DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

21. december 2011 *

I sag C-271/09,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 16. juli 2009,

Europa-Kommissionen ved E. Montaguti og K. Herrmann, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Republikken Polen ved M. Dowgielewicz, M. Szpunar, M. Jarosz og P. Kucharski, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

har

* Processprog: polsk.

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, T. von Danwitz og D. Šváby (refererende dommer),

generaladvokat: N. Jääskinen
justitssekretær: fuldmægtig K. Malaček,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 16. december 2010,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 14. april 2011,

afsagt følgende

Dom

1 I stævningen har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den har opretholdt artikel 143, artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2, i lov af 28. august 1997 om pensionsfondes organisation og virksomhed (Ustawa o organizacju i funkcjonowaniu funduszy emertalnych), med senere ændringer (Dz. U

af 2004, nr. 159, position 1667, herefter »lov om pensionsfonde«), hvorved adgangen for polske åbne pensionsfonde til at foretage udenlandske investeringer begrænses.

Retsforskrifter

EU-retlige forskrifter

Direktiv 88/361/EØF

2 I indledningen til bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (denne artikel blev ophævet ved Amsterdamtraktaten) (EFT L 178, s. 5) under overskriften »Nomenklatur for kapitalbevægelser omhandlet i artikel 1 i direktivet« hedder det:

»[...]

De kapitalbevægelser, der er opført i nærværende nomenklatur, omfatter:

[...]

— transaktioner gennemført af enhver fysisk eller juridisk person [som defineret i national lovgivning], herunder transaktioner vedrørende medlemsstaternes og andre offentlige myndigheders og organers tilgodehavender eller forpligtelser, medmindre andet gælder i henhold til bestemmelserne i traktatens artikel 68, stk. 3

[...]«

Direktiv 2003/41/EF

3 Artikel 18, stk. 5 og 6, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/41/EF af 3. juni 2003 om arbejdsmarkedsrelaterede pensionskassers aktiviteter og tilsynet hermed (EUT L 235, s. 10) har følgende ordlyd:

»5. I overensstemmelse med bestemmelserne i stk. 1-4 kan medlemsstaterne fastsætte mere detaljerede regler for pensionskasser med hjemsted på deres område, herunder kvantitative regler, såfremt disse er begrundet i forsigtighedshensyn på baggrund af alle de pensionsordninger, der forvaltes af disse pensionskasser.

Specielt kan medlemsstaterne indføre investeringsregler svarende til bestemmelserne i direktiv 2002/83/EF.

Medlemsstaterne må dog ikke forhindre pensionskasserne i:

[…]

b) at investere op til 30 % af de aktiver, der dækker de tekniske hensættelser i aktiver, der er udtrykt i andre valutaer end dem, forpligtelserne er udtrykt i

[…]

6. Stk. 5 udelukker ikke, at medlemsstaterne kan kræve strengere investeringsregler overholdt af pensionskasser med hjemsted på deres område også på et individuelt grundlag, forudsat at dette krav er begrundet i forsigtighedshensyn, navnlig på baggrund af de af pensionskassen indgåede forpligtelser.«

Nationale bestemmelser

4 Med de fornødne tilpasninger, som er forbundet med de overgangsordninger, som fandt anvendelse på personer født før den 1. januar 1949 og personer født mellem den 1. januar 1949 og den 31. december 1968, bygger den alderspensionsordning, som trådte i kraft i Polen den 1. januar 1999 i henhold til lov af 13. oktober 1998 om den sociale sikringsordning (Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych), som ændret (Dz. U af 2007, nr. 11, position 74), på tre søjler:

— Den første søjle, der er en obligatorisk ordning, er baseret på princippet om omfordeling. Pensionerne forvaltes og udbetales af Zakład Ubezpieczeń Społecznych (den sociale sikringsinstitution, herefter »ZUS«), der er en offentlig enhed, som råder over de finansielle midler i Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (socialforsikringskasser).

— Den anden søjle, som ligeledes er obligatorisk, er opsparingsbaseret. Den udgøres af de åbne pensionsfonde, som der aktuelt er 14 af.

— Den tredje søjle, der er en valgfri ordning, udgøres af frivillige, supplerende opsparingsordninger. Ordningen reguleres af lov af 20. april 2004 om individuelle pensionskonti (Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych) (Dz. U nr. 116, position 1205).

5 I henhold til artikel 3, stk. 1, nr. 2), i lov af 13. oktober 1998 om den sociale sikringsordning, med senere ændringer, defineres åbne pensionsfonde i overensstemmelse med bestemmelserne i lov om pensionsfonde.

6 I henhold til artikel 2 i lov om pensionsfonde har en åben pensionsfond til formål at akkumulere og investere finansielle midler med henblik på at udbetale disse midler til medlemmerne, når de når pensionsalderen.

7 I henhold til denne lovs artikel 3 er en åben pensionsfond en juridisk person, der har form af en stiftelse, hvis aktiver er adskilt fra det selskab, som har oprettet den og administrerer den, og som har eneret til at repræsentere den i forhold til tredjeparter, Powszechne Towarzystwa Emerytalne (herefter »PTE«). I henhold til lovens artikel 27 udøver dette administrationsselskab kun virksomhed i form af et aktieselskab og i henhold til artikel 29 mod vederlag. Et administrationsselskab kan kun administrere en enkelt åben pensionsfond.

