

**Sag C-758/22**

**Anmodning om præjudiciel afgørelse**

**Dato for indlevering:**

15. december 2022

**Forelæggende ret:**

Bundesverwaltungsgericht (Tyskland)

**Afgørelse af:**

27. september 2022

**Sagsøgere og revisionsappellanter:**

Bayerische Ärzteversorgung

Bayerische Architektenversorgung

Bayerische Apothekerversorgung

Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung

Bayerische Ingenieurversorgung-Bau m.  
Psychotherapeutenversorgung

**Sagsøgt og revisionsindstævnt:**

Deutsche Bundesbank

---

**Bundesverwaltungsgericht**

**KENDELSE**

[udelades]

[udelades]

I forvaltningssagen mellem

1. Bayerische Ärzteversorgung,  
offentligretligt organ,

[udelades] München

2. Bayerische Architektenversorgung,
3. Bayerische Apothekerversorgung,
4. Bayerische Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung
5. Bayerische Ingenieurversorgung-Bau med Psychotherapeutenversorgung  
offentligretlige organer, [udelades] 81925 München,  
1-5:  
repræsenteret ved Bayerische Versorgungskammer,  
[udelades] München

sagsøgere og revisionsappellanter,  
[udelades]  
mod  
Deutsche Bundesbank,  
[udelades] Frankfurt am Main,  
sagsøgt og revisionsindstævnt,

har Bundesverwaltungsgerichts (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Tyskland) ottende afdeling  
efter retsmødet den 21. september 2022  
[udelades]  
den 27. september 2022 afsagt følgende kendelse:  
Sagen udsættes.

Den Europæiske Unions Domstol anmodes om ved præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF at besvare følgende spørgsmål vedrørende fortolkningen af Den Europæiske Centralbanks forordning (EU) 2018/231 af 26. januar 2018 om statistiske rapporteringskrav for pensionskasser (ECB/2018/2) (EUT 2018, L 45, s. 3) sammenholdt med Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 549/2013 af 21. maj 2013 om det europæiske national- og regionalregnskabssystem i Den Europæiske Union (EUT 2013, L 174, s. 1) (herefter »ENS-forordningen«):

1. a) Kræver nr. 3.19, stk. 1, litra b), i bilag A til ENS-forordningen, at alle forbrugere af de af producenten tilbudte produkter frit kan vælge, om de vil købe eller ikke og træffe deres valg på grundlag af de krævede priser?

Såfremt dette besvares benægtende:

b) Er det i tilfælde, hvor det store flertal af disse forbrugere uden at have en sådan beslutningsfrihed modtager produkter fra producenten i et omfang svarende til mere end halvdelen af dennes produktionsværdi på grundlag af et lovbestemt obligatorisk medlemskab og skal betale obligatoriske bidrag i en størrelse, der er fastsat af producenten, tilstrækkeligt for at opfylde bestemmelsens krav, at et mindretal har mulighed for frivilligt at melde sig ind hos producenten og har gjort brug af denne mulighed for at modtage produkterne mod samme bidrag som de obligatoriske medlemmer?

2. Foreligger der altid en markedsræssig produktion til økonomisk signifikante priser som omhandlet i nr. 3.17 - 3.19. i bilag A til ENS-forordningen, hvis det i nr. 3.19, stk. 3, tredje og fjerde punktum, i bilag A til ENS-forordningen definerede »50%-kriterium«, som indebærer, at enhedens omsætning dækker mindst 50% af dens omkostninger over en sammenhængende flerårig periode, er opfyldt, eller skal dette kriterium ikke forstås som en (i sig selv) tilstrækkelig betingelse, men derimod som en nødvendig betingelse, der føjer sig til de to betingelser, der er fastsat i nr. 3.19, stk. 1, andet punktum, litra a) og b), i bilag A til ENS-forordningen?

3. Skal der ved prøvelsen af, om institutionelle enheder er markedsproducenter i henhold til nr. 3.24 i bilag A til ENS-forordningen, foruden nr. 3.17, 3.19 og 3.26 i bilag A til ENS-forordningen også ske anvendelse af de yderligere krav, der er fastsat i nr. 1.37, stk. 2, i bilag A til ENS-forordningen?

4. a) Er det i henhold til nr. 2 107 i bilag A til ENS-forordningen en obligatorisk betingelse for at klassificere en institutionel enhed i delsektor S.129, at alle dens ydelser til samtlige deltagere sker på grundlag af en aftale?

Såfremt dette er tilfældet:

b) Er kravet om et aftalemæssigt grundlag for ydelsen i denne forstand allerede opfyldt, hvis den institutionelle enheds obligatoriske medlemskab, obligatoriske bidrag og obligatoriske ydelser ganske vist er fastsat af det offentlige gennem vedtægter, men også obligatoriske medlemmer gennem frivillige bidrag kan opnå ret til supplerende ydelser?

5. Skal artikel 1, nr. 1), tredje punktum, litra f), i forordning (EU) nr. 2018/231 fortolkes således, at den kun undtager de institutionelle enheder fra begrebet pensionskasser i denne bestemmelses første punktum, som

opfylder begge de i nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen nævnte kriterier, eller omfatter denne undtagelse også andre institutionelle enheder, som i henhold til nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen skal anses for socialforsikringspensioner, uden at opfylde alle kravene i nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen?

