

Mål C-758/22

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

15 december 2022

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesverwaltungsgericht (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

27 september 2022

Klagande:

Bayerische Ärzteversorgung

Bayerische Architektenversorgung

Bayerische Apothekerversorgung

Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung

Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m.
Psychotherapeutenversorgung

Motpart:

Deutsche Bundesbank

**Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen,
Tyskland)**

BESLUT

[utelämnas]

[utelämnas]

I det förvaltningsrättsliga målet

1. Bayerische Ärzteversorgung,
offentligrättsligt organ,
[utelämnas] München,
 2. Bayerische Architektenversorgung,
 3. Bayerische Apothekerversorgung,
 4. Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung,
 5. Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m. Psychotherapeutenversorgung,
offentligrättsliga organ , [utelämnas] 81925 München,
- klagandena 1-5 företrädda av
Bayerische Versorgungskammer,
[utelämnas] München,

klagande,

[utelämnas]

mot

Deutsche Bundesbank,
[utelämnas] Frankfurt am Main,

motpart,

har åttonde avdelningen vid Bundesverwaltungsgericht

efter förhandlingen den 21 september 2022,

[utelämnas]

den 27 september 2022 beslutat följande:

Målet förklaras vilande.

Europeiska unionens domstol ombeds, genom ett förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, att besvara följande frågor om tolkningen av Europeiska centralbankens förordning (EU) 2018/231 av den 26 januari 2018 om statistikkrav för pensionsinstitut – ECB/2018/2 – (EUT L 45, 2018, s. 3), jämförd med Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 549/2013 av den 21 maj 2013 om det europeiska national- och

regionalräkenskapssystemet i Europeiska unionen (EUT L 174, 2013, s. 1, nedan kallad ENS):

1. a) Krävs det enligt punkt 3.19 första stycket b i bilaga A till ENS att det står alla konsumenter av produkter som producenten erbjuder fritt att välja om de vill köpa eller inte, och de gör sina val utifrån det begärda priset?

För det fall denna fråga besvaras nekande:

b) I de fall där den stora majoriteten av dessa konsumenter, utan att ha en sådan valfrihet, erhåller produkter från producenten som uppgår till mer än hälften av dess produktionsvärde på grund av det lagstadgade kravet på obligatorisk anslutning och betalning av obligatoriska avgifter till det belopp som producenten har fastställt, räcker det då, för att kraven i bestämmelsen ska anses vara uppfyllda, att en minoritet har haft möjlighet att ansluta sig till producenten frivilligt och har utnyttjat denna möjlighet, för att erhålla produkterna genom att betala samma avgifter som de personer för vilka anslutningen är obligatorisk?

2. Ska marknadsverksamhet till ekonomiskt signifikanta priser i den mening som avses punkterna 3.17-3.19 i bilaga A till ENS alltid anses föreligga när det 50 %-kriterium som fastställs i punkt 3.19 tredje stycket, tredje och fjärde mening i bilaga A till ENS, nämligen att försäljningen under flera år i rad ska täcka minst 50 procent av kostnaderna, är uppfyllt, eller ska detta kriterium inte tolkas som ett tillräckligt villkor, utan som ett nödvändigt villkor som ska läggas till de båda villkor som anges i punkt 3.19 första stycket andra mening a och b i bilaga A till ENS?

3. Ska vid bedömningen av huruvida institutionella enheter är marknadsproducenter i den mening som avses i punkt 3.24 i bilaga A till ENS, utöver punkterna 3.17, 3.19 och 3.26 i bilaga A, hänsyn även tas till de ytterligare kraven i punkt 1.37 andra stycket i bilaga A till ENS?

4. a) Förutsätter punkt 2.107 i bilaga A till ENS, för att en institutionell enhet ska kunna klassificeras i delsektor S.129, med nödvändighet att alla dess förmåner utges till samtliga förmånstagare på grundval av avtal?

Om så är fallet:

b) Är kravet på att förmånen ska grunda sig på avtal i denna mening redan uppfyllt när den obligatoriska anslutningen och de obligatoriska avgifterna till den institutionella enheten samt de obligatoriska förmånerna från denna enhet, visserligen är lagligt reglerade genom stadgar, men de som är obligatoriskt anslutna även kan göra anspråk på ytterligare förmåner genom frivilliga ytterligare avgifter?

5. Ska artikel 1.1 tredje meningen f i förordning (EU) 2018/231 tolkas så, att endast de institutionella enheter som uppfyller de båda kriterierna i punkt 2.117 i bilaga A till ENS, är undantagna från begreppet pensionsinstitut i första meningen i denna bestämmelse, eller omfattar detta undantag även andra institutionella enheter som ska anses som pensionssystem inom social trygghet enligt punkt 17.43 i bilaga A till ENS, utan att samtliga krav i punkt 2.117 i bilaga A till ENS är uppfyllda?

6. a) Omfattar begreppet offentlig förvaltning i punkt 2.117 b och nr 17.43 i bilaga A till ENS endast respektive primär enhet, eller omfattar begreppet även pensionsinstitut som upprättats enligt lag, som är rättsligt oberoende, organiserade genom obligatoriskt anslutning och finansierade genom avgifter samt som har rätt att ha egen administration och en egen bokföring?