8 De åbne pensionsfonde, som medlemmerne frit kan vælge, modtager fra ZUS en tredjedel af de pensionsindbetalinger, som medlemmerne har indbetalt i forbindelse med alderspensionsordningens første søjle.

9 I henhold til artikel 180 i lov om pensionsfonde er der statsgaranti for dækningen af åbne pensionsfondes underskud i tilfælde, hvor fondens afkast i henhold til lovens artikel 175, stk. 1, i en periode på 36 måneder er lavere end det krævede minimumsafkast, dvs. et afkast, der er 50 % lavere end det vejede gennemsnit af alle de åbne pensionsfonde i denne periode eller 4 procentpoint af dette gennemsnit afhængigt af, hvilken værdi der er lavest, når hverken den pågældende åbne pensionsfond eller garantifonden, som de åbne pensionsfonde indbetaler bidrag til i henhold til lovens kapitel 19, råder over midler i denne forbindelse.

10 I artikel 134-137 i lov om pensionsfonde fastsættes den måde, hvorpå de åbne pensionsfondes virksomhed finansieres. I henhold til disse bestemmelser aflønner fondene sig selv ved at fratrække en procentdel, højst 3,5 %, af de indbetalte bidrag, før disse konverteres til pensionspoint, og de fakturerer endvidere udgifterne til PTE's administration af fonden, idet disse udgifter beregnes i forhold til aktivernes værdi og ikke må overstige de grænser, der er fastsat i lovens artikel 136a, stk. 2.

11 Vedrørende fastsættelsen af aktivernes værdi, der danner grundlag for fastsættelsen af disse udgifters størrelse, bestemmes følgende i nævnte lovs artikel 136, stk. 3:

»Ved fastsættelsen af værdien af de af fonden forvaltede nettoaktiver, jf. stk. 2 og 2a, tages hverken hensyn til værdien af de i artikel 141, stk. 1, nr. 8), omhandlede investeringer eller til investeringer i andele, som er udstedt af institutter for kollektiv investering med hjemsted i udlandet som omhandlet i artikel 143, stk. 1.«

12 Lovens artikel 136a bestemmer:

»1. Omkostninger i forbindelse med opbevaring af aktiver og gennemførelse samt afvikling af transaktioner til erhvervelse eller afhændelse af fondens aktiver, som svarer til de afgifter, der skal betales til de clearingcentraler, som fonden i henhold til særlige bestemmelser skal anvende til formidling, og som udgør en del af vederlaget til depot, fratrækkes fondens aktiver i henhold til den pågældende clearingcentrals gældende tabel over provision og udgifter.

2. De i stk. 1 omhandlede omkostninger svarende til de afgifter, som skal betales til udenlandske clearingcentraler, fratrækkes fondens aktiver op til en grænse svarende til de beløb, der skal betales til de i stk. 1 omhandlede nationale clearingcentraler.«

13 Artikel 139-156 i lov om pensionsfonde omhandler åbne pensionsfondes investeringsaktiviteter.

14 Lovens artikel 139 fastsætter, at fondene skal investere deres aktiver i henhold til denne lovs bestemmelser, idet de skal bestræbe sig på at optimere såvel sikkerhed som afkast af disse investeringer.

15 Lovens artikel 141, stk. 1, har følgende ordlyd:

»1. Fondens aktiver må […] kun placeres i følgende instrumentkategorier:

1) obligationer, skatkammerbeviser og andre værdipapirer udstedt af staten eller Polens nationalbank samt lån og kreditter til disse organer

2) obligationer og andre gældsinstrumenter, der er baseret på kontantydelser garanteret af staten eller Polens nationalbank eller med sikkerhed i disse organer, samt indlån, kredit og lån garanteret af disse organer eller med sikkerhed heri

3) bankindskud og værdipapirer udstedt af banker i polsk valuta

3a) bankindskud og værdipapirer udstedt af banker i en valuta tilhørende en medlemsstat i [Organisationen for Økonomisk Samarbejde og Udvikling (OECD)] eller en anden stat, hvormed Republikken Polen har indgået en aftale om gensidig fremme og beskyttelse af investeringer, idet disse valutaer dog kun kan erhverves med det formål at afvikle fondens løbende fordringer

4) aktier i selskaber, der er noteret på et reguleret børsmarked, samt fortegningsretter, aktieoptioner og obligationer, der kan ombyttes til aktier i selskaber, som er noteret på et reguleret børsmarked

5) aktier i selskaber, der er noteret på et ikke-reguleret marked, eller papirløse aktier i henhold til bestemmelserne i lov af 29. juli 2005 om omsætning af finansielle instrumenter, aktier i selskaber, som ikke kan omsættes på et reguleret marked, samt tegningsretter, aktieoptioner og obligationer, der kan ombyttes til aktier i selskaber, der er noteret på et ikke-reguleret marked, eller papirløse aktier, som ikke er noteret på et reguleret marked

6) andele i nationale investeringsfonde

7) investeringscertifikater udstedt af lukkede investeringsfonde

8) andele, som er overdraget af åbne investeringsfonde eller specialiserede åbne investeringsfonde

9) obligationer og andre gældsinstrumenter udstedt af lokale og regionale myndigheder, grupper af lokale og regionale myndigheder eller byen Warszawa, som er papirløse, jf. den i nr. 5) omhandlede lov