6. a) Betegner begrebet offentlig forvaltning og service i nr. 2 117, litra b), og nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen kun den pågældende hovedforvaltningsenhed, eller omfatter det også pensionskasser med ret til selvforvaltning og selvstændigt regnskab, som er oprettet på lovmæssigt grundlag, er juridisk selvstændige, organiseret på basis af obligatorisk medlemskab og bidragsfinansierede?

Såfremt sidstnævnte er tilfældet:

b) Indebærer ansvaret for institutionens forvaltning hvad angår indbetaling og godkendelse af bidrag og ydelser, i nr. 2 117, litra b) i bilag A til ENS-forordningen en beløbsmæssig fastlæggelse, eller er det tilstrækkeligt, hvis en lov regulerer de risici, der som minimum skal sikres, og minimumsniveauet for sikringen samt principper og grænser for opkrævningen af bidrag, men overlader beregningen af bidrag og ydelser til pensionskassen inden for denne ramme?

c) Omfatter begrebet offentlig enhed som omhandlet i nr. 20.39 i bilag A til ENS-forordningen kun institutionelle enheder, som opfylder samtlige krav i nr. 20.10 og 20.12 i bilag A til ENS-forordningen?

Præmiser:

## I

- 1 Tvisten mellem parterne drejer sig om, hvorvidt sagsøgerne udgør rapporteringsenheder i henhold til Den Europæiske Centralbanks forordning (EU) 2018/231 af 26. januar 2018 om statistiske rapporteringskrav for pensionskasser (ECB/2018/2) (EUT 2018, L 45, s. 3, berigtiget EUT 2018, L 132, s. 47).
- 2 Sagsøgerne blev oprettet ved bayerisches Gesetz über das öffentliche Versorgungswesen (Bayerns lov om offentlige pensionsordninger) som affattet ved bekendtgørelse af 16. juni 2018 (BayGVBl. s. 371), senest ændret ved artikel 32a, stk. 18, i lov af 10. maj 2022 (BayGVBl. s. 182) (herefter »VersoG«), som offentligretlige organer med retsevne i fristaten Bayern. De yder pensionsydelse til deres medlemmer ved tabt arbejdsevne, alder og død i henhold til denne lov og deres vedtægter. De skal i denne forbindelse opfylde betingelserne for, at deres medlemmer kan fritages fra forsikringspligten hos den lovpligtige pensionsforsikring (VersoG's artikel 28, tredje punktum). De må kun drive almennyttig virksomhed og kun anvende deres midler samt formue til at opfylde deres opgave (VersoG's artikel 9, stk. 1 og 3). De skal afholde deres

administrationsudgifter inklusive udbetalinger til de ansatte og ydelsesmodtagerne af egne midler (VersoG's artikel 9, stk. 2, første punktum).

- 3 Langt de fleste medlemmer hos hver sagsøger er, eftersom de udøver deres erhverv i fristaten Bayern, ved lov forpligtet til medlemskab (VersoG's artikel 30, stk. 1, sammenholdt med artikel 33 ff.). Fritagelse fra det obligatoriske medlemskab er i henhold til VersoG's artikel 30, stk. 2, kun tilladt i undtagelsestilfælde såsom ved erhvervsudøvelse i ringe omfang eller medlemskab i en anden pensionskasse. Fratrådte obligatoriske medlemmer kan i henhold til VersoG's artikel 30, stk. 3, i henhold til vedtægterne forblive frivillige medlemmer for at erhverve pensionsrettigheder for samme bidrag som obligatoriske medlemmer. Sagsøgerne regulerer opkrævning af bidrag eller afgifter til finansiering af deres opgaver samt betingelserne, arten, størrelsen og bortfaldet af pensionsrettigheder ved vedtægter inden for lovens rammer (VersoG's artikel 10, stk. 2 og 3). Vedtægterne kan tillade, at medlemmerne indbetaler ekstra bidrag for at øge pensionsrettighederne, såfremt summen af ekstra betalinger og obligatoriske betalinger ikke overskrider det ved lov fastsatte loft for bidrag (VersoG's artikel 31, stk. 4). Hver sagsøger leverer – hvilket er uomtvistet – mere end 50% af deres ydelser som obligatoriske ydelser til deres obligatoriske medlemmer.
- 4 Ved skrivelse af 7. september 2018 og af 25. marts 2019 meddelte sagsøgte hver af sagsøgerne 1-4, at de i henhold til artikel 1 og 2 i forordning (EU) 2018/231 er underlagt de statistiske rapporteringskrav som pensionskasser og fra skæringsdagen den 30. september 2019 hvert kvartal skal indberette nærmere betegnede oplysninger om deres finansielle forhold til sagsøgte. Sagsøger 5 blev ved næsten enslydende skrivelser fra sagsøgte af 12. november 2018 og 17. juni 2019 pålagt en årlig indberetning af oplysninger af mindre omfang. Sagsøgerne har med deres søgsmål nedlagt påstand om ophævelse af de respektive meddelelser og subsidiært, at det fastslås, at de ikke udgør rapporteringsenheder. [Udelades] [oplysninger om foreløbige retsmidler]
- 5 Verwaltungsgericht (forvaltningsdomstolen) forkastede ved dom af 4. november 2021 påstandene og anførte, at sagsøgerne er pensionskasser som defineret i artikel 1, nr. 1, i forordning (EU) 2018/231 og udgør rapporteringsenheder i henhold til samme forordnings artikel 2, stk. 1. De er markedsproducenter, som hører til de finansielle selskaber og til delsektor S.129 i ENS. Deres hovedaktivitet er at stille pensionsydelse til rådighed. For dette forlanger de økonomisk signifikante priser. Dette gælder også for de obligatoriske ydelser, da disse i henhold til VersoG's artikel 9, stk. 2, første punktum, skal beregnes økonomisk. I mangel af statslig støtte er sagsøgerne tvunget til at regulere bidrag og ydelser på en sådan måde, at deres ydeevne til stadighed er sikret. I hvert fald følger klassificeringen af (også) de obligatoriske bidrag som markedsrettet produktion af nr. 3.19 i bilag A til ENS-forordningen, idet sagsøgerne gennem flere år dækkede mindst 50% af deres omkostninger ved salg af deres produkter. Nr. 1.37 i bilag A til ENS-forordningen er ikke til hinder for dette. Denne bestemmelse gælder kun for offentlige enheder. Sagsøgerne er ikke offentlige enheder, da de