Om det sistnämnda är fallet:

b) Avses med att bestämma och godkänna avgifter och förmåner i punkt 2.117 b i bilaga A till ENS bestämmande av ett belopp eller är det tillräckligt att de risker som åtminstone ska omfattas av försäkringen och miniminivån på försäkringen samt principerna och gränserna för uppbörd av avgifter föreskrivs i lag, men beräkningen av avgifter och förmåner inom dessa ramar överläts till pensionsinstitutet?

c) Omfattar begreppet offentlig förvaltningsenhet i den mening som avses i punkt 20.39 i bilaga A till ENS endast institutionella enheter som uppfyller alla krav i punkterna 20.10 och 20.12 i bilaga A till ENS?

Skäl:

I

- 1 Parterna tvistar om huruvida klagandena enligt Europeiska centralbankens förordning (EU) 2018/231 av den 26 januari 2018 om statistikkrav för pensionsinstitut (ECB/2018/2) (EUT L 45, s. 3, och rättelse i EUT L 132, s. 47) har rapporteringsskyldighet.
- 2 Klagandena upprättades genom den bayerska lagen om allmännyttiga företag (Gesetz über das öffentliche Versorgungswesen) – VersoG, i den lydelse som offentliggjorts den 16 juni 2008 (BayGVBl. s. 371), senast ändrad genom artikel 32a.18 i lagen av den 10 maj 2022 (BayGVBl. s. 182), som offentligrättsliga organ i delstaten Bayern. Dessa företag beviljar dem som är anslutna till företagen förmåner vid invaliditet, ålderdom och dödsfall i enlighet med denna lag och deras stadgar. Härvid måste de uppfylla villkoren för att deras medlemmar ska undantas från skyldigheten att ansluta sig det tyska lagstadgade systemet för ålderspensionsförsäkring (artikel 28 tredje meningen VersoG). Företagen får inte vara vinstdrivande och deras medel och tillgångar får endast användas för att fullgöra det åtagande som de har inom ramen för sitt uppdrag (artikel 9.1 och 9.3

VersoG). Deras administrativa kostnader, inklusive ersättning till anställda och förmånsberättigade, ska finansieras genom egna medel (artikel 9.2 första meningen VersoG).

- 3 En övervägande majoritet av de personer som är anslutna till klagandena måste ansluta sig till klagandena enligt lag, eftersom de utövar sitt yrke i delstaten Bayern (artikel 30.1 jämförd med artikel 33 och följande artiklar VersoG). Undantag från obligatorisk anslutning medges enligt artikel 30.2 VersoG endast i undantagsfall, såsom vid yrkesutövning i ringa omfattning eller vid medlemskap i ett annat pensionssystem. Enligt artikel 30 tredje stycket VersoG får personer som tidigare varit obligatoriskt anslutna förbli anslutna enligt stadgarna för att förvärva pensionsrättigheter genom att betala samma avgifter som obligatoriskt anslutna personer. Klagandena reglerar uttag av avgifter eller bidrag för att finansiera fullgörandet av sina uppgifter samt förutsättningar, typ, belopp och upphörande av pensionsrättigheter genom stadgar inom ramen för lagstadgade bestämmelser (artikel 10.2 och 10.3 VersoG). Frivilliga tilläggsbetalningar för att öka pensionsrättigheterna för anslutna kan tillåtas enligt stadgarna, förutsatt att summan av tilläggsbetalningar och obligatoriska avgifter inte överstiger det lagstadgade taket för avgifter (artikel 31.4 VersoG). Det är ostridigt att varje klagande tillhandahåller sina obligatoriska anslutna medlemmar mer än 50 procent av förmånerna som obligatoriska förmåner.
- 4 Genom skrivelser av den 7 september 2018 och av den 25 mars 2019 informerade motparten var och en av klagandena 1–4, om att de enligt artiklarna 1 och 2 i förordning (EU) 2018/231 i egenskap av pensionsinstitut omfattades av statistikkravet och att de var skyldiga att från och med den 30 september 2019 lämna närmare angivna uppgifter till motparten om deras ekonomiska situation. Den femte klaganden uppmanades genom nästan identiska skrivelser från motparten av den 12 november 2018 och den 17 juli 2019 att lämna in uppgifter i mindre omfattning årligen. Genom respektive talan har klagandena yrkat att de meddelanden som rör dem ska ogiltigförklaras och, i andra hand, att det ska fastställas att de inte har rapporteringsskyldighet [utelämnas] [anmärkingar avseende interimistiska åtgärder]
- 5 Genom dom av den 4 november 2021 ogillade Verwaltungsgericht (Förvaltningsdomstolen) talan i målen med motiveringen att klagandena var pensionsinstitut i den mening som avses i artikel 1.1 i förordning (EU) 2018/231 och var rapporteringsskyldiga enligt artikel 2.1 i den förordningen. De ansågs vara marknadsproducenter som hörde till finansiella bolag och delsektor S.129 i ENS. Genom sin huvudsakliga verksamhet tillhandahöll de allmännyttiga tjänster. Dessa tjänster tillhandahölls till ekonomiskt signifikanta priser. Detta gällde även de obligatoriska tjänsterna, eftersom dessa enligt artikel 9.2 första meningen VersoG skulle beräknas ekonomiskt. I avsaknad av statligt stöd måste klagandena reglera avgifterna och förmånerna på ett sådant sätt att deras betalningsförmåga säkerställs. Under alla omständigheter följer klassificeringen (även) av de obligatoriska förmånerna som marknadsproduktion av punkt 3.19 i bilaga A till ENS, eftersom klagandena under flera år täckte minst hälften av sina kostnader