10) andre instrumenter end obligationer og andre papirløse gældsinstrumenter udstedt af lokale og regionale myndigheder, grupper af lokale og regionale myndigheder eller Warszawa by

10a) deltagende obligationer som omhandlet i lov af 29. juni 1995 om obligationer (Dz. U af 2001, nr. 120, position 1300, Dz. U af 2002, nr. 216, position 1824, og Dz. U af 2003, nr. 217, position 2124)

11) papirløse obligationer i henhold til den i nr. 5) omhandlede lov, udstedt af andre organer end regionale og lokale myndigheder, grupper af regionale og lokale myndigheder eller Warszawa by, som er omfattet af en garanti op til deres fulde nominelle værdi forhøjet med en eventuel rente

12) andre instrumenter end papirløse obligationer og andre gældsinstrumenter, udstedt af andre organer end regionale og lokale myndigheder, grupper af regionale og lokale myndigheder eller Warszawa by, som er omfattet af en garanti op til deres nominelle værdi, forhøjet med en eventuel rente

13) andre obligationer og andre gældsinstrumenter udstedt af offentlige selskaber end de i nr. 11) og 12) omhandlede instrumenter

13a) papirløse obligationer og andre gældsinstrumenter i henhold til den i nr. 5) om handlede lov, som ikke er omhandlet i nr. 9) og 11)

13b) pantebreve

13c) indlånsbeviser som omhandlet i lov af 29. juli 2005 om omsætning af finansielle instrumenter, som kan handles på et reguleret marked i Polen.

[…]«

16 I artikel 143 i lov om pensionsfonde defineres de kategorier af udenlandske instrumenter, som de åbne pensionsfonde kan investere deres aktiver i. Den har følgende ordlyd:

»1. På grundlag af en generel tilladelse, som meddeles ved en bekendtgørelse udstedt af ministeren med ansvar for finansielle institutioner og på de i denne tilladelse fastsatte vilkår, kan en åben pensionsfonds aktiver investeres i udlandet i værdipapirer udstedt af selskaber, som er noteret på hovedbørserne i OECD-medlemsstater eller andre stater, som er nærmere angivet i tilladelsen, samt i skatkammerbeviser eller værdipapirer udstedt af disse staters centralbanker og i andele udstedt af institutter for kollektiv investering med hjemsted i disse stater, hvis disse institutter udbyder disse andele til den brede offentlighed og tager dem tilbage på investors anmodning.

2. Den samlede værdi af investeringer foretaget

1) af en åben pensionsfond i instrumenter omfattet af de i stk. 1 omhandlede kategorier må ikke overstige 5 % af værdien af fondens aktiver.

[...]«

17 Sidstnævnte bestemmelse suppleres af artikel 1 i finansministeriets bekendtgørelse af 23. december 2003 om generel tilladelse til pensionsfondes investeringer uden for landets grænser (Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju), med senere ændringer (Dz. U nr. 229, position 2286, herefter »finansministeriets bekendtgørelse«), hvoraf det fremgår i stk. 3, at investeringerne i udenlandske aktiver skal ledsages af en vurdering af investeringens kvalitet foretaget af et specialiseret kreditvurderingsbureau, som er anerkendt på et internationalt kapitalmarked, som vurderer den investeringsrisiko, som er forbundet med de pågældende værdipapirer, samt udstederens evne til at opfylde sine kontraktmæssige forpligtelser på forfaldsdatoen.

Den administrative procedure

18 Den 23. oktober 2007 sendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Republikken Polen vedrørende tilsidesættelse af artikel 56 EF. I skrivelsen gjorde Kommissionen gældende, at artikel 143 i lov om pensionsfonde, sammenholdt med lovens artikel 141, artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2, begrænser de åbne pensionsfondes investeringer i udlandet, og derfor er i strid med det grundlæggende princip om de frie kapitalbevægelser, som er fastsat i artikel 56 EF.

19 Ved skrivelse af 20. december 2007 gjorde Republikken Polen i sit svar på Kommissionens formelle klagepunkter gældende, at artikel 56 EF ikke finder anvendelse på åbne pensionsfonde.

20 Den 23. september 2008 tilsendte Kommissionen medlemsstaten en begrundet udtalelse, hvori den afviste de polske myndigheders argumenter om, at artikel 56 EF ikke finder anvendelse på åbne pensionsfondes investeringer, og fastholdt påstanden om tilsidesættelse af artikel 56 EF som følge af den begrænsning af investeringer, som er fastsat ved artikel 143 i lov om pensionsfonde, sammenholdt med lovens artikel 141, artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2.

21 I sit svar af 24. november 2008 på den begrundede udtalelse gjorde Republikken Polen gældende — ud over at artikel 56 EF ikke finder anvendelse på åbne pensionsfondes investeringsaktiviteter — at det var nødvendigt at beskytte offentlige interesser ved at garantere det sociale sikringssystems finansielle stabilitet, hvorfor restriktionerne for disse fondes investeringer var begrundede.

22 På baggrund af Republikken Polens svar besluttede Kommissionen at anlægge nærværende sag.

Om søgsmålet

Formaliteten

23 I duplikken har Republikken Polen anmodet Domstolen om af egen drift at tage stilling til, om nærværende søgsmål kan antages til realitetsbehandling.