ikke kontrolleres af det offentlige. Derfor er klassificering i delsektor 1314 (sociale kasser og fonde) også udelukket, for hvilke rapporteringskravet bortfalder i henhold til artikel 1, nr. 1, tredje punktum, litra f), i forordning (EU) 2018/231. Nr. 20.39 i bilag A til ENS-forordningen bekræfter denne klassificering. Ifølge denne bestemmelse behandles en bidragsdefineret ordning, der er oprettet af en offentlig enhed, ikke som en social sikringsordning, hvor der – som det er tilfældet for sagsøgerne – ikke er nogen offentlig garanti for størrelsen af pensionsrettighederne, og hvor størrelsen af pensionsudbetalingerne er usikker, fordi den afhænger af aktivernes forrentning.

- 6 Med deres direkte appeller har sagsøgerne gjort gældende, at de ikke er markedsproducenter. Deres obligatoriske ydelser, som – hvilket er uomtvistet – udgør den største del af deres produktion, sælges ikke til økonomisk signifikante priser. Således kan de obligatoriske medlemmer ikke frit vælge, om de vil købe eller ikke og træffe deres valg på grundlag af de krævede priser, sådan som det kræves i nr. 3.19, stk. 1, litra b), i bilag A til ENS-forordningen. 50%-reglen i nr. 3.19, stk. 3, i bilag A til ENS-forordningen er ikke relevant, idet den kun tjener til fastsættelse af produktionsværdien. I hvert fald hører sagsøgerne ligesom den lovpligtige pensionsforsikring under sociale kasser og fonde.
- 7 Sagsøgte har forsvaret den appellerede dom.

## II

- 8 Sagen udsættes, og der indhentes en præjudiciel afgørelse fra Den Europæiske Unions Domstol i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF. Fortolkningen af artikel 1, nr. 1), i forordning (EU) 2018/231 og de i domskonklusionen anførte bestemmelser i bilag A til ENS-forordningen er ikke så åbenbar, at der ikke resterer rimelig tvivl, og det kan lægges til grund, at heller ikke de øvrige medlemsstaters retter vil være i tvivl om afgørelsen (vedrørende dette kriterium jf. Domstolens Store Afdelings dom af 6.10.2021 – C-561/19 (ECLI:EU:C:2021:799), Consorzio – præmis 40).
- 9 De forelagte spørgsmål er relevante for afgørelsen af revisionsappellen. Den direkte appel kan antages til realitetsbehandling. [Udelades] [bemærkninger om søgsmålets formalitet og den direkte appel]
- 10 Afgørelsen af revisionsappellerne afhænger af, om sagsøgerne i henhold til artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, nr. 1), første punktum, i forordning (EU) 2018/231 er omfattet af de statistiske rapporteringskrav for pensionskasser. I henhold til forordningens artikel 2, stk. 1, består den faktiske rapporteringspopulation af de pensionskasser, som er residente i medlemsstaterne i euroområdet. Forordningens artikel 1, nr. 1), første punktum, definerer begrebet pensionskasse gennem henvisning til delsektor S.129 i ENS og kræver, at der skal være tale om finansielle selskaber og kvasiselskaber, der hovedsagelig beskæftiger sig med finansiell formidling som følge af sammenlægning i puljer af sociale risici og de forsikrede personers behov (socialforsikring). I henhold til andet punktum

udbetaler pensionskasser i deres egenskab af socialforsikringsordninger pensionsindkomst og kan yde ydelser ved død og invaliditet. I henhold til bestemmelsens tredje punktum, litra f), omfatter definitionen dog ikke delsektoren sociale kasser og fonde (social security funds) som defineret i nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen.

