DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 21 december 2011 *

I mål C-271/09,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 16 juli 2009,

Europeiska kommissionen, företrädd av E. Montaguti och K. Herrmann, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Polen, företrädd av M. Dowgielewicz, M. Szpunar, M. Jarosz och P. Kucharski, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

* Rättegångsspråk: polska.

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, T. von Danwitz och D. Šváby (referent),

generaladvokat: N. Jääskinen,
justitiesekreterare: handläggaren K. Malaček,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 16 december 2010,

och efter att den 14 april 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG, genom att bibehålla artiklarna 143, 136.3 och 136a.2 i lagen av den 28 augusti 1997 om pensionsfondernas organisation och verksamhet (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych) i dess ändrade lydelse (Dz. U 2004, nr 159, position

1667) (nedan kallad pensionsfondslagen), genom vilka möjligheten för polska öppna pensionsfonder att investera i utlandet begränsas.

Tillämpliga bestämmelser

Unionslagstiftningen

Direktiv 88/361/EEG

2 I inledningen till bilaga I till rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget [artikeln upphävdes genom Amsterdamfördraget] (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44), vilken har rubriken ”Nomenklatur för kapitalrörelser som avses i direktivets artikel 1”, föreskrivs följande:

”...

De kapitalrörelser som förtecknas i denna nomenklatur omfattar följande:

...

— Aktiviteter som utförs av envar fysisk eller juridisk person, däribland aktiviteter med avseende på tillgångar eller skulder som innehas av medlemsstater eller andra offentliga organ och myndigheter, med förbehåll för artikel 68.3 i fördraget.

...”

Direktiv 2003/41/EG

3 I artikel 18.5 och 18.6 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/41/EG av den 3 juni 2003 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (EUT L 235, s. 10), föreskrivs följande:

”5. Medlemsstaterna får i enlighet med bestämmelserna i punkterna 1–4 fastställa mer detaljerade föreskrifter, även kvantitativa regler, för institut som är etablerade inom deras territorier, om reglerna är berättigade av aktsamhetsskäl, med hänsyn till samtliga åtaganden enligt de planer som institutet förvaltar.

I synnerhet får medlemsstaterna tillämpa investeringsbestämmelser som liknar dem i direktiv 2002/83/EG.

Medlemsstaterna får dock inte hindra instituten från att

…

b) investera upp till 30 % av de tillgångar som motsvarar de tekniska avsättningarna i tillgångar denominerade i andra valutor än dem som åtagandena är uttryckta i,

…

6. Punkt 5 hindrar inte medlemsstaterna från att, även i enskilda fall, kräva att striktare investeringsregler tillämpas på institut som är etablerade inom deras territorier, särskilt med tanke på institutets åtaganden, om det är motiverat av aktsamhetsskäl."

Den nationella lagstiftningen

4 Med förbehåll för de ändringar som följer av övergångsreglerna för personer födda före den 1 januari 1949 och för personer födda mellan den 1 januari 1949 och den 31 december 1968 består det polska pensionssystemet – vilket trädde i kraft den 1 januari 1999 enligt lagen av den 13 oktober 1998 om det sociala trygghetssystemet (Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych), i dess ändrade lydelse (Dz. U 2007, nr 11, position 74) – av tre pelare:

— Den första pelaren är obligatorisk och bygger på fördelningsprincipen. Pensionerna förvaltas och utbetalas av Zakład Ubezpieczeń Społecznych (institutionen för social trygghet) (nedan kallad ZUS), ett offentligt organ som förfogar över de finansiella medel som finns i Fundusz Ubezpieczeń Społecznych (socialförsäkringsfonden).

— Den andra pelaren är likaledes obligatorisk och bygger på fonderingsprincipen. Den består av de öppna pensionsfonderna, vilka för närvarande är 14 till antalet.

— Den tredje pelaren är frivillig och består av kompletterande bestämmelser om individuellt sparande. Den regleras av lagen av den 20 april 2004 om individuellt pensionssparande (Ustawa o indywidualnych kontach emerytalnych) (Dz. U nr 116, position 1205).

5 Enligt artikel 3.1.2 i lagen av den 13 oktober 1998 om det sociala trygghetssystemet, i dess ändrade lydelse, definieras de öppna pensionsfonderna enligt bestämmelserna i pensionsfondslagen.