24 Medlemsstaten har for det første anført, at den ikke er enig med Kommissionen i vurderingen af de faktiske omstændigheder i sagen og af de forhold, der udgør den hævdede tilsidesættelse af princippet om frie kapitalbevægelser. Da Kommissionen ikke på korrekt og fuldstændig vis har fastlagt de principper og den retlige ordning, der gælder for de åbne pensionsfonde, og disses karakter, har den dels ikke givet en nøjagtig definition af sagens genstand under den administrative procedure, dels tilsidesat artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement. For det andet har Republikken Polen anført, at Kommissionen i sin replik har henvist til bestemmelserne i artikel 1, stk. 3, i finansministeriets bekendtgørelse, hvilket er det samme som på dette fremskredne stade af proceduren at fremføre et nyt klagepunkt, hvilket bør afvises.

25 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen af egen drift kan prøve, om de i artikel 226 EF fastsatte betingelser for at anlægge et traktatbrudssøgsmål er opfyldt (dom af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 8, af 4.5.2006, sag C-98/04, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4003, præmis 16, og af 14.1.2010, sag C-343/08, Kommissionen mod Den Tjekkiske Republik, Sml. I, s. 275, præmis 25).

26 I denne forbindelse bemærkes for det første, at uenigheden mellem Kommissionen og Republikken Polen vedrørende vurderingen af de faktiske og retlige omstændigheder ved det hævdede traktatbrud ikke kan føre til, at det fastslås, at nærværende sags genstand ikke er fastsat. En sådan uenighed, som varer ud over den frist, som Kommissionen har fastsat i den begrundede udtalelse, udgør derimod selve grundlaget for at anlægge en sag ved Domstolen i henhold til artikel 226 EF.

27 Det skal i øvrigt fastslås, at Kommissionen som krævet i artikel 21 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol og procesreglementets artikel 38, stk. 1, litra c), i de i stævningen nedlagte påstande klart har angivet, at den kritiserer Republikken Polen for, at artikel 143, artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2, i lov om pensionsfonde

ikke er i overensstemmelse med artikel 56 EF, idet sagens genstand dermed er fastlagt tilstrækkeligt præcist.

28 Hvad for det andet angår henvisningen til artikel 1, stk. 3, i finansministeriets bekendtgørelse fremgår det af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at denne bekendtgørelse udgør en gennemførelse af artikel 143 i lov om pensionsfonde, som er genstand for nærværende sag. Den omstændighed, at Kommissionen i sin replik har gjort mere detaljeret rede for et klagepunkt, som den mere generelt allerede havde gjort gældende i stævningen, har således ikke ændret genstanden for det påståede traktatbrud og har derfor ikke haft nogen indflydelse på sagens omfang (jf. i denne retning dom af 11.11.2010, sag C-543/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 11241 præmis 20, 21 og 23 og den deri nævnte retspraksis).

29 Henset til ovenstående bemærkninger skal nærværende sag antages til realitetsbehandling.

Om det påståede traktatbrud

Indledende bemærkninger

30 Efter at Domstolen under retsmødet anmodede Kommissionen om at præcisere rækkevidden af det påståede traktatbrud, har Kommissionen anført, at den har begrænset traktatbruddet til alene at omfatte restriktionerne i kapitalbevægelserne mellem medlemsstaterne.

Om anvendeligheden af artikel 56 EF

— Parternes argumenter

31 Kommissionen har gjort gældende, at artikel 56 EF finder anvendelse på de åbne pensionsfondes investeringsaktiviteter, henset til Domstolens praksis vedrørende nomenklaturen i bilaget til direktiv 88/361.

32 Kommissionen har ligeledes anført, at medlemsstaterne i forbindelse med udformningen af deres sociale sikringsordninger skal overholde EU-retten, hvilket i det foreliggende tilfælde indebærer, at de åbne pensionsfonde ved deres valg af investeringer kan drage fordel af de frie kapitalbevægelser. Artikel 137, stk. 4, EF kan i denne forbindelse ikke påberåbes, for så vidt som den alene vedrører nye dispositioner truffet i henhold til denne bestemmelse, og den udelukker på ingen måde medlemsstaternes forpligtelse til at overholde de grundlæggende friheder sikret ved EF-traktaten.

33 Kommissionen er af den opfattelse, at den omhandlede aktivitet ikke kan udelukkes fra anvendelsesområdet for artikel 56 EF med den begrundelse, at de åbne pensionsfonde skal sidestilles med offentligretlige enheder, som kan sætte sig i statens sted, og følgelig ikke udøver økonomisk aktivitet. De åbne pensionsfonde skal, henset til deres karakter, betragtes som opsparingsbaserede og bygger på principper, som ikke hænger sammen med den omfordelingsbaserede ordning, således som den følger af den første søjle, som administreres af ZUS. De åbne pensionsfonde skal følgelig kvalificeres som selskaber, der udøver økonomisk aktivitet.

34 Kommissionen har i øvrigt udelukket, at artikel 295 EF kan medføre, at artikel 56 EF ikke skal finde anvendelse på den pågældende polske lovgivning, idet de midler, der

udledes af bidragene, reelt tilhører staten. Disse bidrag stammer i det hele fra den del, som indbetales af lønmodtageren og giver denne ret til — når betingelserne i loven er opfyldt — at få udbetalt den samlede kapitel.

35 Republikken Polen har anført, idet den har lagt artikel 137, stk. 4, EF til grund, at den ikke-økonomiske karakter af den omhandlede aktivitet og artikel 295 EF taler for, at lovgivningen vedrørende de åbne pensionsfonde ikke henhører under EU-rettens anvendelsesområde, og at artikel 56 EF følgelig ikke finder anvendelse på den pågældende aktivitet.