- 11 Sagsøgerne er juridiske personer med hjemsted i Tyskland. De beskæftiger sig hovedsagelig med socialforsikring i form af finansiel formidling som beskrevet i artikel 1, nr. 1), første og andet punktum, i forordning (EU) 2018/231, idet de yder bidragsfinansieret alders-, efterlevende- og invaliditetspension til deres medlemmer. Det skal afklares, om de skal klassificeres som finansielle selskaber i delsektor S.129 i ENS eller er undtaget fra rapporteringskravet, idet de hører under sociale kasser og fonde.
- 12 1. Sektoren finansielle selskaber (s.12 i ENS 2010) består af institutionelle enheder, som har status af selvstændige juridiske enheder, og som er markedsproducenter, og hvis hovedaktivitet er produktion af finansielle tjenester. Sagsøgerne er offentligretlige juridiske personer og opfylder dermed det første kriterium. Markedsproducenter er de i henhold til nr. 3.24 i bilag A til ENS-forordningen, hvis deres produktion hovedsagelig er markedsræssig som omhandlet i nr. 3.17 ff. i bilag A til ENS-forordningen. I den foreliggende sag er det kun produktionen af produkter, der er solgt til økonomisk signifikante priser [nr. 3.18, litra a)], der er relevant. I henhold til nr. 3.19, stk. 1, i bilag A til ENS-forordningen er priser økonomisk signifikante, hvis de har en væsentlig indflydelse på de mængder af produkter, som producenterne er villige til at levere, og på de mængder af produkter, som køberne ønsker at aftage. Der er tale om sådanne priser, når følgende to forudsætninger er opfyldt:
- a) producenten har et incitament til at tilpasse udbuddet enten med det formål at opnå fortjeneste på lang sigt eller som minimum at få dækket sine kapitalomkostninger og andre omkostninger, og
  - b) forbrugerne kan frit vælge, om de vil købe eller ikke og træffe deres valg på grundlag af de krævede priser.
- 13 Disse to betingelser skal efter den forelæggende rets opfattelse være opfyldt kumulativt. Dette følger af anvendelsen af pluralis i den tyske version og bekræftes af den franske («la réunion des deux condition») og den engelske («both») version. Den første betingelse er sandsynligvis opfyldt på grund af sagsøgernes forpligtelse til at dække deres administrationsomkostninger inklusive ydelser af egne midler (jf. præmis 2 vedrørende VersoG's artikel 9, stk. 2, første punktum). Den anden betingelse kan kun være opfyldt, hvis begreberne køb og priser også omfatter en vedtægtsretlig rettighedserhvervelse og statsopkrævede bidrag, og hvis det derudover ikke er et krav, at enhver forbruger eller i det mindste enhver, der modtager producentens ydelser, frit kan vælge at købe disse ydelser eller ikke og træffer sit valg på grundlag af den krævede pris.

- 14 Det taler til fordel for en bred fortolkning af begreberne køb og priser, at ENS ikke baserer afgrænsningen mellem den statslige og den private sektor på den institutionelle enheds offentligretlige eller privatretlige retsform eller på udformningen af medlemskabs- eller rettighedsrelationer, men derimod på, om enheden er under offentlig kontrol (jf. nr. 1.35 i bilag A til ENS-forordningen; Domstolens dom af 11.9.2019 – C-612/17 [ECLI:EU:C: 2019:705], FIG og FISE – præmis 34 ff., 73, 78 og af 28.4.2022 – C-277/21 [ECLI:EU:C:2022:318], Secrétariat général de l'enseignement catholique – præmis 25 ff.). Også ved en bred fortolkning, som inddrager offentligt fastsatte rettigheder og offentligt opkrævede bidrag, er det imidlertid problematisk, at ikke alle forbrugere kan træffe det frie valg, som kræves i litra b). Hvis man ikke hører til sagsøgernes obligatoriske medlemmer eller opfylder de snævre betingelser for et frivilligt medlemskab, er man udelukket fra at købe deres pensionsydelser. For de forbrugere, som i henhold til loven er pålagt eller har mulighed for et medlemskab, mangler den krævede valgfrihed i hvert fald for de obligatoriske medlemmers vedkommende, hvad angår de obligatoriske ydelser. Hvis de ikke opfylder betingelserne for en undtagelsesvis fritagelse fra det obligatoriske medlemskab, kan de ikke unddrage sig hverken optjeningen af rettigheder eller bidragspligten. Deres eneste frie valg består i at betale ekstra bidrag for at erhverve merydelser. Dette er baggrunden for det første spørgsmål, litra a), om, hvorvidt nr. 3.19, stk. 1, litra b), i bilag A til ENS-forordningen forudsætter, at alle forbrugere af de af producenten tilbudte produkter frit kan vælge, om de vil købe eller ikke og træffe deres valg på grundlag af de krævede priser.
- 15 Ordlyden af betingelsen i litra b) (»forbrugerne«) kan pege i retning af, at den krævede valgfrihed og det prisbestemte valg skal foreligge hos alle forbrugere for hele producentens udbud. Såfremt sondringen mellem markedsmæssige og ikkemarkedsmæssige aktiviteter med henblik på sektorinddelingen (nr. 1.37 i bilag A til ENS-forordningen) skal anvendes til den systematiske fortolkning (jf. det tredje spørgsmål), kan også den i stk. 2, nr. 1) formulerede betingelse om salg til enhver, der er parat til at betale den forlangte pris, tale for en sådan fortolkning. Det samme gælder for den yderligere betingelse, som opstilles i bestemmelsens nr. 3), at der findes velfungerende markeder, hvortil sælgere og købere har adgang. Imidlertid præciseres det i det følgende punktum, at et marked kan være velfungerende, selv om disse betingelser ikke er opfyldt i alle henseender. Den forelæggende ret kan ikke uden tvivl udlede af ENS og den hidtidige retspraksis herom, af hvilken art og intensitet adgangs begrænsninger eller købsforpligtelser skal være for at udelukke markedsmæssige aktiviteter og økonomisk signifikante priser. De to domme fra Domstolen, som er nævnt ovenfor i præmis 14, og Domstolens dom af 3. oktober 2019 – C-632/18 (ECLI:EU:C:2019:833), Fonds du Logement de la Région Bruxelles-Capitale – (præmis 36 ff.) omhandler betingelserne for at klassificere forskellige enheder i den statslige sektor, men forholder sig ikke til det ovenfor nævnte spørgsmål eller til forbrugernes frie valg om at købe eller ikke som en betingelse for den markedsmæssige produktion.
- 16 2. Såfremt det første spørgsmål, litra a), besvares benægtende, er det afgørende, om betingelsen i nr. 3.19, stk. 1, litra b), i bilag A til ENS-forordningen allerede er