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

7 Enligt artikel 3 i denna lag är en öppen pensionsfond en juridisk person som har formen av en stiftelse, vars tillgångar är särskiljda från de tillgångar som tillhör det bolag som stiftat pensionsfonden, vilket förvaltar den och som har ensamrätt att företräda den i dess relationer med utomstående, nämligen Powszechne Towarzystwa Emerytalne (nedan kallat förvaltningsbolaget). Enligt artikel 27 i nämnda lag kan ett sådant förvaltningsbolag endast driva sin verksamhet i aktiebolagsform och, enligt artikel 29 i lagen, mot ersättning. Ett förvaltningsbolag kan endast förvalta en enda öppen pensionsfond.

8 Medlemmarna i pensionssystemet kan fritt välja öppna pensionsfonder, vilka tillförs medel på så sätt att ZUS till dem överför en tredjedel av de pensionsinbetalningar som gjorts för medlemmarnas räkning inom ramen för den första pelaren i pensionssystemet.

9 Enligt artikel 180 i pensionsfondslagen gäller statsgaranti för täckning av underskott i de öppna pensionsfonderna för det fall avkastningen från en fond, såsom stadgas i artikel 175.1 i pensionsfondslagen, under en period på 36 månader understiger minimiavkastningen, det vill säga en avkastning som är 50 procent lägre än den viktade genomsnittliga avkastningen för samma period i samtliga öppna pensionsfonder eller fyra procentenheter lägre än detta genomsnitt, beroende på vilket värde som är lägst. Statsgarantin aktualiseras när varken den berörda öppna pensionsfonden eller den garantifond till vilken de öppna pensionsfonderna ska göra avsättningar enligt kapitel 19 i pensionsfondslagen har medel till täckning av underskottet.

10 I artiklarna 134–137 i pensionsfondslagen anges det hur de öppna pensionsfonderna finansieras. Enligt dessa regler kan pensionsfonderna betinga sig vederlag genom att tillgodoräkna sig en procentandel av pensionsinbetalningarna. Detta avdrag sker innan inbetalningarna konverteras till pensionspoäng och får inte överstiga 3,5 procent av dessa. Pensionsfonderna får även ta ut en avgift för att täcka omkostnaderna för förvaltningsbolagets förvaltning av fonden. Avgiftens storlek fastställs utifrån värdet av tillgångarna och får inte överstiga de gränser som anges i artikel 136a.2 i pensionsfondslagen.

11 När det gäller fastställandet av värdet på tillgångarna, vilket ligger till grund för beräkningen av avgiften, föreskrivs i artikel 136.3 i pensionsfondslagen följande:

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

12 I artikel 136a i pensionsfondslagen föreskrivs följande:

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

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

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

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

15 Artikel 141.1 i pensionsfondslagen har följande lydelse:

”1. Fondens tillgångar kan … endast placeras i följande kategorier av instrument:

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

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

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

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

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

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

6) andelar i inhemska investeringsfonder,

7) investeringscertifikat som har utställts av slutna investeringsfonder,

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

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

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

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

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

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

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

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

13b) hypoteksbrev,

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

...”

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

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

2. Det sammanlagda värdet av placeringar som företas

1) av en öppen pensionsfond i sådana instrument som hör till de i punkt 1 nämnda kategorierna får inte överskrida 5 procent av värdet på fondens tillgångar.

...”

17 Sistnämnda bestämmelse kompletteras av artikel 1 i finansministerns kungörelse av den 23 december 2003 om allmänt tillstånd för pensionsfonders placeringar utanför de nationella gränserna (Rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie ogólnego zezwolenia na lokowanie aktywów funduszy emerytalnych poza granicami kraju), i dess ändrade lydelse (Dz. U nr 229, position 2286) (nedan kallad finansministerns kungörelse). Det framgår av punkt 3 i denna artikel att placeringar i utländska tillgångar måste åtföljas av en värdering av investeringens kvalitet, utfärdad av ett specialiserat kreditvärderingsinstitut, som är erkänt på en internationell kapitalmarknad. Detta institut bedömer den investeringsrisk som är förbunden med de aktuella värdepapperen och utställarens förmåga att uppfylla sina avtalsförpliktelser på förfallodagen.

Det administrativa förfarandet

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

19 Genom en skrivelse av den 20 december 2007 besvarade Republiken Polen kommissionens formella invändningar, varvid den gjorde gällande att artikel 56 EG inte är tillämplig på öppna pensionsfonder.

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

21 Den 24 november 2008 besvarade Republiken Polen kommissionens motiverade yttrande, varvid den – utöver argumentet att artikel 56 EG inte är tillämplig på öppna pensionsfonders investeringsverksamhet – gjorde gällande att det finns ett behov av att skydda allmänintresset genom att säkerställa ekonomisk stabilitet i det sociala trygghetssystemet och att restriktionerna när det gäller dessa fonders investeringsmöjligheter därmed är motiverade.