36 Hvad for det første angår artikel 137, stk. 4, EF har Republikken Polen gjort gældende, at det alene er staten, der har kompetence til at fastlægge principperne for, hvorledes den polske obligatoriske sociale sikringsordning skal fungere, herunder for de åbne pensionsfondes politik for investeringer i udlandet og de hermed forbundne omkostninger, som skal sikre den økonomiske balance i statens pensionsforsikringsordning.

37 Hvad dernæst angår den manglende økonomiske karakter af de åbne pensionsfondes aktiviteter har den pågældende medlemsstat anført, at de af traktaten omhandlede friheder, særligt artikel 56 EF, ikke finder anvendelse på områder, der — som det er tilfældet med social sikring — på grund af sin art henhører under statens prærogativer og ikke direkte har en kommerciel dimension. De åbne pensionsfondes status af offentlige enheder, der ikke har gevinst for øje, og deres deltagelse i pensionsordningen på obligatorisk grundlag skulle føre til at anerkende, at disse har en rent social karakter.

38 Hvad endelig angår artikel 295 EF er Republikken Polen af den opfattelse, at denne bestemmelse giver en medlemsstat mulighed for frit at vælge, hvordan den vil udøve de prærogativer, der er forbundet med ejendomsretten til de offentlige midler, som

staten råder over for at udføre de opgaver, den er tillagt. Medlemsstaten er af den opfattelse, at de omhandlede beløb udgør offentlige midler, hvilket de polske domstole har bekræftet.

— Domstolens bemærkninger

39 Da det er ubestridt, at de åbne pensionsfondes investeringer udgør »kapitalbevægelser« som omhandlet i artikel 56 EF, skal Republikken Polens argumenter til godtgørelse af, at disse investeringer alligevel ikke skal falde inden for denne bestemmelses anvendelsesområde, undersøges.

40 Hvad for det første angår argumentationen om, at artikel 56 EF ikke skal finde anvendelse på de åbne pensionsfondes investeringsaktiviteter på grund af, at disse ikke har økonomisk karakter, skal det bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at kapitaliserede arbejdsmarkedspensionsfonde udøver en økonomisk aktivitet på trods af deres sociale formål og den obligatoriske karakter af medlemskabet under anden søjle i pensionsordningen, som de henhører under (jf. dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Albany, Sml. I, s. 5751, præmis 81-87). I overensstemmelse med artikel 2, 3, 27 og 29 i lov om pensionsfonde er den pågældende ordning opsparingsbaseret, og de åbne pensionsfondes aktiver forvaltes og investeres af PTE, som udøver virksomhed mod vederlag i form af et aktieselskab. De forhold, som Republikken Polen har fremført vedrørende de offentlige myndigheders forsigtighedstilsyn med de åbne pensionsfonde og PTE, samt om statsgarantien for dækningen af de åbne pensionsfondes eventuelle underskud, kan ikke rejse tvivl ved de omhandlede aktiviteters økonomiske karakter.

41 Hvad angår den offentlige eller private karakter af de midler, der henhører under de åbne pensionsfonde og forvaltes af PTE, bemærkes, at selv hvis det medgives, at disse midler — således som Republikken Polen har gjort gældende — er offentlige på trods af den omstændighed, at de udspringer af pensionsbidrag opkrævet hos de pågældende arbejdstageres arbejdsgivere, er en sådan omstændighed under alle omstændigheder ikke i sig selv tilstrækkelig til at udelukke anvendelsen af artikel 56 EF på transaktioner vedrørende disse midler, således som det fremgår af bilag I til direktiv 88/361, hvorefter begrebet »kapitalbevægelser« bl.a. omfatter »transaktioner vedrørende medlemsstaternes og andre offentlige myndigheders og organers tilgodehavender eller forpligtelser«.

42 Hverken den hævdede manglende økonomiske karakter af de åbne pensionsfondes investeringer eller den hævdede offentlige karakter af disses midler er således til hinder for anvendelsen af artikel 56 EF.

43 Hvad for det andet angår Republikken Polens argumentation, hvorefter anvendelsen af artikel 56 EF i det foreliggende tilfælde er udelukket på grundlag af artikel 137, stk. 4, EF, hvorefter medlemsstaternes mulighed for at fastlægge de grundlæggende principper i deres sociale sikringsordninger ikke må anfægtes, og den økonomiske balance i disse ordninger ikke i væsentligt omfang må berøres, bemærkes, at disse forbud vedrører »bestemmelser, som vedtages i henhold til [sidstnævnte] artikel« (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Den Tjekkiske Republik, præmis 66 og 67). Dette er imidlertid ikke tilfældet med artikel 56 EF.

44 For så vidt angår for det tredje argumenterne vedrørende artikel 295 EF, ifølge hvilken »[d]e ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne [ikke] [berøres] af denne traktat«, bemærkes, at denne bestemmelse ifølge fast retspraksis ikke kan bevirke, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne undtages fra traktatens grundlæggende regler (jf. dom af 8.7.2010, sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 6817, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis). Forudsat at de beløb, som ejes af de åbne pensionsfonde og investeres af PTE, skal kvalificeres som offentlige midler, fritager

artikel 295 EF ikke Republikken Polen fra at overholde bestemmelserne om frie kapitalbevægelser (jf. analogt dom af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, præmis 48), ligesom den i øvrigt ikke berettiger en hindring af disse bestemmelser (jf. i denne retning dom af 8.7.2010, Kommissionen mod Portugal, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis).