opfyldt, fordi få forbrugere frivilligt har meldt sig ind hos sagsøgerne og således frit kan træffe et valg om købet af pensionsrettigheder til samme bidrag som de obligatoriske medlemmer, som er forbundet med medlemskabet, selv om sådanne forbrugere udgør et mindretal blandt medlemmerne, og størstedelen af sagsøgernes produktionsværdi udgøres af obligatoriske ydelser til obligatoriske medlemmer [det første spørgsmål, litra b)]. Efter sagsøgte opfattelse er beslutningen om frivilligt medlemskab udtryk for en fri købsbeslutning på grundlag af prisen, som begrunder, at også de beløbsmæssigt ens obligatoriske bidrag skal klassificeres som økonomisk signifikante priser. Den forelæggende ret betvivler, at denne konklusion er gyldig, da de bidrag, der betales af de frivillige medlemmer, ikke, som det vel forudsættes i nr. 3.19 i bilag A til ENS-forordningen, fremkommer af samspillet mellem udbud og efterspørgsel på markeds-mæssige vilkår. For flertallet af obligatoriske medlemmer uden fritagelsesmulighed leverer sagsøgerne deres ydelser som monopoludbydere. Eftersom et frivilligt medlemskab i henhold til VersoG's artikel 30, stk. 3, kun må tilbydes tidligere obligatoriske medlemmer, er alle andre forbrugere nægtet et frit valg om at erhverve sagsøgernes ydelser. Dermed er selv de lavest tænkelige krav til markedsadgang på forbrugersiden ikke opfyldt. Desuden udledes de obligatoriske bidrags størrelse ikke af de frivillige medlemmers bidrag. Tværtimod er det – omvendt – det offentlige fastsættelse af de obligatoriske bidrag, der bestemmer størrelsen af de bidrag, som de frivillige medlemmer skal betale for de samme ydelser.

- 17 3. I den appellerede dom blev der derfor med en betragtning, som selvstændigt bærer afgørelsen, lagt vægt på, at bidragene i hvert fald i henhold til 50%-kriteriet i nr. 3.19, stk. 3, tredje og fjerde punktum, i bilag A til ENS-forordningen, skal klassificeres som økonomisk signifikante priser. De nævnte bestemmelser er affattet således:

*For en række andre institutionelle enheders [end de i andet punktum nævnte personlige foretagender ejet af husholdninger] produktion gælder, at for at fastslå om en markeds-mæssig aktivitet udføres til økonomisk signifikante priser, anvendes et kvantitativt kriterium (50%-kriteriet) baseret på forholdet mellem omsætning og produktionsomkostninger. For at være markedsproducent skal enhedens omsætning dække mindst 50% af dens omkostninger over en sammenhængende flerårig periode.*

- 18 I den appellerede dom forstås kravet om, at enhedens omsætning skal dække mindst 50% af dens omkostninger, som en (i sig selv) tilstrækkelig betingelse for, at der foreligger økonomisk signifikante priser. Dette synes også at ligge til grund for begrundelsen i generaladvokat Hogans forslag til afgørelse af 28. februar 2019, C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:149], FIG og FISE (punkt 31). Her lægges det til grund, at kun hvis omsætningen ikke dækker 50% af omkostningerne, kvalificeres den pågældende organisation som ikkemarkedsproducent. Ifølge denne fortolkning skal sagsøgerne klassificeres som markedsproducenter, da mindst 50% af deres omkostninger dækkes af bidragsopkrævning, selv om de

ovenfor i præmis 12 ff. omhandlede betingelser, som er fastsat i nr. 3.19, stk. 1, litra a) og b), i bilag A til ENS-forordningen, eventuelt ikke er opfyldt.