22 Med beaktande av Republiken Polens svar beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning

23 Republiken Polen har i sin duplik uppmanat domstolen att ex officio ta upp frågan huruvida denna talan kan prövas.

24 Republiken Polen har gjort gällande att den inte har samma uppfattning som kommissionen vad gäller bedömningen av sakomständigheterna i målet och bedömningen av de omständigheter som enligt kommissionen leder till att det är fråga om ett åsidosättande av principen om fri rörlighet för kapital. Kommissionen har – genom att inte fullständigt och på ett korrekt sätt ha fastställt de principer och den rättsliga reglering som gäller för de öppna pensionsfonderna samt dessa fonders beskaffenhet – inte angett föremålet för talan på ett tillräckligt precist sätt under det administrativa förfarandet, samt åsidosatt artikel 38.1 c i domstolens rättegångsregler. Dessutom har Republiken Polen hävdat att kommissionens åberopande i repliken av artikel 1.3 i finansministerns kungörelse har skett på ett så sent stadium i fördragsbrottsförfarandet att det är att anses som en ny invändning, vilken inte kan prövas.

25 Det ska i detta sammanhang erinras om att domstolen ex officio kan pröva huruvida de villkor som anges i artikel 226 EG för att väcka talan om fördragsbrott är uppfyllda (dom av den 15 januari 2002 i mål C-439/99, kommissionen mot Italien, REG 2002, s. I-305, punkt 8, av den 4 maj 2006 i mål C-98/04, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2006, s. I-4003, punkt 16, och av den 14 januari 2010 i mål C-343/08, kommissionen mot Republiken Tjeckien, REU 2010, s. I-275, punkt 25).

26 Mot bakgrund härav finner domstolen att oenigheten mellan kommissionen och Republiken Polen, vad gäller bedömningen av de faktiska och rättsliga omständigheterna kring det påstådda fördragsbrottet, inte medför att föremålet för denna talan har angetts på ett bristfälligt sätt. Det faktum att det finns en sådan oenighet efter utgången av den frist som kommissionen anger i sitt motiverade yttrande utgör i själva verket motiveringen för att väcka talan inför domstolen enligt artikel 226 EG.

27 Det kan även konstateras att kommissionen, såsom krävs enligt artikel 21 i stadgan för Europeiska unionens domstol och artikel 38.1 c i rättegångsreglerna, i de yrkanden som framställts i den ansökan genom vilken talan väckts klart angett att det läggs Republiken Polen till last att artiklarna 143, 136.3 och 136a.2 i pensionsfondslagen

inte är förenliga med artikel 56 EG. Härmed har kommissionen på ett tillräckligt precist sätt angett föremålet för talan.

28 När det gäller åberopandet av artikel 1.3 i finansministerns kungörelse framgår det av de handlingar som getts in till domstolen att denna kungörelse innehåller tillämpningsföreskrifter för artikel 143 i pensionsfondslagen, vilken omfattas av föremålet för denna talan. Det förhållandet att kommissionen i repliken har förtydligat en invändning som redan gjorts gällande i allmänna ordalag i ansökan innebär inte att föremålet för det påstådda fördragsbrottet har ändrats och har således ingen inverkan på tvistens omfattning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 november 2010 i mål C-543/08, kommissionen mot Portugal, REU 2010, s. I-11241, punkterna 20, 21 och 23 samt där angiven rättspraxis.)

29 Mot bakgrund av det ovan anförda finner domstolen att förevarande talan kan prövas.

Det påstådda fördragsbrottet

Inledande synpunkter

30 När domstolen under förhandlingen anmodade kommissionen att precisera räckvidden av det påstådda fördragsbrottet angav kommissionen att detta endast avser det förhållandet att det föreligger restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstaterna.

Tillämpligheten av artikel 56 EG

— Parternas argument

31 Kommissionen har gjort gällande att artikel 56 EG är tillämplig på de öppna pensionsfondernas investeringsverksamhet enligt den rättspraxis från domstolen som rör den nomenklatur som utgör bilaga till direktiv 88/361.

32 Kommissionen har även anfört följande: Medlemsstaterna måste, vid utformningen av sina sociala trygghetssystem, iaktta unionsrätten. Detta innebär i förevarande fall att de öppna pensionsfonderna, när de väljer hur de ska placera sina tillgångar, kan åberopa den fria rörligheten för kapital. I detta hänseende kan artikel 137.4 EG inte med framgång åberopas, eftersom den endast avser de nya bestämmelser som antagits med stöd av denna artikel och eftersom den inte på något sätt fråntar medlemsstaterna skyldigheten att iaktta de grundläggande friheter som säkerställs genom EG-fördraget.