genom försäljning av sina produkter. Punkt 1.37 i bilaga A till ENS utgör inget hinder för detta. Denna bestämmelse är endast tillämplig på offentliga enheter. Till dessa hörde inte klagandena, eftersom de inte styrdes av den offentliga förvaltningen. Av det skälet är även en klassificering till delsektor 1314 (sociala trygghetsfonder) utesluten, vid vilken rapporteringsskyldigheten enligt artikel 1 punkt 1 tredje meningen f i förordning (EU) 2018/231 bortfaller. Denna klassificering bekräftas av punkt 20.39 i bilaga A till ENS. Enligt denna punkt ska ett fonderat avgiftsbestämt system som inrättats av en offentlig förvaltningsenhet inte anses som ett socialt trygghetssystem om det, såsom när det gäller klagandena, inte finns någon garanti från den offentliga förvaltningen om pensionsnivåerna (förmånsnivåerna) och pensionsnivåerna (förmånsnivåerna) beror på utvecklingen av tillgångarna. Nämnade nivåer skulle då med nödvändighet vara osäkra i detta avseende.

- 6 Klagandena har i sina överklaganden gjort gällande att de inte är marknadsproducenter. Det är ostridigt att deras obligatoriska förmåner som utgör den största delen av deras produktion, inte såldes till ekonomiskt signifikanta priser. I detta avseende hade de obligatoriskt anslutna personerna inte, såsom krävs i punkt 3.19 första stycket b i bilaga A till ENS, valfrihet i fråga om förvärv av pensionsförmåner på grundval av de begärda avgifterna. 50 %-kriteriet i punkt 3.19 tredje stycket i bilaga A till ENS är inte relevant, det tjänar endast till att bestämma produktionen. Under alla omständigheter hörde klagandena, liksom det lagstadgade pensionsförsäkringssystemet till sociala trygghetsfonder.
- 7 Motparten har inte bestridit den överklagade domen.

II

- 8 Målet förklaras vilande och ett förhandsavgörande inhämtas från Europeiska unionens domstol i enlighet med artikel 267.3 FEUF. Tolkningen av artikel 1.1 i förordning (EU) 2018/231 och de bestämmelser i bilaga A till ENS som anges ovan är inte så uppenbar att det inte finns något utrymme för rimligt tvivel och det kan utgå från att tolkningen inte heller är uppenbar för domstolarna i de andra medlemsstaterna i Europeiska unionen (se avseende detta kriterium, EU-domstolens dom (stora avdelningen) av den 6 oktober 2021 – C-561/19 [ECLI:EU:EU:C:2021:799], Consorzio – punkt 40).
- 9 Tolkningsfrågorna är avgörande för utgången i målet. Överklagandet kan tas upp till sakprövning. [utelämnas] [Anmärkning om huruvida talan och överklagandet kan tas upp till sakprövning]
- 10 Avgörande för huruvida överklagandena är välgrundade är om klagandena enligt artikel 2.1 jämförd med artikel 1.1 första meningen i förordning (EU) 2018/231 omfattas av statistikkrav för pensionsinstitut. Enligt artikel 2.1 i förordningen ska den faktiska rapporterade populationen bestå av de pensionsinstitut som har sin hemvist i euro-medlemsstaterna. I artikel 1.1 första meningen i förordningen definieras begreppet pensionsinstitut med hänvisning till delsektor S.129 i ENS

och det krävs att det är ett finansiellt bolag eller kvasibolag som främst ägnar sig åt finansiell förmedling som en följd av spridning av sociala risker och de försäkrade personernas behov (social försäkring). Enligt den andra meningen i bestämmelsen ger ett pensionsinstitut i sin egenskap av socialt försäkringssystem en inkomst efter pensionering och kan erbjuda förmåner vid dödsfall eller invaliditet. Enligt tredje meningen f i den bestämmelsen inkluderas dock inte sociala trygghetsfonder enligt definitionen i punkt 2.117 i ENS i definitionen.