- 19 Imidlertid kan 50%-kriteriet i henhold til denne bestemmelses stk. 3, tredje og fjerde punktum, også skulle forstås som en nødvendig, men ikke i sig selv tilstrækkelig betingelse for markedsproduktionen. I så fald supplerer det betingelserne i stk. 1, litra a) og b), men kan ikke opveje deres manglende opfyldelse. Det taler til fordel for denne forståelse, at 50%-kriteriet i nr. 3.19, stk. 3, i bilag A til ENS-forordningen kun anvendes til at bedømme muligheden for en markedsrettet produktion og ikke, som betingelserne i stk. 1, fastsættes som definerende kriterium for den markedsrettet produktion. Dette bekræftes af den franske og den engelske version («La capacité de réaliser une activité marchande»; »The ability to undertake a market activity«). Ifølge disse er dækningen af mindst 50% af omkostningerne (kun) afgørende for evnen til markedsrettet produktion, men ikke for, om denne foreligger. Dette gælder også for den systematisk sammenlignelige bestemmelse i nr. 20.29, stk. 3, i bilag A til ENS-forordningen, som ligeledes tjener sondringen mellem markedsrettet og ikke-markedsrettet produktion. Følger man fortolkningen af 50%-kriteriet i nr. 3.19, stk. 3, tredje punktum, i bilag A til ENS-forordningen som en nødvendig, men ikke (i sig selv) tilstrækkelig betingelse, fungerer den som udelukkelseskriterium. I så fald foreligger der nemlig, selv om begge de definerende kriterier i stk. 1 er opfyldt, ikke markedsrettet produktion til økonomisk signifikante priser, hvis omsætningen ikke dækker mindst 50% af omkostningerne over en sammenhængende flerårig periode. Det forekommer indlysende, at en sådan groft underskudsgivende produktion, som heller ikke på mellemlang sigt kan finansieres på markedsvilkår, ikke kan klassificeres som markedsrettet produktion. Omvendt kan dækning af mindst 50% af omkostningerne i sig selv ikke begrunde, at det lægges til grund, at der foreligger markedsrettet produktion, hvis betingelserne i henhold til nr. 3.19, stk. 1, litra a) eller b), i bilag A til ENS-forordningen ikke er opfyldt.
- 20 Det fremgår ikke uden tvivl af Domstolens hidtidige praksis, hvilken fortolkning af nr. 3.19, stk. 3, tredje og fjerde punktum, i bilag A til ENS-forordningen, der er den rigtige. Domstolens dom af 11. september 2019 – C-612/17, FIG og FISE – behandler de i den pågældende sag sagsøgende forbund som nonprofitorganisationer og dermed som ikke-markedsproducenter (jf. nr. 2 129 f i bilag A til ENS-forordningen) uden at gå ind på det sammenlignelige 50%-kriterium i nr. 20.29 i bilag A til ENS-forordningen, som gælder for enheder, der er underlagt offentlig kontrol, og som i dommens præmis 9 nævnes som »kriteriet markedsrettet/ikke-markedsrettet«. Muligvis var spørgsmålet om omkostningsdækningen ikke relevant i den pågældende afgørelse, fordi en klassificering af forbundene som selskaber var udelukket allerede på grund af manglende orientering mod profit eller i det mindste omkostningsdækning (jf. herom de i nr. 20.29, stk. 2, i bilag A til ENS-forordningen nævnte regler i nr. 20.19-20.28, navnlig nr. 20.21, andet punktum, og nr. 20.23). I så fald er det nærliggende også ved anvendelsen af den parallelle bestemmelse i nr. 3.19 i bilag A til ENS-forordningen – uafhængigt af omkostningsdækningen – kun at lægge til

grund, at der er tale om markedsræssig produktion, hvis begge betingelserne i henhold til bestemmelsens stk. 1, litra a) og b), er opfyldt.

- 21 4. Spørgsmålet om, hvorvidt nr. 1.37 i bilag A til ENS-forordningen må anvendes til den systematiske fortolkning for at fjerne resterende tvivl ved fortolkningen af nr. 3.19, stk. 1 og 3, i bilag A til ENS-forordningen, er genstanden for det tredje spørgsmål. Hvis det er en betingelse for klassificering som markedsproducent i henhold til nr. 3.24 i bilag A til ENS-forordningen, at foruden betingelserne i nr. 3.19 også betingelserne for markedsræssig aktivitet i henhold til nr. 1.37 skal være opfyldt, skal sagsøgerne klassificeres som ikkemarkedsproducenter. I modsætning til denne bestemmelses nr. 1) søger de ikke at opnå størst mulig fortjeneste på lang sigt og sælger heller ikke frit deres varer og tjenester til enhver, der er parat til at betale den forlangte pris. Begge dele er dem i øvrigt forbudt i henhold til den relevante nationale lovgivning. Som beskrevet i præmis 2 skal sagsøgerne anvende samtlige indtægter til at løse deres opgave, altså især til at yde pensionsydelse og til at dække de omkostninger, der er forbundet hermed. De må heller ikke levere deres pensionsydelse til enhver forbruger, der er villig til at betale bidrag, men kun til deres lovbestemte obligatoriske medlemmer og den snævert afgrænsede kreds af frivillige medlemmer.
- 22 Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt nr. 1.37 i bilag A til ENS-forordningen – som sagsøgte mener – kun gælder for offentlige enheder. Bestemmelsen har ifølge stk. 1 til formål at sondre såvel mellem markedsræssig og ikkemarkedsræssig aktivitet som (»og«) mellem privat og offentlig sektor. Det forekommer imidlertid problematisk at anvende bestemmelsens stk. 2, nr. 1), da dette stykkes betingelser går ud over betingelserne i nr. 3.19 i bilag A til ENS-forordningen, som i henhold til nr. 3.24 i bilag A til ENS-forordningen er relevante i den foreliggende sag. Hensigten med nr. 3.19 i bilag A til ENS-forordningen er muligvis at konkretisere kriterierne for sondringen mellem markeds- og ikkemarkedsproducenter, som er formuleret i nr. 1.37. Nr. 1.37 i bilag A til ENS-forordningen referer til det i tabel 1.1 viste grove skema for klassificeringen i sektorer, som for enheder under offentlig og privat kontrol sonder mellem markeds- og ikkemarkedsræssig aktivitet. De herfor fastsatte kriterier er med sælgerens mål om at opnå størst mulig fortjeneste og køberens mål om at opnå størst mulig nytteværdi strengere end de to kriterier for markedsræssig produktion, som er formuleret i nr. 3.19, stk. 1, litra a) og b), i bilag A til ENS-forordningen, nemlig en tilpasning af udbuddet med det formål som minimum at få dækket omkostningerne og forbrugerens frie købsbeslutning på grundlag af prisen. Ifølge dette skal nr. 1.37 i bilag A til ENS-forordningen muligvis kun anvendes, hvis de deri fastsatte generelle kriterier ikke modsiger de mere specielle kriterier i nr. 3.19 i bilag A til ENS-forordningen, men kun omskriver betingelser, som også er fastsat dér – f.eks. et minimum af fri markedsadgang eller en konkurrencesituation som betingelse for dannelse af en markedspris. Også på dette punkt anmoder den forelæggende ret Domstolen om en præcisering.