33 Enligt kommissionen kan den aktuella verksamheten inte undantas från tillämpningsområdet för artikel 56 EG, av det skälet att de öppna pensionsfonderna är att likställa med offentligrättsliga organ som träder i statens ställe och som följaktligen inte bedriver ekonomisk verksamhet. De öppna pensionsfonderna ska, med hänsyn till deras beskaffenhet, anses fungera enligt fonderingsprincipen och anses bygga på principer som inte har något samband med det fördelningssystem som gäller i den första pelaren, vilken förvaltas av ZUS. De öppna pensionsfonderna ska således, enligt kommissionen, anses utgöra företag som bedriver ekonomisk verksamhet.

34 Enligt kommissionen är det dessutom uteslutet att artikel 295 EG innebär att den aktuella polska lagstiftningen kan undantas från tillämpningsområdet för artikel 56 EG

av det skälet att den verkliga innehavaren av de medel som inbetalas är staten. Dessa inbetalningar härrör nämligen i sin helhet från arbetstagaren och ger denne rätt att få utbetalt det ackumulerade kapitalet, förutsatt att arbetstagaren uppfyller de villkor som uppställs i lagstiftningen.

35 Republiken Polen har – med åberopande av artikel 137.4 EG, av det förhållandet att den aktuella verksamheten inte är av ekonomisk karaktär och av artikel 295 EG – gjort gällande att lagstiftningen avseende de öppna pensionsfonderna inte omfattas av tillämpningsområdet för unionsrätten och att artikel 56 EG följaktligen inte är tillämplig på den aktuella verksamheten.

36 När det gäller artikel 137.4 EG har Republiken Polen påstått sig ha ensam behörighet att definiera de principer som reglerar det polska obligatoriska sociala trygghetssystemet, inbegripet de öppna pensionsfondernas policy avseende investeringar i utlandet och avgifterna för sådana investeringar, vilka syftar till att säkerställa ekonomisk balans i det polska pensionssystemet.

37 Vad därefter gäller frågan huruvida de öppna pensionsfondernas verksamhet är av ekonomisk karaktär har Republiken Polen gjort gällande att de friheter som framgår av fördraget, särskilt av artikel 56 EG, inte är tillämpliga på områden som – liksom det nu aktuella sociala trygghetsområdet – på grund av sin karaktär ligger inom medlemsstaternas befogenhetsområde och inte har en direkt kommersiell dimension. De öppna pensionsfondernas ställning som offentligrättsliga organ utan vinstsyfte och det faktum att de är en del i det grundläggande obligatoriska pensionssystemet innebär att de uteslutande ska anses vara av social karaktär.

38 När det slutligen gäller artikel 295 EG anser Republiken Polen att en medlemsstat, enligt denna artikel, fritt kan välja hur den ska utöva de befogenheter som följer av att den innehar offentliga medel som ska användas till uppfyllande av de uppdrag den

anförtrotts. Enligt Republiken Polen är ifrågavarande medel således av offentlig natur, vilket ska ha slagits fast i polsk rättspraxis.

— Domstolens bedömning

39 Eftersom det är ostridigt att de investeringstransaktioner som de öppna pensionsfonderna kan företa utgör ”kapitalrörelser” i den mening som avses i artikel 56 EG, ska domstolen pröva Republiken Polens argument för att dessa placeringar ändå inte ska omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse.

40 När det gäller argumentet att artikel 56 EG inte är tillämplig på verksamhet som avser investering av de öppna pensionsfondernas tillgångar, av det skälet att denna verksamhet inte är av ekonomisk karaktär, ska det erinras om att domstolen redan har slagit fast att tjänstepensionsfonder som drivs enligt fonderingsprincipen – trots att de har ett socialt syfte och trots att de hör till den andra pelaren i pensionssystemet, till vilken det är obligatorisk anslutning – bedriver ekonomisk verksamhet (se dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96, Albany, REG 1999, s. I-5751, punkterna 81–87). Enligt artiklarna 2, 3, 27 och 29 i pensionsfondslagen bygger det nu aktuella systemet på fonderingsprincipen och de öppna pensionsfondernas tillgångar förvaltas och investeras av förvaltningsbolag, vilka driver verksamhet med vinstsyfte i aktiebolagsform. De omständigheter som Republiken Polen åberopar och som avser myndigheternas tillsyn över de öppna pensionsfonderna och förvaltningsbolagen, samt den statsgaranti som gäller för täckande av eventuella underskott i de öppna pensionsfonderna, påverkar inte den slutsatsen att det är fråga om verksamhet av ekonomisk karaktär.

