsministeriet samtidigt ansvarade för, å ena sidan, driften av det allmänt tillgängliga nätet och genomförande av handelspolitiken och, å den andra sidan, beviljande av typgodkännande för terminalutrustning.

459. En annan typ av intressekonflikt ansågs strida mot artiklarna 90.1 och 86 i domen i målet ERT [226] och mer nyligen i målet Raso m.fl. [227] Särskilt i det senare målet förklarade domstolen varför sådana intressekonflikter utgör ett hot mot både konkurrensutvecklingen och konkurrerande parter.

460. Vidare följer av domarna i målen GB-Inno-BM [228] och Raso m.fl. [229] att det är det faktum att de tillämpliga bestämmelserna skapar de aktuella intressekonflikterna som strider mot artiklarna 90.1 och 86. Det är alltså inte nödvändigt att konstatera ett konkret fall av missbruk.

461. I de nu aktuella målen försvåras den inneboende faran med sådana intressekonflikter ytterligare väsentligt genom de två

220 — Punkt 51.

221 — Nämnd ovan i fotnot 173, punkt 26.

222 — Dom av den 9 november 1995 i mål C-91/94, Tranchant (REG 1995, s. I-3911), punkt 19.

223 — Dom av den 17 november 1992 i de förenade målen C-271/90, C-281/90 och C-289/90, Spanien m.fl. mot kommissionen ("teletjänster") (REG 1992, s. I-5833; svensk specialutgåva, volym 13), punkt 22, och av den 27 oktober 1993 i mål C-69/91, Decoster (REG 1993, s. I-5335; svensk specialutgåva, volym 14) och i mål C-92/91, Taillandier (REG 1993, s. I-5383).

224 — Nämnd ovan i fotnot 223.

225 — Nämnd ovan i fotnot 223.

226 — Nämnd ovan i fotnot 64, punkt 37.

227 — Nämnd ovan i fotnot 181, punkterna 28—31.

228 — Nämnd ovan i fotnot 173, punkterna 23 och 24.

229 — Punkt 31.

andra särdragen i systemet, nämligen fondernas utrymme för skönsmässig bedömning och den begränsade domstolsprövningen av deras beslut.

462. I en liknande situation, om än i ett annat sammanhang, anförde domstolen följande i domen i målet Meroni mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet:

"Följderna av en delegering av befogenheter skiljer sig markant åt, beroende på om den avser klart avgränsade verkställande befogenheter vars användning därigenom är föremål för sträng kontroll med hjälp av objektiva kriterier fastställda av den delegerande myndigheten, eller om den avser diskretionär befogenhet som innebär en vidsträckt bedömningsfrihet och som i den praktiska användningen kan ge uttryck för en verklig ekonomisk politik." [230]

463. Vad mer specifikt avser fondernas utrymme för skönsmässig bedömning är domstolens dom i de förenade målen Lagauche m.fl. [231] av intresse. Det belgiska telekommunikationsföretaget hade där också anförtrotts att bevilja typgodkännanden för telekommunikationsutrustning. I motsats till situationen i GB-Inno-BM var det emellertid ministern som fastställde de tekniska föreskrifterna som var nödvändiga för ett godkännande. Monopolföretagets enda uppgift bestod därmed i att kontrollera om utrustningarna stod i överensstämmelse med de föreskrifter som fastställts av ministern. Då det inte fanns något utrymme för skönsmässig bedömning ansåg domstolen att artiklarna 90.1 och 86 inte hade överträtts.

464. Även vad avser vikten av en fullständig domstolsprövning kan hänvisning ske till målen GB-Inno-BM [232] och Lagauche m.fl. [233] I båda dessa domar fastslog domstolen, om än vad gäller artikel 30, att beslut av ett organ med reglerande eller övervakande befogenheter och som kan påverka enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten, måste kunna bli föremål för domstolsprövning.

465. I de nu aktuella målen skapar riktlinjerna om dispens från anslutning ett regelverk med alla tre avgörande särdragen, nämligen intressekonflikten, utrymmet för skönsmässig bedömning samt endast en mycket begränsad domstolsprövning. Jag drar därför slutsatsen, utan att behöva ta ställning till riktlinjernas nya lydelse, att de nederländska reglerna om skönsmässiga individuella dispenser strider mot artiklarna 90.1 och 86.