- 23 5. Det fjerde spørgsmål vedrører nr. 2 107, andet punktum, i bilag A til ENS-forordningen, som taler om pensionskassers ydelser, der er fastsat i forsikringsaftalen. Dette kunne tyde på, at dette ikke omfatter enheder, der – som sagsøgerne – leverer deres ydelser alene på grundlag af offentlige ordninger. På den anden side opstiller begrebsdefinitionen i nr. 2 105 i bilag A til ENS-forordningen ingen krav til retsgrundlaget for ydelserne, ligesom nr. 2 107 i bilag A til ENS-forordningen ikke indeholder nogen (yderligere) definition, men eksempler. Derfor er det muligt, at bestemmelsen med nævnelser af ydelser, der er fastsat i forsikringsaftalen, kun nævner en udformning af ydelsesrelationen, som er typisk, men ikke definerende. Nr. 2 109 i bilag A til ENS-forordningen præciserer udtrykkeligt, at pensionsordninger også kan organiseres af den offentlige forvaltning, uden at forholde sig til spørgsmålet om udformning ved aftale. Også i nr. 20.39 i bilag A til ENS-forordningen fokuseres på andre kendetegn med henblik på klassificeringen af grænsetilfælde. Dette kan dog skyldes, at der forudsættes en udformning, som er omfattet af nr. 2 107 i bilag A til ENS-forordningen. Den forelæggende ret kan ikke ud fra bestemmelseernes formål og betragtningerne til de relevante forordninger udlede en entydig afklaring af fortolkningstvivlen. Såfremt det ikke er nødvendigt med en udformning ved aftale, er det efter den forelæggende rets opfattelse tvivlsomt, om det er tilstrækkeligt med en offentligretlig udformning overvejende baseret på obligatorisk medlemskab, hvis samtlige medlemmer kan øge ydelseernes omfang gennem frivillige bidrag, selv om kun et mindretal frivilligt kan oprette ydelsesrelationen eller bringe den til ophør gennem indmeldelse eller udmeldelse.
- 24 Det første til fjerde spørgsmål om de konkrete betingelser for markedsrettet produktion og klassificeringen i delsektor S.129 bliver ikke overflødige, selv om det skulle være entydigt, at sagsøgerne er omfattet af undtagelsesreglen for sociale kasser og fonde i henhold til artikel 1, nr. 1), tredje punktum, litra f), i forordning (EU) 2018/231. Om dette er tilfældet, afhænger af det femte og sjette spørgsmål, som ligeledes ikke kan besvares uden den udbedte præjudicielle afgørelse.
- 25 6. Artikel 1, nr. 1), tredje punktum, litra f), i forordning (EU) 2018/231 henviser med henblik på definitionen af delsektoren sociale kasser og fonde til nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen. Ifølge denne bestemmelse omfatter denne delsektor institutionelle enheder på centralt, delstats- og lokalt niveau, hvis hovedaktivitet er at levere sociale ydelser, og som opfylder følgende to kriterier:
- a) visse grupper af befolkningen er ved lov eller administrative bestemmelser forpligtet til at være medlem af ordningen eller til at indbetale bidrag, og
  - b) ansvaret for institutionens forvaltning, hvad angår indbetaling og godkendelse af bidrag og ydelser, påhviler den offentlige forvaltning og service, uafhængigt af dens rolle som tilsynsførende organ eller arbejdsgiver.