- 11 Klagandena i det nationella målet är juridiska personer med hemvist i Tyskland. De ägnar sig främst åt finansiell förmedling av social försäkring som beskrivs i artikel 1.1 och 1.2 i förordning (EU) 2018/231 genom att bevilja sina medlemmar ålderspension, efterlevandebidrag och invaliditetsbidrag. Det återstår att klargöra om de ska klassificeras som finansiella företag som omfattas av delsektor S.129 i ENS eller om de som en del av sociala trygghetsfonder ska undantas från rapporteringsskyldigheten.
- 12 1. Till finansiella bolag som ingår i sektorn S.12 enligt ENS hör institutionella enheter som är självständiga juridiska enheter och marknadsproducenter vars primära verksamhet är att producera finansiella tjänster. Klagandena är offentlighetsjuridiska personer och uppfyller således det första villkoret. De ska enligt punkt 3.24 i bilaga A till ENS anses som marknadsproducenter när deras huvudsakliga produktion är marknadsproduktion i den mening som avses i punkt 3.17 och följande punkter i bilaga A till ENS. Här kommer endast produktion av produkter som säljs till ekonomiskt signifikanta priser i fråga (punkt 3.18 a). Enligt punkt 3.19 första stycket i bilaga A till ENS är priser som har ett väsentligt inflytande på mängden produkter som producenterna är villiga att leverera och mängden produkter som köparna vill förvärva ekonomiskt signifikanta priser. Sådana priser förekommer när båda följande villkor är uppfyllda:
 - a) Producenten har ett incitament att anpassa utbudet för att antingen skapa vinst eller åtminstone täcka sina kapitalkostnader och andra kostnader.
 - b) Det står konsumenterna fritt att välja om de vill köpa eller inte, och de gör sina val utifrån det begärda priset.
- 13 Enligt Bundesverwaltungsgericht (Federala högsta förvaltningsdomstolen, Tyskland) måste båda villkoren vara uppfyllda kumulativt. Detta följer av att pluralformen används i den tyska språkversionen och bekräftas av den franska språkversionen ("la réunion des deux conditions") och den engelska språkversionen ("both"). Det första villkoret ska anses vara uppfyllt, eftersom klagandena måste täcka sina administrativa kostnader, inbegripet ersättning med egna medel (se, punkt 2 avseende artikel 9.2 första meningen VersoG). Det andra villkoret kan endast anses vara uppfyllt om begreppen köp och pris även omfattar förvärv av pensionsrättigheter enligt stadgarna och uttag av lagstadgade avgifter, och om det dessutom inte är nödvändigt att varje konsument eller åtminstone alla

som erhåller förmåner från producenten kan välja om de vill förvärva dessa förmåner, och kan göra sina val utifrån det begärda priset.

- 14 För en vid tolkning av begreppen köp och priser talar det förhållandet att ENS, vid den åtskillnad som görs mellan den offentliga och den privata sektorn, inte grundar sig på den institutionella enhetens offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga juridiska form eller på utformningen av medlemskap eller anspråk, utan på frågan huruvida enheten styrs av den offentliga förvaltningen (se, punkt 1.35 i bilaga A till ENS, EU-domstolens dom av den 11 september 2019 – C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:705], FIG och FISE – punkt 34 och följande punkter, punkterna 73, 78 och dom av den 28 april 2022 – C-277/21 [ECLI:EU:C:2022:318], Secrétariat général de l'enseignement catholique – punkt 25 och följande punkter). Även vid en vid tolkning, som omfattar lagstadgade pensionsrättigheter och uttag av lagstadgade avgifter, är det fortfarande problematiskt att inte alla konsumenter har den valfrihet som krävs i villkor b. En person som varken är obligatoriskt ansluten till klagandena eller uppfyller de stränga villkoren för frivillig anslutning kan inte förvärva pensionsförmåner från dem. I fråga om konsumenter som enligt lag har skyldighet eller möjlighet att anslutna sig saknas under alla omständigheter den valfrihet som krävs för dem som är obligatoriskt anslutna med avseende på de obligatoriska förmånerna. Om de inte uppfyller villkoren för undantag från obligatorisk anslutning som beviljas i undantagsfall kan de varken undgå att förvärva pensionsrättigheter eller skyldigheten att betala in avgifter. Det står dem endast fritt att betala tilläggsavgifter för förvärv av ytterligare förmåner. Härav följer den fråga som ställs i punkt 1 a ovan, nämligen huruvida punkt 3.19 första stycket b i bilaga A till ENS förutsätter att det står alla konsumenter av produkter som producenten erbjuder fritt att välja om de vill köpa eller inte, och de gör sina val utifrån det begärda priset.
- 15 Ordalydelsen i villkor b ("konsumenterna") skulle kunna antyda att alla konsumenter måste ha den valfrihet som krävs och kunna göra sina val utifrån priset med avseende på producentens hela utbud. För det fall att den åtskillnad som görs mellan marknadsproduktion och icke-marknadsproduktion som föreskrivs för sektorsindelningen (punkt 1.37 i bilaga A till ENS) ska användas för en systematisk tolkning (se i detta avseende den tredje frågan), skulle även villkoret om försäljning till alla som är beredda att betala priset, som formuleras i andra stycket punkt 1, också kunna tala för en sådan tolkning. Detsamma gäller det ytterligare villkor som anges där i punkt 3, nämligen att det ska finnas effektiva marknader där säljare och köpare har tillgång till och information om marknaden. I följande mening klargörs dock att en marknad kan fungera effektivt även om dessa villkor inte är helt och hållet uppfyllda. Enligt Bundesverwaltungsgericht framgår inte av ENS eller befintlig rättspraxis i detta avseende otvetydigt den typ och intensitet av tillträdesbegränsningar eller köpförpliktelser som måste föreligga för att ett marknadsorienterat agerande och ekonomiskt signifikanta priser ska kunna uteslutas. EU-domstolens båda avgöranden som nämns ovan i punkt 14 och dess dom av den 3 oktober 2019 – C-632/18 [ECLI:EU:C:2019:833], Fonds du Logement de la Région Bruxelles-