45 Det skal således konkluderes, at de omhandlede bestemmelser i lov om pensionsfonde falder inden for anvendelsesområdet for artikel 56 EF.

Om begrænsningerne af de frie kapitalbevægelser og disses berettigelse

— Parternes argumenter

46 Kommissionen har anført, at de bestemmelser, som er omhandlet i denne sag, udgør restriktioner for kapitalbevægelserne mellem medlemsstaterne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56 EF, for så vidt som de kan afholde og afholder de åbne pensionsfonde fra at foretage investeringer uden for Republikken Polen og i andre medlemsstater, hvilket Republikken Polen ikke har anfægtet, og således som det fremgår af den lave andel af de åbne pensionsfondes investeringer, der er placeret i udlandet (1,1 %).

47 Uden at Kommissionen har betvivlet nødvendigheden af at sørge for sikkerheden af de finansielle midler, som er opsparet på de åbne pensionsfondes konti, mener den ikke, at sådanne restriktioner er begrundet i hverken artikel 58, stk. 1, litra b), EF eller i tvingende almene hensyn i form af de åbne pensionsfondes økonomiske balance eller beskyttelsen af deres medlemmer, eftersom de har karakter af forskelsbehandling og under alle omstændigheder er uforholdsmæssige.

48 Kommissionen har ligeledes udelukket, at artikel 86, stk. 2, EF gør det muligt i det foreliggende tilfælde at fravige princippet om de frie kapitalbevægelser. I denne forbindelse har Kommissionen anført — idet den har anerkendt, at denne bestemmelse kan udgøre en berettigelse for en hindring af de frie kapitalbevægelser, og at de åbne pensionsfonde kan kvalificeres som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse — for det første, at artikel 86, stk. 2, EF kræver, at forvaltningen af disse tjenesteydelser skal overlades enheder, der har karakter af virksomheder, hvilket Republikken Polen har udelukket for så vidt angår de åbne pensionsfonde. Kommissionen har for det andet anført, at de åbne pensionsfonde ikke er overdraget udførelsen af sådanne tjenester fra staten. For det tredje og under alle omstændigheder har Kommissionen gjort gældende, at anvendelsen af bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser ikke er til hinder for udførelsen af de opgaver, der er overdraget de åbne pensionsfonde, og at de omtvistede restriktioner ikke er nødvendige og forholdsmæssige til sikring af udførelsen af disse opgaver. Kommissionen har for det fjerde anført, at de pågældende restriktioner påvirker udviklingen af samhandelen på en måde, som er i strid med Unionens interesser ved at begrænse konkurrencen mærkbart, ved at hæmme de åbne pensionsfondes lyst til at handle mere effektivt og ved at afholde dem herfra.

49 Republikken Polen har derimod gjort gældende, at de omhandlede restriktioner er berettigede for det første i henhold til artikel 58, stk. 1, litra b), EF og for det andet ud fra et tvingende alment hensyn, som i det væsentlige vedrører nødvendigheden af at sikre stabiliteten og sikkerheden af de midler, der overføres til de åbne pensionsfonde. Medlemsstaten har for det tredje for at begrunde de omstridte restriktioner henvist til artikel 86, stk. 2, EF.

— Domstolens bemærkninger

50 Det skal først undersøges, om de omhandlede nationale bestemmelser indebærer en begrænsning i de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne, som i princippet er forbudt ved artikel 56, stk. 1, EF.

51 Det er ubestridt, at artikel 143 i lov om pensionsfonde for det første sætter et loft for de åbne pensionsfondes investeringer i udlandet på 5 % af værdien af den pågældende åbne pensionsfonds aktiver og for det andet fastsætter en liste over mulige investeringer i udlandet, som er mindre omfattende end listen over mulige investeringer i Polen i henhold til denne lovs artikel 141, stk. 1. Hermed pålægger artikel 143 de åbne pensionsfonde såvel kvantitative som kvalitative begrænsninger vedrørende de investeringer, der udføres uden for det nationale område, og særligt i andre medlemsstater.

52 En sådan bestemmelse har ligeledes en restriktiv virkning for selskaber hjemmehørende i andre medlemsstater, da den udgør en hindring for kapitaltilførsel fra Polen, da erhvervelse af bl.a. aktier eller andele i institutter for kollektiv investering er begrænset (jf. analogt dom af 15.7.2004, sag C-242/03, Weidert og Paulus, Sml. I, s. 7379, præmis 14).

53 Det fremgår ligeledes af artikel 136, stk. 3, i lov om pensionsfonde, at værdien af de åbne pensionsfondes investeringer i andele, som er udstedt af institutter for kollektiv investering med hjemsted i udlandet som omhandlet i denne lovs artikel 143, stk. 1, ikke skal tages i betragtning ved fastsættelsen af værdien af de af den pågældende fond forvaltede nettoaktiver, som danner grundlag for fastsættelsen af administrationsomkostningerne for de midler, som opkræves af PTE som vederlag. En bestemmelse som den i lovens artikel 136, stk. 3, indeholdte bevirker følgelig, at de åbne pensionsfondes investeringer i andele, som er udstedt af institutter for kollektiv investering med

hjemsted i de andre medlemsstater, hindres, idet de ikke får mulighed for at opkræve vederlag for forvaltningen af sådanne aktiver. I øvrigt forstærker den pågældende artikel 136, stk. 3, kombineret med samme lovs artikel 143 forhindringen for disse institutters indsamling af kapital fra Polen.