- 26 Nr. 2 110, litra a), i bilag A til ENS-forordningen præciserer, at institutionelle enheder, som opfylder begge disse kriterier, ikke hører til delsektoren pensionskasser (S.129), men klassificeres i delsektoren sociale kasser og fonde.
- 27 Det er imidlertid ikke alle definerende kriterier i nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen, der blev overtaget i definitionen af socialsikringspensioner i nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen. Dette er anledningen til det femte spørgsmål. Hvis den første bestemmelse skal forstås som en definition af delsektoren sociale kasser og fonde og den anden som en mere speciel bestemmelse til differentiering inden for denne delsektor, forudsætter nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen, at alle definerende kriterier i nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen skal være opfyldt, og supplerer den med henblik på afgrænsning af socialsikringspensioner med yderligere kriterier. I så fald kan sagsøgerne muligvis ikke klassificeres som socialforsikringspensioner, hvis de ikke opfylder betingelsen i nr. 2 117 i bilag A til ENS-forordningen (jf. herom nedenfor under 7., præmis 28). Ifølge den modsatte opfattelse er definitionen i nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen selvstændig og udtømmende. Desuden forstår denne opfattelse begrebet offentlig forvaltning og service i bestemmelsen således, at det også omfatter offentligretlige juridiske personer, som er selvstændige i forhold til hovedforvaltningsenheden. I så fald skal sagsøgerne klassificeres som socialforsikringspensioner, fordi loven pålægger deres obligatoriske medlemmer at deltage i deres alderssikring, og fordi de yder deres ydelser som en delstats – fristaten Bayerns – institutionelle enheder, som har status af selvstændige juridiske enheder.
- 28 7. Det sjette spørgsmål, litra a), om, hvorvidt begrebet den offentlige forvaltning og service i nr. 2 117, litra b), og nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen også omfatter sådanne institutionelle enheder eller kun betegner den respektive hovedforvaltningsenhed, kan ikke besvares uden tvivl. Da der i nr. 2 117, litra b), i bilag A til ENS-forordningen tales om et ansvar, som går ud over rollen som tilsynsførende organ, kan i hvert fald på dette sted kun hovedforvaltningsenheden betegnes som offentlig forvaltning og service, som tilsynet med institutionelle enheder, der har status af selvstændige enheder (autonomi), påhviler. Ved en konsistent anvendelse af begreberne skal begrebet offentlig forvaltning og service i nr. 17.43 i bilag A til ENS-forordningen også forstås i denne snævre forstand. Det er imidlertid muligt, at begrebet i denne bestemmelse også kan omfatte andre offentlige enheder eller endda forvaltningsenheder, som er selvstændige i forhold til hovedforvaltningsenheden som ansvarlige for den lovpligtige pensionsforsikring, som skal give deres medlemmer mulighed for fritagelse fra den lovpligtige pensionsforsikring og sikre en selvforvaltet pension for bestemte erhvervsgrupper, som er tilpasset deres bidrags- og ydelsesniveau, uden at være kontrolleret af det offentlige. Afgrænsningsreglen i nr. 20.39 i bilag A til ENS-forordningen kan tale til fordel for dette synspunkt, idet det i forbindelse med reglen lægges til grund, at ydelserne også kan [forvaltes] af en »særskilt institutionel enhed«. På den anden side lægges det i forbindelse med nr. 20.12 i bilag A til ENS-forordningen til grund, at pensionskasser skal dække hele eller en

stor del af samfundet som helhed; dette er som regel næppe tilfældet for regionale erhvervsmæssige pensionskasser for bestemte erhverv.

- 29 Alt efter fortolkningen af begrebet offentlig forvaltning og service i den ene og den anden bestemmelse opstår i forbindelse med nr. 2 117, litra b), i bilag A til ENS-forordningen det yderligere spørgsmål [det sjette spørgsmål, litra b)], om det offentliges ansvar for bidrag og ydelser kræver, at hovedforvaltningsenheden fastsætter disse beløbsmæssigt i hvert enkelt konkret tilfælde. Begrebet ansvar tyder på et krav om en endelig regulering. Ifølge den modsatte opfattelse, som sagsøgerne har argumenteret for, er det imidlertid tilstrækkeligt, at hovedforvaltningsenheden skaber den lovgivningsmæssige ramme, der er beskrevet i det præjudicielle spørgsmål, inden for hvilken den autonome enhed kan regulere bidragets størrelse og ydelsens art og omfang.
- 30 Endelig opstår i forbindelse med afgrænsningsbestemmelsen i nr. 20.39 i bilag A til ENS-forordningen, som er udstedt med henblik på grænsetilfælde, spørgsmålet om, hvorvidt begrebet offentlig enhed kun omfatter institutionelle enheder, som opfylder samtlige betingelser i nr. 20.10 og 20.12 i bilag A til ENS-forordningen. I den foreliggende sag er kriteriet om overførsler i væsentligt omfang fra hovedbudgettet (nr. 20.10) ikke opfyldt i henhold til de af retten konstaterede faktiske omstændigheder, som er bindende (§ 137, stk. 2, i Verwaltungsgerichtsordnung (lov om forvaltningsretssager). Spørgsmålet, om sagsøgerne er kontrolleret af offentlig forvaltning og service kan derfor kun blive af betydning, hvis nr. 20.12, men ikke nr. 20.10, er relevant. Såfremt de i henhold til den respektive korrekte fortolkning af bestemmelserne i ENS hverken er markedsproducenter eller del af socialsikringsordningen, skal de formentlig klassificeres som private organisationer uden erhvervsmæssigt formål og udgør som sådanne – uanset om de er kontrolleret af offentlig forvaltning og service – ikke rapporteringsenheder.

[Udelades] [underskrifter]