Capitale – (punkt 36 och följande punkter) avser villkoren för klassificeringen av olika enheter som tillhörande sektorn offentlig förvaltning, utan att ställning tas till föregående fråga eller konsumenternas köpfrihet som ett villkor för marknadsproduktion.

- 16 2. Om fråga 1 a besvaras nekande är det avgörande om villkoret i punkt 3.19 första stycket b i bilaga A till ENS redan är uppfyllt, eftersom ett litet antal konsumenter frivilligt ansluter sig till klagandena och det i detta avseende står dem fritt att besluta om att förvärva pensionsrättigheter, vilket är förknippat med medlemskapet, till samma avgifter som de personer som är obligatoriskt anslutna, även om dessa konsumenter utgör en minoritet av medlemmarna och den största delen av klagandens produktion utgörs av obligatoriska förmåner till de obligatoriskt anslutna medlemmarna (fråga 1 b). Enligt motparten är beslutet om frivillig anslutning ett uttryck för valfrihet vid inköp utifrån priset och motiverar att även de till beloppet identiska obligatoriska avgifterna ska anses utgöra ekonomiskt signifikanta priser. Bundesverwaltungsgericht hyser tvivel om huruvida denna slutsats är hållbar, eftersom de avgifter som betalas av frivilligt anslutna medlemmar inte är ett resultat av ett samspel mellan utbud och efterfrågan på marknadsvillkor, vilket förutsätts i punkt 3.19 i bilaga A till ENS. För majoriteten av de medlemmarna för vilka anslutning är obligatorisk, utan möjlighet till dispens, tillhandahåller klagandena sina förmåner i egenskap av leverantörer med monopolställning. Eftersom det enligt artikel 30.3 VersoG endast är personer för vilka anslutning tidigare varit obligatorisk som får ansluta sig frivilligt, fråntas alla andra konsumenter valfrihet att fatta beslut om att förvärva förmåner från klagandena. Detta innebär att inte ens de lägsta tänkbara kraven för marknadstillträde på konsumentensida är uppfyllda. Dessutom härleds storleken på de obligatoriska avgifterna inte ur de avgifter som betalas av frivilligt anslutna medlemmar. Tvärtom bestämmer det lagstadgade fastställandet av obligatoriska avgifter – omvänt – de avgiftsbelopp som de frivilligt anslutna medlemmarna ska betala för samma förmåner.
- 17 3. I den överklagade domen grundades således avgörandet självständigt på den omständigheten att avgifterna under alla omständigheter skulle kvalificeras som ekonomiskt signifikanta priser enligt 50 %-kriteriet i punkt 3.19 tredje stycket tredje och fjärde meningen i bilaga A till ENS. De ovannämnda bestämmelserna har följande lydelse:
- För andra institutionella enheters produktion [*än produktion som sker hos hushållens personliga företag som nämns i andra meningen*] bestäms förmågan att bedriva marknadsverksamhet till ekonomiskt signifikanta priser främst med hjälp av ett kvantitativt kriterium (det så kallade 50 %-kriteriet), där försäljningen ställs i relation till produktionskostnaderna. För att enheten ska betraktas som marknadsproducent ska försäljningen under flera år i rad täcka minst 50 % av kostnaderna.
- 18 I den överklagade domen anses kostnadstäckning på minst 50 procent genom försäljning vara ett tillräckligt villkor för att ekonomiskt signifikanta priser ska

anses föreligga. Detta tycks även ha antagits i motiveringen av generaladvokaten Hogans förslag till avgörande av den 28 februari 2019 i mål C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:149], FIG och FISE (punkt 31). I motiveringen antogs att den berörda organisationen betraktas som icke-marknadsproducent enbart när det inte föreligger en kostnadstäckning på minst 50 procent. Enligt denna tolkning ska klagandena klassificeras som marknadsproducenter redan av det skälet att minst hälften av kostnaderna täcks av uppbörd av avgifter, vilket har fastställts i den tidigare instansen, även om de villkor som anges i punkt 3.19 första stycket a och b i bilaga A till ENS, som diskuteras i punkt 12 och följande punkter, inte skulle vara uppfyllda.