41 När det gäller frågan huruvida de öppna pensionsfondernas medel, vilka förvaltas av förvaltningsbolagen, är av offentlig eller privat karaktär, skulle det förhållandet att dessa medel – trots att de härrör från pensionsinbetalningar som dragits av hos de berörda arbetstagarnas arbetsgivare – ansågs vara av offentlig natur, i enlighet med vad Republiken Polen hävdat, under alla omständigheter inte i sig räcka för att slå fast att artikel 56 EG inte är tillämplig på transaktioner med dessa medel. Detta framgår av bilaga I till direktiv 88/361, där det föreskrivs att begreppet ”kapitalrörelser” bland annat avser ”aktiviteter med avseende på tillgångar eller skulder som innehas av medlemsstater eller andra offentliga organ”.

42 Följaktligen utgör varken det förhållandet att de öppna pensionsfonderna, enligt vad som påstått, inte bedriver ekonomisk verksamhet eller det förhållandet att de medel som tillförs dessa fonder, enligt vad som påstått, är av offentlig karaktär något hinder för tillämpningen av artikel 56 EG.

43 Vad därefter gäller Republiken Polens argument att det framgår av artikel 137.4 EG – enligt vilken det inte är tillåtet att påverka medlemsstaternas erkända rätt att fastställa de grundläggande principerna för sina system för social trygghet och att i väsentlig grad påverka den finansiella jämvikten i dessa – att artikel 56 EG inte är tillämplig i förevarande fall, finner domstolen att detta förbud avser ”de bestämmelser som antagits enligt [förstnämnda] artikel” (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Republiken Tjeckien, punkterna 66 och 67). Så är emellertid inte fallet med artikel 56 EG.

44 När det vidare gäller de påståenden som grundar sig på artikel 295 EG, enligt vilken ”… fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning”, erinrar domstolen om att denna artikel, enligt fast rättspraxis, inte medför att medlemsstaternas egendomsordningar undantas från fördragets grundläggande regler (se dom av den 8 juli 2010 i mål C-171/08, kommissionen mot Portugal, REU 2010, s. I-6817, punkt 64 och där angiven rättspraxis). Även om de medel som innehas av de öppna pensionsfonderna och som investeras av förvaltningsbolagen skulle kunna kvalificeras som offentliga medel kan artikel 295 EG inte befria Republiken Polen från

sin skyldighet att iaktta bestämmelserna om fri rörlighet för kapital (se, analogt, dom av den 4 juni 2002, i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal, REG 2002, s. I-4731, punkt 48), liksom den inte heller i övrigt kan rättfärdiga inskränkningar av dessa bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 64 och där angiven rättspraxis).

45 Domstolen konstaterar således att de aktuella bestämmelserna i pensionsfondslagen omfattas av tillämpningsområdet för artikel 56 EG.

Fråga huruvida det föreligger restriktioner för den fria rörligheten för kapital och huruvida dessa restriktioner är motiverade

— Parternas argument

46 Kommissionen har gjort gällande att de bestämmelser som är i fråga i detta mål utgör restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 56 EG, eftersom de kan avskräcka och avskräcker de öppna pensionsfonderna från att investera utanför Republiken Polen i andra medlemsstater, vilket Republiken Polen inte har bestritt och vilket framgår av den låga nivån på utlandsinvesteringar företagna av de öppna pensionsfonderna (1,1 procent).

47 Kommissionen anser, utan att ifrågasätta nödvändigheten av att trygga de ackumulerade medel som är innestående på de öppna pensionsfondernas pensionskonton, att sådana restriktioner varken kan motiveras med stöd av artikel 58.1 b EG eller utifrån tvingande krav av allmänintresse, såsom den ekonomiska balansen i de öppna pensionsfonderna och skyddet för deras medlemmars rättigheter, eftersom de är diskriminerande och, under alla omständigheter, oproportionerliga.