466. Det kvarstår då att behandla kommissionens slutliga argument. Kommissio-

230 — Dom av den 13 juni 1958 i mål 9/56, Meroni mot Europeiska kol- och stålgemenskapens höga myndighet (REG 1958, s. 9; svensk specialutgåva, volym 1, s. 21).

231 — Dom av den 27 oktober 1993 i de förenade målen C-46/90 och C-93/91 (REG 1993, s. I-5267; svensk specialutgåva, volym 14).

232 — Nämnt ovan i fotnot 173, punkterna 34—36.

233 — Nämnt ovan i fotnot 231, punkterna 25—29.

nen har först hävdat att förvaltningskommittéerna rent faktiskt är de enda som kan fatta beslut om ansökningarna om dispens. För det andra har den också pekat på möjligheterna att inge klagomål till försäkringskammaren.

467. Enligt min mening motsäger, i vart fall till viss del, kommissionens andra argument dess första. Om försäkringskammaren, som oberoende organ, kan avgöra klagomål om fondernas beslut, varför skulle den då inte också kunna fatta beslut om individuella dispenser? Varför skulle inte något annat oberoende organ kunna göra en avvägning mellan fondernas och de anslutnas intressen? Vad avser det andra argumentet har det redan under det skriftliga och muntliga förfarandet blivit klarlagt att, som också redan har nämnts, försäkringskammaren inte kan fatta beslut med tvingande rättsverkan. Därav följer att möjligheten att överklaga till försäkringskammaren inte är något lämpligt rättsmedel.

468. Följaktligen strider sådana bestämmelser som de nederländska riktlinjerna om dispens från anslutning mot artiklarna 90.1 och 86 genom att de ger fonderna befogenhet att företa en skönsmässig bedömning när den fattar beslut om ansökningar om dispens från obligatorisk anslutning, vilka endast kan bli föremål för en mycket begränsad domstolsprövning.

X — Rättsverkningar av domstolens dom

469. Hoge Raad har begärt att domstolen uttryckligen anger konsekvenserna av sin dom.

470. Av det anförda följer att två saker i den nederländska lagstiftningen måste hållas i sär, nämligen den obligatoriska anslutningen som sådan och reglerna om utrymme för skönsmässig bedömning vid individuella dispenser.

471. Det första spörsmålet uppstår endast om den nationella domstolen skulle anse att det nederländska systemet med obligatorisk anslutning som sådant, eller en kungörelse som påbjuder anslutning till en viss fond, strider mot artiklarna 90.1 och 86 och rör då de konsekvenser som en sådan dom skulle få.

472. I motsats till vad fonderna har hävdat, skulle en sådan nationell dom baseras på artiklarna 90.1 och 86 såsom *lex specialis*

och inte på artikel 5 andra stycket.[234] Artiklarna 90.1 och 86 har direkt effekt[235] och nationell lagstiftning samt kungörelser som gör anslutning obligatorisk skulle därför i princip inte vara tillämpliga.[236]

473. Den nederländska regeringen har hemställt att domstolen skall begränsa domens rättsverkningar i tiden.

474. Domstolens tolkning av en gemenskapsrättsregel klargör och preciserar endast innebörden och räckvidden av denna regel, så som den skall eller skulle ha förståtts och tillämpats från och med sitt ikraftträdande. Domstolen har emellertid uttalat, med beaktande av den allmänna rättssäkerhetsprincipen och de allvarliga konsekvenser som en dom kan komma att få, att domens rättsverkningar endast i exceptionella fall kan begränsas i tiden.[237]

475. Som skäl mot en sådan tidsbegränsning skulle kunna anföras att de inblandade ekonomiska aktörerna kunde ha hyst vissa tvivel om lagligheten av obligatorisk anslutning till pensionsfonder redan efter Hoge Raads begäran om förhandsavgörande i de förenade målen Van Schijndel och Van Veen.[238] [239]

476. Å andra sidan är behovet av en begränsning i tiden särskilt stort just på pensionsområdet. Domar vars rättsverkningar saknar begränsning i tiden skulle retroaktivt kunna rubba den finansiella balansen i många pensionssystem och ställa i fråga rättsförhållanden som redan har uttömts.[240] Jag är därför benägen att förorda en exceptionell begränsning av domens rättsverkningar i tiden.