- 19 Det 50 %-kriterium som anges i tredje stycket tredje och fjärde meningen i denna bestämmelse skulle emellertid också kunna uppfattas som ett nödvändigt, men i sig ännu inte tillräckligt villkor för marknadsproduktion. I ett sådant fall kompletterar det villkoren i första stycket a och b, men det kan inte kompensera avsaknaden av dessa villkor. Denna slutsats stöds av den omständigheten att 50 %-kriteriet i punkt 3.19 tredje stycket i bilaga A till ENS endast används för att bedöma förmågan att bedriva marknadsverksamhet och inte, som villkoren i första stycket, föreskrivs som ett moment i definitionen av marknadsproduktion. Detta bekräftas av de franska och engelska språkversionerna ("La capacité de réaliser une activité marchande", "The ability to undertake a market activity"). Enligt dessa är kostnadstäckningen på minst 50 procent (endast) avgörande för förmågan att bedriva marknadsverksamhet, men inte för om marknadsverksamhet föreligger eller inte. Detta gäller även för den systematiskt jämförbara bestämmelsen i punkt 20.29 tredje stycket i bilaga A till ENS, som också syftar till att göra en åtskillnad mellan marknad och icke-marknad. Om man godtar tolkningen att 50 %-kriteriet i punkt 3.19 tredje stycket tredje meningen i bilaga A till ENS utgör ett nödvändigt, men inte tillräckligt villkor, fungerar det som uteslutningskriterium. Även om de två momenten i definitionen i första stycket är uppfyllda föreligger i det fallet ingen marknadsproduktion till ekonomiskt signifikanta priser om försäljningen under en flerårig period täcker mindre än hälften av kostnaderna. Det verkar rimligt att inte längre klassificera en sådan i övergripande drag förlustbringande produktion som under marknadsförhållanden inte ens är hållbar på medellång sikt, som marknadsproduktion. Om villkoren i punkt 3.19 första stycket a eller b i bilaga A till ENS inte är uppfyllda, kan en kostnadstäckning på minst 50 procent omvänt åtminstone inte i sig motivera antagandet att det rör sig om en marknadsproduktion.
- 20 Av EU-domstolens hittillsvarande praxis framgår inte otvetydigt vilken tolkning av punkt 3.19 tredje stycket tredje och fjärde meningen i bilaga A till ENS som är korrekt. I EU-domstolens dom av den 11 september 2019 – C-612/17, FIG och FISE – behandlade domstolen de förbund som var klagande i målet, som icke-vinstdrivande organisationer och således som icke-marknadsproducenter (se punkt 2.129 och följande punkt i bilaga A till ENS), utan att gå in på 50 %-kriteriet i punkt 20.29 i bilaga A till ENS som i punkt 9 i domen kallas "marknad/icke-marknadstestet" som är tillämpligt på jämförbara offentligt styrda enheter. Det är möjligt att frågan om kostnadstäckning inte var relevant för avgörandet vid den

tidpunkten, eftersom en klassificering av förbunden som bolag var utesluten redan på grund av avsaknaden av vinstsyfte eller åtminstone kostnadstäckning (se i detta avseende bestämmelserna i punkt 20.19-20.28, särskilt punkt 20.21 andra meningen, och punkt 20.23 i bilaga 2 till ENS, till vilka det hänvisas i punkt 20.29 andra stycket i bilaga A). Därför ligger det nära till hands att även vid tillämpningen av motsvarande bestämmelse i punkt 3.19 i bilaga A till ENS - oberoende av kostnadstäckningen - endast utgå från att marknadsproduktion föreligger när de båda villkoren enligt första stycket a och b i bestämmelsen är uppfyllda.

- 21 4. Den tredje frågan gäller huruvida punkt 1.37 i bilaga A till ENS får användas för en systematisk tolkning för att undanröja kvarstående tvivel vid tolkningen av punkt 3.19 första och tredje stycket i bilaga A till ENS. För det fall att klassificeringen som marknadsproducent enligt punkt 3.24 i bilaga A till ENS förutsätter att, förutom de villkor som anges i punkt 3.19, även villkoren för marknadsverksamheten enligt punkt 1.37 är uppfyllda, ska klagandena klassificeras som icke-marknadsproducenter. I motsats till vad som krävs enligt punkt 1 i denna bestämmelse eftersträvar de inte långsiktig vinstmaximering och säljer inte heller sina tjänster fritt på marknaden till den som är beredd att betala det begärda priset. Enligt den relevanta nationella lagstiftningen är de dessutom förhindrade att göra dessa båda saker. Såsom anges i punkt 2 ovan måste klagandena använda alla sina intäkter för att fullgöra sina uppgifter, det vill säga framför allt för att utge pensionsförmåner och för att täcka de därmed sammanhängande kostnaderna. De får inte heller bevilja sina pensionsförmåner till varje konsument som är beredd att betala avgifter, utan endast till dem som är obligatoriskt anslutna till dem enligt lag och till en snävt begränsad krets av personer som är frivilligt anslutna till dem.
- 22 Bundesverwaltungsgericht hyser tvivel om huruvida punkt 1.37 i bilaga A till ENS, såsom motparten har gjort gällande, endast är tillämplig på offentliga förvaltningsenheter. Syftet med denna bestämmelse är enligt första stycket att skilja mellan såväl marknadsproduktion och icke-marknadsproduktion som även ("och") den privata och den offentliga sektorn. Tillämpningen av andra stycket punkt 1 i denna bestämmelse förefaller dock problematisk eftersom de krav som anges där går utöver kraven i punkt 3.19 i bilaga A till ENS som är relevanta här enligt punkt 3.24 i bilaga A till ENS. Det är möjligt att punkt 3.19 i bilaga A till ENS avser att konkretisera de kriterier som formuleras i punkt 1.37 för att skilja mellan marknadsproducenter och icke-marknadsproducenter. I punkt 1.37 i bilaga A till ENS hänvisas till det grova ramverket för sektorklassificering som återges i tabell 1.1, där det för offentligt respektive privat styrda enheter görs en åtskillnad mellan marknadsmässig verksamhet och icke-marknadsmässig verksamhet. De kriterier som föreskrivs i detta avseende är med säljarens syfte att maximera vinsten och köparens syfte optimera priset och nyttan, strängare än de två villkor som anges för antagandet av marknadsproduktion i punkt 3.19 första stycket a och b i bilaga A till ENS, det krävs nämligen en kapacitetsberäkning som åtminstone syftar till att täcka kostnaderna och valfrihet för konsumenter vid beslut om att köpa en produkt utifrån priset. Enligt denna bestämmelse kan punkt 1.37 i bilaga