54 Endelig bestemmes det i artikel 136a, stk. 2, i lov om pensionsfonde, at omkostningerne svarende til de afgifter, som skal betales til udenlandske clearingcentraler, alene kan dækkes op til en grænse svarende til de omkostninger, der skal betales til nationale clearingcentraler. Dette forhold kan ligeledes hindre investeringerne af de åbne pensionsfondes aktiver i andre medlemsstater, for så vidt som omkostninger som de her omhandlede, som er afholdt i udlandet, hvis de er højere end dem, der afholdes i Polen, ikke kan dækkes fuldt ud i modsætning til tilsvarende omkostninger, som er opstået ved nationale clearingcentraler.

55 Hvad herefter angår berettigelsen af de omhandlede restriktioner for de frie kapitalbevægelser har Domstolen gentagne gange fastslået, at de frie kapitalbevægelser alene kan begrænses af en national forskrift, hvis denne forskrift er begrundet af en af de i artikel 58 EF nævnte grunde eller af tvingende almene hensyn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Domstolens praksis (jf. i denne retning dom af 14.2.2008, sag C-274/06, Kommissionen mod Spanien, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis). Endvidere bestemmer artikel 86, stk. 2, EF, at »[v]irksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse […], er underkastet denne traktats bestemmelser […], i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem [og på betingelse af, at u]dviklingen af samhandelen [ikke må] påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesse.«

56 Hvad for det første angår argumentet om, at de omhandlede restriktioner er berettigede i henhold til artikel 58, stk. 1, litra b), EF, hvorefter »bestemmelserne i artikel 56 [ikke] griber […] ind i medlemsstaternes ret til […] at træffe de nødvendige foranstaltninger for at hindre overtrædelser af deres nationale ret og forskrifter især […] i

forbindelse med tilsynet med finansielle institutioner«, skal det blot bemærkes, at selv om det er korrekt, at de omhandlede nationale bestemmelser fastsætter det materielle indhold af de tilsynsbestemmelser, der finder anvendelse på åbne pensionsfonde, har de på ingen måde til formål at hindre overtrædelser af national ret og forskrifter i forbindelse med tilsynet med finansielle institutioner. De pågældende bestemmelser kan således ikke føre til en undtagelse fra den pågældende artikel.

57 Hvad for det andet angår den hævdede begrundelse ud fra tvingende almene hensyn er det korrekt, at interessen i at sikre stabiliteten og sikkerheden af de aktiver, der forvaltes af pensionsfondene, særligt gennem vedtagelsen af tilsynsbestemmelser, kan anses for en tvingende almen grund, der kan berettige begrænsninger i de frie kapitalbevægelser.

58 Sådanne begrænsninger skal imidlertid være egnede i forhold til det formål, der forfølges, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det forfulgte mål (jf. dom af 11.10.2007, sag C-451/05, ELISA, Sml. I, s. 8251, præmis 82 og den deri nævnte retspraksis).

59 Hvad for det første angår de begrænsninger, der følger af artikel 143 i lov om pensionsfonde, har Kommissionen gjort gældende, at de krav, der er fastsat i den omhandlede nationale lovgivning, ikke står i forhold til det formål, der forfølges, idet spredningen af investeringer på såvel geografisk plan som i forhold til arten af investeringer garanterer disses sikkerhed. Kommissionen har i øvrigt anført, at den omhandlede polske lovgivning alene gør det muligt at foretage investeringer i udlandet i medlemsstaterne i EU og OECD og i stater, der har indgået en aftale om gensidig fremme og beskyttelse af investeringer med Republikken Polen, og at den risiko, der er forbundet med kursudsving i forhold til fremmed valuta på kort sigt, ikke berettiger så restriktive foranstaltninger. Endelig er Kommissionen af den opfattelse, at hvis den sagsøgte medlemsstat skulle vedtage så restriktive foranstaltninger, skulle de have været identiske for investeringer i nationale og udenlandske finansielle institutter.

60 Republikken Polen har bestridt argumentationen om, at den geografiske spredning af investeringerne udgør endnu et væsentligt instrument i nedsættelsen af risici på grund af globaliseringen af de finansielle markeder. Medlemsstaten har understreget den valutarisiko, som er forbundet med de væsentlige udsving i kursen på den polske zloty, og nødvendigheden af at anlægge en særlig forsigtig tilgang i den indledende fase af den nye polske sociale sikringsordning. Medlemsstaten har ligeledes anført, at det er lettere for markedstilsynsmyndigheden at gennemføre kvantitative restriktioner end at kontrollere en investeringspolitik, der er baseret på »reglen om den forsigtige investor«.

61 Det skal i denne forbindelse undersøges, om Republikken Polen har godtgjort, at de kvantitative og kvalitative grænser, som pålægges ved artikel 143 i lov om pensionsfonde, er egnede i forhold til formålet med at sikre stabiliteten og sikkerheden af de aktiver, der forvaltes af en pensionsfond, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det forfulgte mål.