48 Kommissionen har även hävdat att det i förevarande fall inte kan göras undantag från principen om fri rörlighet för kapital med stöd av artikel 86.2 EG. Kommissionen har visserligen vitsordat att denna artikel kan motivera intrång i den fria rörligheten för kapital och att de öppna pensionsfonderna kan anses tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Den har emellertid, i detta hänseende, för det första hävdat att det enligt artikel 86.2 EG krävs att administrationen av dessa tjänster anförtros organ som har ställning som företag, en ställning som Republiken Polen inte har gett de öppna pensionsfonderna. Kommissionen anser för det andra att de öppna pensionsfonderna inte har fått i uppdrag av staten att tillhandahålla sådana tjänster. För det tredje har kommissionen gjort gällande att bestämmelserna om fri rörlighet för kapital under alla omständigheter inte utgör hinder för utförande av de öppna pensionsfondernas uppdrag och att de omtvistade restriktionerna inte kan anses nödvändiga och proportionerliga för att säkerställa att detta uppdrag utförs. För det fjärde anser kommissionen att dessa restriktioner påverkar utvecklingen av handeln på ett sätt som strider mot unionens intressen, genom att de avskräcker och avhåller de öppna pensionsfonderna från att agera på ett mer effektivt sätt och därmed väsentligen begränsar konkurrensen.

49 Republiken Polen har gjort gällande att de aktuella restriktionerna är motiverade, för det första med stöd av artikel 58.1 b EG och för det andra utifrån tvingande skäl av allmänintresse, det vill säga i huvudsak behovet av att säkerställa stabilitet och trygghet med avseende på de medel som tillförs de öppna pensionsfonderna. För det tredje har Republiken Polen åberopat artikel 86.2 EG som stöd för att de omtvistade restriktionerna är motiverade.

— Domstolens bedömning

50 Inledningsvis ska domstolen pröva huruvida de aktuella nationella bestämmelserna medför restriktioner för den fria rörligheten för kapital mellan medlemsstaterna, vilka i princip är förbjudna enligt artikel 56.1 EG.

51 Det är utrett att artikel 143 i pensionsfondslagen innehåller dels en högsta gräns för de öppna pensionsfondernas utlandsinvesteringar på 5 procent av värdet av den aktuella fondens tillgångar, dels en lista över möjliga utlandsplaceringar som är kortare än motsvarande lista över möjliga inhemska placeringar enligt artikel 141.1 i lagen. Härigenom medför artikel 143 såväl kvantitativa som kvalitativa restriktioner för de öppna pensionsfonderna när det gäller utlandsinvesteringar, och särskilt sådana utlandsinvesteringar som görs i andra medlemsstater.

52 En sådan bestämmelse har även restriktiv verkan för bolag etablerade i andra medlemsstater i och med att den för dem utgör ett hinder för kapitalanskaffning i Polen, eftersom möjligheterna att förvärva bland annat aktier eller andelar i företag för kollektiva investeringar är begränsade (se, analogt, dom av den 15 juli 2004 i mål C-242/03, Weidert och Paulus, REG 2004, s. I-7379, punkt 14).

53 Det framgår även av artikel 136.3 i pensionsfondslagen att värdet av de investeringar som en öppen pensionsfond gjort i andelar som utställts av sådana företag för kollektiva investeringar med säte i utlandet som avses i artikel 143.1 i lagen inte får beaktas vid fastställandet av värdet av den aktuella fondens nettotillgångar, vilket värde utgör underlag för fastställandet av de avgifter som förvaltningsbolagen uppbär som vederlag för förvaltningen av fondens medel. En bestämmelse såsom artikel 136.3 i

pensionsfondslagen avskräcker följaktligen från investering av de öppna pensionsfondernas tillgångar i andelar som utställts av företag för kollektiva investeringar med säte i andra medlemsstater, i och med att de inte tillåts uppbära något vederlag för förvaltningen av sådana tillgångar. Artikel 136.3 i pensionsfondslagen förstärker dessutom, i förening med artikel 143 i lagen, hindret för dessa organs kapitalanskaffning i Polen.

54 Slutligen föreskrivs i artikel 136a.2 i pensionsfondslagen att sådana kostnader som motsvarar avgifter som ska betalas till utländska clearingorganisationer endast täcks upp till motsvarande kostnader för inhemska clearingorganisationer. Denna bestämmelse kan likaledes avskräcka från investering av de öppna pensionsfondernas tillgångar i andra medlemsstater. Kostnader såsom de nu aktuella, vilka har uppkommit utomlands, täcks nämligen inte fullt ut om de visar sig överstiga de kostnader som uppkommit i Polen, till skillnad från liknande kostnader som uppkommit i inhemska clearingorganisationer.