A till ENS endast tillämpas i den mån de allmänna kriterier som anges där inte strider mot de mer specifika villkor som anges i punkt 3.19 i bilaga A till ENS, utan endast omskriver de villkor som även föreskrivs där, såsom ett minimum av fritt tillträde till marknaden eller en konkurrenssituation som villkor för prissättning på marknaden. Även i detta avseende har Bundesverwaltungsgericht bett EU-domstolen om ett klagörande.

- 23 5. Den fjärde frågan rör punkt 2.107 andra meningen i bilaga A till ENS som avser förmåner som utges av pensionsinstitut enligt avtal. Detta skulle kunna tyda på att bestämmelsen inte omfattar enheter som - i likhet med klagandena - utger sina förmåner enbart på grundval av lagstadgade bestämmelser. Definitionen i punkt 2.105 i bilaga A till ENS innehåller emellertid inte något krav vad gäller den rättsliga grunden för förmånerna, och punkt 2.107 i bilaga A till ENS innehåller inte någon (ytterligare) definition, utan exempel. Genom hänvisningen till avtal kan den således endast avse en typisk, men inte per definition nödvändig utformning av rättsförhållandet. I punkt 2.109 i bilaga A till ENS anges uttryckligen att pensionssystem även kan organiseras av den offentliga förvaltningen, utan att frågan om utformningen av avtalet berörs. I punkt 20.39 i bilaga A till ENS hänvisas också till andra egenskaper för klassificeringen av gränsfall. Detta kan emellertid bero på att en sådan utformning som omfattas av punkt 2.107 i bilaga A till ENS förutsätts. De tvetydigheter som föreligger vad gäller tolkningen kan enligt Bundesverwaltungsgericht inte klart klargöras med hänvisning till syftet med bestämmelserna och skälen i de relevanta förordningarna. Om en avtalsbaserad utformning inte skulle vara nödvändig kan det ur Bundesverwaltungsgerichts synvinkel fortfarande ifrågasättas om en offentlighetsrättslig utformning som huvudsakligen utgörs av obligatoriska anslutningar, är tillräcklig, såvida alla personer som är anslutna kan öka omfattningen av förmånerna genom frivilliga avgifter, även om endast en minoritet frivilligt kan upprätta och avsluta rättsförhållandet genom anslutning eller utträde.
- 24 Frågorna 1–4, som rör enskilda villkor för marknadsproduktion och klassificering i delsektor S 129, blir inte överflödiga av det skälet att det står klart att klagandena omfattas av undantagsbestämmelsen för sociala trygghetsfonder enligt artikel 1.1 tredje meningen punkt f i förordning (EU) 2018/231. Huruvida så är fallet beror på tolkningsfrågorna 5 och 6 som inte heller kan besvaras utan det begärda förhandsavgörandet.
- 25 6. I artikel 1.1 tredje meningen f i förordning (EU) 2018/231 hänvisas till punkt 2.117 i bilaga A till ENS för att fastställa delsektorn sociala trygghetsfonder. Enligt denna bestämmelse omfattar alla statliga, delstatliga och kommunala institutionella enheter vars primära verksamhet är att tillhandahålla sociala förmåner och som uppfyller följande två kriterier:
- a) Genom lag eller förordning är det obligatoriskt för vissa grupper av befolkningen att delta eller att betala avgifter.