477. Det måste understrykas att det endast är domstolen som kan besluta om en sådan exceptionell begränsning och en sådan begränsning kan endast tillåtas i samma dom varigenom avgörande meddelas med anledning av begäran om tolkning.[241]

478. I de nu aktuella målen är det, som jag redogjort för, de nationella domstolarnas uppgift att slutgiltigt besluta om den obligatoriska anslutningens förenlighet med gemenskapsrätten. Detta faktum hindrar

234 — Se punkt 304 ovan och domen i det ovannämnda målet Centre d'insémination de la Crespelle, se fotnot 128, punkt 15.

235 — Domen i det ovannämnda målet Merci convenzionali porto di Genova, se fotnot 143, punkt 23.

236 — Dom av den 4 april 1968 i mål 34/67, Lück (REG 1968, s. 359 och i synnerhet s. 370), dom av den 22 oktober 1998 i de förenade målen C-10/97 och C-22/97, IN.CO.GE'90 (REG 1998, s. I-4951), punkterna 18—21.

237 — Dom av den 15 september 1998 i mål C-231/96, EDIS (REG 1998, s. I-4951), punkterna 15 och 16.

238 — Se fotnot 2.

239 — Domen i det ovannämnda målet Bosman, se fotnot 21, punkt 146.

240 — Domen i det ovannämnda målet Barber, se fotnot 91, punkt 44.

241 — Dom av den 27 mars 1980 i de förenade målen 66/79, 127/79 och 128/79, Salumi m.fl. (REG 1980, s. 1237; svensk specialutgåva, volym 5, s. 163), punkt 11.

emellertid enligt min mening inte domstolen från att besluta om rättsverkningarna i tiden av sin dom, genom att uttryckligen basera sitt avgörande på förutsättningen att de nationella domstolarna, mot bakgrund av domstolens tolkning, finner det nederländska regelverket stå i strid med artiklarna 90.1 och 86.

479. Det andra spörsmålet berör rättsverkningarna av en dom om reglerna om individuella dispenser, såsom de nederländska, befinns stå i strid med artiklarna 90.1 och 86.

480. På grund av att artiklarna 90.1 och 86 har direkt effekt skulle reglerna om skönsmässiga individuella dispenser inte vara tillämpliga. Eftersom dessa regler, som tidigare har nämnts, kan särskiljas skulle inte reglerna om obligatorisk anslutning i sig påverkas.[242] Andra rättsverkningar avgörs av den nationella lagstiftningen med de begränsningar som uppställs i gemenskapsrätten.

242 — Jämför en liknande situation i generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande inför domen i målet Decoster, se fotnot 223, s. 5371.

XI — Förslag till avgörande

Följaktligen bör de frågor som har hänskjutits i de aktuella målen enligt min mening besvaras enligt följande:

1) Artikel 85.1 i fördraget överträds inte om företrädarna för arbetsgivare och arbetstagare inom en viss bransch kommer överens om att kollektivt upprätta en enda tjänstepensionsfond och gemensamt ansöka hos myndigheterna om obligatorisk anslutning till fonden för alla personer inom branschen.

2) Artiklarna 5 och 85 i fördraget överträds inte om en medlemsstat, på gemensam begäran från företrädarna för arbetsgivare och arbetstagare, förordnar om obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond för alla företag inom branschen.

3) De nederländska tjänstepensionsfonderna skall anses utgöra företag i den mening som avses i fördragets konkurrensregler.

4) Artiklarna 90.1 och 86 i fördraget utgör endast hinder för regler om obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonder, såsom de nederländska reglerna, om fonderna på grund av lagstiftningen och kungörelsen om obligatorisk anslutning uppenbarligen inte kan tillgodose efterfrågan och ett

avskaffande av den obligatoriska anslutningen inte skulle förhindra att de tjänster av allmänt intresse som fonderna har anförtrotts fullgörs.

Artiklarna 90.1 och 86 i fördraget utgör hinder för regler som de nederländska riktlinjerna om dispens från anslutning genom att dessa ger tjänstepensionsfonderna befogenhet att företa en skönsmässig bedömning när de fattar beslut om ansökningar om individuella dispenser från obligatorisk anslutning, vilka endast kan bli föremål för en mycket begränsad domstolsprövning.

5) Om de nationella reglerna anses strida mot artiklarna 90.1 och 86 i fördraget är de inte tillämpliga, med förbehåll för att domstolen eventuellt begränsar domens rättsverkningar i tiden.