62 Hvad angår valutarisikoen er det korrekt, at væsentlige udsving i den udenlandske valutas kurs kan have en betragtelig indflydelse på afkastet af investeringer foretaget i udenlandsk valuta. Det fremgår imidlertid af artikel 18, stk. 5, litra b), i direktiv 2003/41, at medlemsstaterne ikke må forhindre pensionskasserne i at investere op til 30 % af deres aktiver i aktiver, der er udtrykt i fremmede valutaer, og i henhold til denne bestemmelses stk. 6 er det alene på et individuelt grundlag, at medlemsstaterne må pålægge pensionskasser med hjemsted på deres område strengere investeringsregler end dem, der følger af bestemmelsens stk. 5.

63 Skønt disse bestemmelser ikke finder anvendelse *ratione materiae* på de åbne pensionsfondes investeringer, gælder det ikke desto mindre, at reglen om 30 % er fastsat af EU-lovgiver for tilsvarende situationer.

64 For at godtgøre den kvantitative grænse på 5 %, som er langt under de 30 %, som EU-lovgiver har fundet passende, skulle Republikken Polen under sådanne omstændigheder have fremlagt særlige forhold, som kunne godtgøre grundene til at pålægge den fastsatte kvantitative grænse.

65 For så vidt som Republikken Polen i denne forbindelse har fremhævet de åbne pensionsfondes vanskeligheder ved at vurdere risici forbundet med investeringer i udlandet, skal det bemærkes, at denne omstændighed ikke kan berettige de kvantitative begrænsninger vedrørende investeringer i værdipapirer udstedt i medlemsstaterne. Som Kommissionen har gjort gældende, har medlemsstaternes lovgivning vedrørende offentliggørelse af oplysninger om finansielle produkter og om beskyttelse af investorer og forbrugere i vidt omfang været genstand for harmonisering på EU-niveau, hvilket letter skabelsen af et fælles europæisk kapitalmarked.

66 Sådanne kvantitative foranstaltninger kan heller ikke berettiges med den begrundelse, at de udgør et middel, der for de nationale tilsynsmyndigheder er lettere at gennemføre, og dette gælder også i forbindelse med en social sikringsordning under opbygning.

67 Af de samme grunde som dem, der er anført i denne doms præmis 65, kan kvalitative begrænsninger ikke berettiges for så vidt angår investeringer i værdipapirer udstedt i medlemsstaterne.

68 Hvad herefter angår de begrænsninger, der følger af artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2, i lov om pensionsfonde skal det bemærkes, at Republikken Polen ikke har fremlagt nogen forhold, der på tilstrækkelig vis kan godtgøre, at det formål, der forfølges med de pågældende bestemmelser, ikke kan nås uden disse, og at det ikke kan nås med foranstaltninger, som er mindre indgribende i de åbne pensionsfondes frihed til at investere i andre medlemsstater.

69 Hverken den manglende hensyntagen til værdien af investeringer i andele, som er udstedt af institutter for kollektiv investering med hjemsted i udlandet, ved fastsættelsen af fondens nettoaktiver, som danner grundlag for fastsættelsen af de administrationsomkostninger, som opkræves af PTE, eller loftet over pålæggelsen af transaktionsomkostninger til udenlandske clearingcentraler, svarende til de tilsvarende omkostninger, der skal betales til nationale clearingcentraler, kan berettiges af den af Republikken Polen påståede nødvendighed af at beskytte de åbne pensionsfonde mod risikoen for at skulle betale yderligere eller for store omkostninger, idet sådanne omkostninger under alle omstændigheder skal tages i betragtning af investoren ved valget af investeringer uafhængigt af, hvor disse finder sted.

70 Hvad for det tredje angår de argumenter, der er støttet på artikel 86, stk. 2, EF, skal det bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at det påhviler den medlemsstat, som vil støtte ret på denne bestemmelse, at bevise, at betingelserne for anvendelse heraf er opfyldt (jf. dom af 29.4.2010, sag C-160/08, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3713, præmis 126 og den deri nævnte retspraksis).

71 Selv om det er korrekt, at det kan lægges til grund, at de åbne pensionsfonde opfylder opgaver af almindelig økonomisk interesse (jf. analogt Albany-dommen, præmis 105-111), skal det imidlertid understreges, at Republikken Polen ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at betingelserne for anvendelse af den pågældende bestemmelse er opfyldt. Den har særligt ikke godtgjort, hvorledes anvendelsen af traktatens bestemmelser — i dette tilfælde de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne — retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de mål, som de åbne pensionsfonde forfølger.

72 Det følger heraf, at Republikken Polens argumentation støttet på artikel 86, stk. 2, EF skal forkastes.

73 Det skal således fastslås, at Republikken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den har opretholdt artikel 143, artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2, i lov om pensionsfonde, for så vidt disse bestemmelser begrænser adgangen for polske åbne pensionsfonde til at foretage investeringer i de øvrige medlemsstater.

Sagens omkostninger

74 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Republikken Polen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og denne har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

1) Republikken Polen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den har opretholdt artikel 143, artikel 136, stk. 3, og artikel 136a, stk. 2, i lov af 28. august 1997 om pensionsfondes organisation og virksomhed (Ustawa o organizacju i funkcjonowaniu funduszy emertalnych), med senere ændringer, for så vidt disse bestemmelser begrænser adgangen for polske åbne pensionsfonde til at foretage investeringer i de øvrige medlemsstater.

2) Republikken Polen betaler sagens omkostninger.

Underskrifter