- b) Den offentliga förvaltningen är ansvarig för ledningen av institutionen när det gäller att bestämma eller godkänna avgifter och förmåner oberoende av dess roll som tillsynsorgan eller arbetsgivare.
- 26 I punkt 2.110 a i bilaga A till ENS klargörs att institutionella enheter som uppfyller de båda kriterierna inte hör till delsektorn pensionsinstitut (S.129), utan till delsektorn sociala trygghetsfonder.
- 27 Alla moment i definitionen i punkt 2.117 i bilaga A till ENS har emellertid inte övertagits i definitionen av pensionssystem inom social trygghet i punkt 17.43 i bilaga A till ENS. Detta ger upphov till den femte tolkningsfrågan. Om den första bestämmelsen ska förstås som en definition av delsektorn sociala trygghetsfonder och den andra som en mer specifik bestämmelse om differentiering inom denna delsektor, förutsätter punkt 17.43 i bilaga A till ENS att alla moment i definitionen i punkt 2.117 i bilaga A till ENS är uppfyllda och kompletterar dem med ytterligare moment för att avgränsa pensionssystem inom social trygghet. I ett sådant fall skulle klagandena inte kunna klassificeras som sociala trygghetsfonder om de inte uppfyller villkoret i b i punkt 2.117 i bilaga A till ENS (se om detta nedan under punkt 28.7). De som företräder motsatt åsikt anser att definitionen i punkt 17.43 i bilaga A till ENS är autonom och uttömmande. De anser dessutom att begreppet offentlig förvaltning ska tolkas så att det även omfattar offentligrättsliga juridiska personer som är oberoende i förhållande till den primära enheten. I det fallet skulle klagandena klassificeras som pensionssystem inom social trygghet, eftersom lagen kräver att de personer som är obligatoriskt anslutna till systemet ska bidra till deras ålderspension och eftersom de tillhandahåller sina förmåner som institutionella enheter i en delstat - delstaten Bayern - som har status som självständiga juridiska enheter.
- 28 7. Det är inte möjligt att ge ett säkert svar på frågan (6.a) om huruvida begreppet offentlig förvaltning i punkt 2.117 b i bilaga A och punkt 17.43 i ENS även omfattar sådana institutionella enheter eller om det endast betecknar den motsvarande primära enheten. Eftersom det i punkt 2.117 b i bilaga A till ENS talas om en förmån som går utöver tillsynsfunktionen, kan däri endast den primära enhet som ansvarar för tillsynen över de institutionella enheter som har rätt till självstyre (autonomi) under alla omständigheter betecknas som offentlig förvaltning. Vid en konsekvent användning av begreppet måste även begreppet offentlig förvaltning i punkt 17.43 i bilaga A till ENS tolkas på detta snäva sätt. Begreppet skulle emellertid även kunna omfatta andra offentliga förvaltningsenheter eller till och med förvaltningsorgan som är oberoende av den primära enheten i egenskap av lagstadgat pensionsförsäkringsorgan som ska göra det möjligt för sina medlemmar att undantas från den lagstadgade pensionsförsäkringen och säkerställa en självadministrerad ålderspension för vissa yrkesgrupper som grundar sig på deras avgifts- och förmånsnivå utan att styras av den offentliga förvaltningen. Detta skulle kunna finna stöd i avgränsningsregeln i punkt 20.39 i bilaga A till ENS, i vilken det utgås från att fonden också kan förvaltas av en ”separat institutionell enhet”. I punkt 20.12 i bilaga A till ENS utgås emellertid från att socialförsäkringssystemen ska omfatta hela eller stora

delar av samhället, vilket förmodligen som regel inte är fallet när det gäller regionala yrkesorganisationsförsäkringsorgan för vissa yrken.

- 29 Beroende på hur begreppet offentlig förvaltning ska tolkas i den ena och den andra bestämmelsen uppkommer även frågan (6b) avseende punkt 2.117 b i bilaga A till ENS huruvida det för att den offentliga förvaltningen ska kunna bestämma avgifter och förmåner krävs att den primära enheten i varje enskilt fall bestämmer båda dessa belopp i siffror. Begreppet bestämma tyder på att det krävs en uttömmande bestämmelse. Enligt den motsatta ståndpunkt som företräds av klagandena bör det emellertid vara tillräckligt att den primära enheten skapar den rättsliga ram som beskrivs närmare i tolkningsfrågan, inom vilken den autonoma enheten kan reglera avgifternas storlek samt arten av förmån och dess omfattning.
- 30 Vad gäller tillämpningen av avgränsningsregeln i punkt 20.39 i bilaga A till ENS som har antagits för gränsfall uppkommer slutligen frågan huruvida begreppet offentliga förvaltningsenheter endast omfattar institutionella enheter som uppfyller samtliga krav i punkterna 20.10 och 20.12 i bilaga A till ENS. I förevarande fall ska kriteriet betydande transfereringar från den statliga budgeten (punkt 20.10) inte anses vara uppfyllt enligt de bindande konstateranden som gjorts av den domstol som har prövat målet i sak (artikel 137.2 VwGO). Huruvida klagandena styrs offentligt kan endast vara relevant om punkt 20.12, men inte punkt 20.10, skulle vara relevant. För det fall att klagandena enligt en korrekt tolkning av bestämmelserna i ENS, varken anses som marknadsproducenter eller en del av sociala trygghetsfonder, ska de klassificeras som hushållens icke-vinstdrivande organisationer och som sådana har de, oberoende av om de är offentligt styrda, ingen rapporteringskyldighet.

[utelämnas] [underskrifter]