55 När det gäller frågan huruvida de aktuella restriktionerna för den fria rörligheten för kapital är motiverade, har domstolen vid ett flertal tillfällen slagit fast att den fria rörligheten för kapital endast får inskränkas med stöd av nationella bestämmelser, om de är motiverade med hänsyn till ett av de skäl som anges i artikel 58 EG eller om de är motiverade av tvingande skäl av allmänintresse i den mening som avses i domstolens praxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 februari 2008 i mål C-274/06, kommissionen mot Spanien, REG 2008, s. I-26, punkt 35 och där angiven rättspraxis). Dessutom ska, enligt artikel 86.2 EG, ”[f]öretag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse … vara underkastade reglerna i fördragen … i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs [och förutsatt att] [u]tvecklingen av handeln … inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse”.

56 När det gäller argumentet att de aktuella restriktionerna är motiverade med stöd av artikel 58.1 b EG – enligt vilken ”[b]estämmelserna i artikel 56 [inte skall] påverka medlemsstaternas rätt att … vidta alla nödvändiga åtgärder för att förhindra överträdelser av nationella lagar och andra författningar, särskilt i fråga om … tillsyn över

finansinstitut” – räcker det att konstatera att de aktuella nationella bestämmelserna visserligen anger det materiella innehållet i de aktsamhetsregler som gäller för de öppna pensionsfonderna men att de däremot inte har till syfte att förhindra överträdelser av nationella lagar och andra författningar i fråga om tillsyn över finansinstitut. Dessa bestämmelser omfattas således inte av undantaget i nämnda artikel.

57 Restriktionerna har vidare påstått vara motiverade av tvingande skäl av allmänintresse. I detta avseende finner domstolen att intresset av att säkerställa stabilitet och trygghet med avseende på de tillgångar som förvaltas i en pensionsfond, särskilt genom att anta aktsamhetsregler, utgör tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera restriktioner för den fria rörligheten för kapital.

58 Sådana restriktioner måste emellertid vara ägnade att uppnå det eftersträvade ändamålet och får inte gå längre än vad som krävs för att uppnå detta (dom av den 11 oktober 2007 i mål C-451/05, ELISA, REG 2007, s. I-8251, punkt 82 och där angiven rättspraxis).

59 När det gäller de restriktioner som följer av artikel 143 i pensionsfondslagen har kommissionen hävdat att de krav som uppställs i den aktuella nationella lagstiftningen inte står i proportion till det eftersträvade ändamålet, eftersom investeringstryggheten säkerställs genom investeringarnas spridning såväl geografiskt som i fråga om placeringstyp. Kommissionen har även gjort gällande att den aktuella polska lagstiftningen innebär att utlandsinvesteringar endast kan göras i stater som är medlemmar i unionen eller i OECD eller i stater som har träffat avtal med Republiken Polen om ömsesidigt främjande av och skydd för investeringar och att risken på kort sikt för förändringar i utländska valutakurser inte rättfärdigar att det vidtas så ingripande åtgärder. Slutligen har kommissionen hävdat att om svarande är tvungen att vidta stränga åtgärder så måste dessa åtgärder vara identiska för placering i såväl inhemska som utländska värdepapper.

60 Republiken Polen har tillbakavisat argumentet att den geografiska spridningen på placeringarna, mot bakgrund av globaliseringen av finansmarknaderna, utgör ännu ett viktigt medel för att minska riskerna. Republiken Polen har vidhållit att det finns en risk för betydande förändringar i valutakursen för polska zloty och har hävdat att det, när det gäller det nya polska sociala trygghetssystemet, är nödvändigt att iaktta särskild försiktighet i inledningsskedet. Vidare har Republiken Polen anfört att det är lättare för finanstillsynsmyndigheten att införa kvantitativa restriktioner än att kontrollera en investeringspolicy som grundar sig på försiktighetsprincipen.

61 I detta avseende ska domstolen pröva huruvida Republiken Polen har lyckats visa att de kvantitativa och kvalitativa restriktioner som följer av artikel 143 i pensionsfondslagen är ägnade att uppnå målet att säkerställa stabilitet och trygghet med avseende på de öppna pensionsfondernas tillgångar och inte går längre än vad som krävs för att uppnå detta mål.

62 När det gäller valutarisken kan betydande ändringar i kursen på utländsk valuta visserligen ha stor inverkan på avkastningen av investeringar som gjorts i utländsk valuta. Det framgår emellertid av artikel 18.5 i direktiv 2003/41 att medlemsstaterna inte får hindra tjänstepensionsinstituten från att investera upp till 30 procent av sina tillgångar i tillgångar denominerade i utländska valutor och att medlemsstaterna, enligt artikel 18.6, endast i enskilda fall kan införa strängare regler för de inhemska instituten än de som avses i artikel 18.5.

63 Även om de öppna pensionsfondernas investeringar inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae)* för nämnda bestämmelser, har 30 procentsregeln icke desto mindre antagits av unionslagstiftaren för liknande situationer.

64 Mot bakgrund härav skulle Republiken Polen – för att motivera den kvantitativa begränsningen på 5 procent, vilken väsentligen understiger den gräns på 30 procent som unionslagstiftaren funnit lämplig – ha varit tvungen att åberopa särskilda omständigheter som kan förklara skälen för att införa den aktuella kvantitativa begränsningen.

65 Republiken Polen har i denna del anfört att det är svårt för de öppna pensionsfonderna att bedöma riskerna med utlandsinvesteringar. Detta förhållande kan emellertid inte motivera kvantitativa begränsningar för investeringar i värdepapper som utställts i medlemsstaterna. Såsom kommissionen har anfört har nämligen medlemsstaternas lagstiftning om offentliggörande av information om finansiella produkter och om skydd för investerare och konsumenter till stor del harmoniserats på unionsnivå, vilket har underlättat skapandet av en gemensam europeisk kapitalmarknad.

66 Sådana kvantitativa åtgärder kan inte heller, ens när det är fråga om ett socialt trygghetssystem under utveckling, anses motiverade av det skälet att de är lättare att genomföra för de nationella tillsynsmyndigheterna.

67 Av samma skäl som dem som angetts i punkt 65 i denna dom kan de kvalitativa restriktionerna inte motiveras när det gäller investeringar i värdepapper som utställts i medlemsstaterna.

68 När det sedan gäller de restriktioner som följer av artiklarna 136.3 och 136a.2 i pensionsfondslagen konstaterar domstolen att Republiken Polen inte har åberopat någon bevisning för att det ändamål som eftersträvas med nämnda bestämmelser inte hade kunnat uppnås utan dem och genom åtgärder som i mindre utsträckning begränsar de öppna pensionsfondernas frihet att investera i andra medlemsstater.

69 Det förhållandet att det, enligt vad Republiken Polen har påstått, är nödvändigt att skydda de öppna pensionsfonderna från risken för tillkommande eller orimliga kostnader kan nämligen inte rättfärdiga det faktum att värdet av placeringar som gjorts i andelar som utställts av företag för kollektiva investeringar med säte i utlandet inte beaktas vid fastställandet av fondens nettotillgångar, vilka utgör underlag för beräkningen av de avgifter som förvaltningsbolagen uppbär. Det kan inte heller rättfärdiga det faktum att transaktionskostnaderna för de utländska clearingorganisationerna högst kan uppföras till samma belopp som motsvarande kostnader för de nationella clearingorganisationerna, eftersom en investerare under alla omständigheter måste ta hänsyn till sådana kostnader vid sitt val av investeringar, oavsett var investeringen sker.

70 När det slutligen gäller de argument som bygger på artikel 86.2 EG erinrar domstolen om att det, enligt fast rättspraxis, ankommer på den medlemsstat som åberopar denna artikel att visa att samtliga villkor för att tillämpa bestämmelsen är uppfyllda (dom av den 29 april 2010 i mål C-160/08, kommissionen mot Tyskland, REG 2010, s. I-3713, punkt 126 och där angiven rättspraxis).

71 De öppna pensionsfonderna skulle visserligen kunna anses ha åtagit sig en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Albany, punkterna 105–111), men det ska ändå framhållas att Republiken Polen inte har styrkt att villkoren för tillämpning av denna artikel är uppfyllda. Den har i synnerhet inte visat på vilket sätt tillämpningen av bestämmelserna i fördraget – i förevarande fall bestämmelserna om fri rörlighet för kapital mellan medlemsstaterna – rättsligt eller i praktiken skulle hindra att de öppna pensionsfonderna uppnår sitt ändamål.

72 Härav följer att Republiken Polens argument som bygger på artikel 86.2 EG inte kan godtas.

73 Mot bakgrund härav konstaterar domstolen att Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG genom att bibehålla artiklarna 143, 136.3 och 136a.2 i pensionsfondslagen, eftersom möjligheten för polska öppna pensionsfonder att investera i andra medlemsstater härmed begränsas.

Rättegångskostnader

74 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Polen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Polen har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

1) **Republiken Polen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG, genom att bibehålla artiklarna 143, 136.3 och 136a.2 i lagen av den 28 augusti 1997 om pensionsfondernas organisation och verksamhet (Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych), i dess ändrade lydelse, eftersom möjligheten för polska öppna pensionsfonder att investera i andra medlemsstater härmed begränsas.**

2) **Republiken Polen ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter