

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 23 mars 2000 *

Innehåll

I — Inledning	I-6457
II — Nationell bakgrund	I-6458
1. Lagen om obligatorisk anslutning till ett tjänstepensionssystem	I-6459
2. Stadgarna och pensionsföreskrifterna för specialistläkarnas pensionsfond	I-6463
3. Specialistläkarnas pensionssystem	I-6465
III — Målet vid den nationella domstolen	I-6467
IV — Upptagande till sakprövning	I-6469
V — Omfattningen av de hänskjutna frågorna	I-6469
VI — Den andra frågan: artiklarna 5 och 85	I-6470
1. Konkurrensrätten och fria yrken	I-6471
2. Materiellt tillämpningsområde (ratione materiae) för artikel 85.1	I-6476
3. Beslut av en företagssammanslutning	I-6479
a) Är specialistläkare företag?	I-6479
b) Agerar specialistläkare som konsumenter eller som företag när de upprättar ett system för yrkespensioner?	I-6481
c) Agerade LSV i egenskap av en företagssammanslutning?	I-6482
4. Konkurrensbegränsning	I-6484
a) Den materiella aspekten: Samordning av kostnader och förmåner med kompletterande pensioner inom yrket	I-6484
b) Den institutionella aspekten: Bildandet av en juridisk person för att hantera och övervaka efterlevnaden av pensionssystemet	I-6486
c) Den politiska aspekten: Ansökan till ministeriet	I-6488
5. Förhållandet mellan artiklarna 5 och 85.1	I-6488
VII — Den första frågan: Skall fonden anses vara ett företag?	I-6490
VIII — Den tredje frågan: Artiklarna 90.1 och 86 i EG-fördraget	I-6492
1. Tillämpligheten av artiklarna 90.1 och 86	I-6493

* Originalspråk: engelska.

2. Överträdelse av artiklarna 90.1 och 86	I-6494
a) Reglerna som ger fonden en exklusiva försäkringsrätt	I-6494
b) Reglerna om undantag från obligatorisk anslutning	I-6495
IX — Förslag till avgörande	I-6496

I — Inledning

1. I dessa mål, som hänskjutits av Kantongerecht te Nijmegen (kantondomstolen), har domstolen ombetts besvara ett antal frågor huruvida det nederländska systemet med obligatorisk anslutning till ett system för yrkespensioner är förenligt med EG:s konkurrensrätt. Dessa frågor har uppkommit i mål där en rad specialitälkare väckt talan mot beslut av den nederländska pensionsfonden för specialitälkare (nedan kallad fonden) med krav på betalning av utestående bidrag till dess kompletterande pensionssystem.

2. Den gemenskapsrättsliga frågan är väsentligen huruvida de nederländska reglerna om obligatorisk anslutning till kompletterande tjänstepensionssystem strider mot artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget (nu artiklarna 10 EG och 81 EG) eller artiklarna 90.1 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 86.1 EG och 82 EG). Beträffande artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget är den inledande frågan huruvida och, om så är fallet, under vilka förhållanden upp rättandet av ett obligatoriskt försäkrings-

system kan strida mot artikel 85.1. Vad avser artiklarna 90.1 och 86 är den inledande frågan om ett organ som fonden skall anses vara ett företag i den mening som avses i fördragets konkurrensregler.

3. De frågor som hänskjutits till domstolen och dess sammanhang i fråga om förfarande och rättsregler är väsentligen identiska med de tre sista frågor som Hoge Raad ställde till domstolen i målet van Schijndel.¹ I det målet hade domstolen emellertid, mot bakgrund av svaren på övriga frågor, inte anledning att gå in på en bedömning i sak av konkurrensrättsliga aspekter.

4. I förevarande mål aktualiseras också frågor som liknar de som var föremål för domstolens bedömning i målen Albany, Brentjens' och Drijvende Bokken,² och domstolen beslutade att vilandeförklara detta mål i avvaktan på att man avgjort dessa tidigare mål. Jag kommer att ge många hänvisningar till förslaget till avgörande och de tre domarna i dessa mål. Vid

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

2 — Se mitt förslag till avgörande av den 28 januari 1999 och domar av den 21 september 1999 i mål C-76/96, Albany (REG 1999, s. I-5751), de förenade målen C-115/97—C-117/97, Brentjens' (REG 1999, s. I-6025), och mål C-219/97, Drijvende Bokken (REG 1999, s. I-6121).

bedömningen måste dock hänsyn tas till att det i dessa tidigare mål rörde sig om pensionssystem för vissa branscher som organiserats på grundval av kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter och som tillhandahöll kompletterande pensioner till anställda inom en viss bransch, medan det i förevarande mål rör sig om ett pensionssystem som upprättats av utövare av ett fritt yrke, vilket tillhandahåller pensioner till utövarna av detta yrke.

II — Nationell bakgrund

5. Det skall erinras om att det nederländska pensionssystemet består av tre delar:

- Den första delen består av en lagstadgad grundpension, som beviljas av staten enligt Algemene Ouderdomswet (lag om inrättande av allmän ålderspension) och Algemene Nabestaandenwet (lag om allmän efterlevandeförsäkring). Denna första del av pensionssystemet är avsedd att ge hela befolkningen rätt till en viss begränsad pension oberoende av den lön som faktiskt har erhållits tidigare, vilken beräknas på grundval av den lagstadgade minimilönen. Pensionen reduceras för varje år en person inte varit försäkrad. Anslutning är obligatorisk.
 - Den andra delen omfattar kompletterande pensioner, vilka utbetalas till följd av yrkesverksamhet såsom arbetstagare eller egenföretagare och som i de flesta fall kompletterar grundpensionen. Dessa pensioner tillhandahålls vanligen genom kollektiva system som är tillämpliga inom en hel bransch, inom ett yrke eller på arbetstagare inom ett företag.
 - Slutligen kan de två första delarna av pensionen kompletteras genom individuella pensions- eller livförsäkringsavtal, som kan slutas på frivillig basis.
6. Detta mål rör den andra delen av pensionssystemet, en pensionsfond som tillhandahåller kompletterande pensioner till de verksamma i en viss bransch, nämligen specialistläkare. Fonden är på många sätt likartad med Stichting Pensioensfonds voor Fysiotherapeuten (fysioterapeuternas pensionsfond), vilken var föremål för domstolens bedömning i målet van Schijndel.
7. Fonder av detta slag regleras för det första i Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenenregeling (lagen om obligatorisk anslutning till ett tjänstepensionssystem, nedan kallad BprW) av

den 29 juni 1972.³ Den lagen baseras i viss utsträckning på Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (lagen om obligatorisk anslutning till en branshpensionsfond, nedan kallad BPW) av den 17 mars 1949, vilken var föremål för domstolens prövning i de ovan nämnda målen Albany, Brentjens' och Drijvende Bokken. Övriga tillämpliga regler utgörs av fondernas stadgar och föreskrifter.

parter ges möjlighet att tillkännage sina synpunkter.⁴ Innan beslutet fattas får ministern höra sociala och ekonomiska rådet (*Sociaal-Economische Raad*) eller försäkringskammaren (*Verzekeringkamer*).

10. Enligt artikel 2.2 BprW kan ett tjänstepensionssystem vara uppbyggt på ett av följande tre sätt:

1. Lagen om obligatorisk anslutning till ett tjänstepensionssystem

8. Enligt artikel 1.1 b BprW är en *beroeps-genoot* (yrkesverksam) en fysisk person som inom ett visst bestämt yrkesområde utövar det yrke som omfattas av detta yrkesområde.

9. Enligt artikel 2.1 BprW är social- och arbetsmarknadsministeriet behörigt att på ansökan av en eller flera branschorganisationer som bedöms vara tillräckligt representativa för den berörda branschen besluta att anslutning till ett tjänstepensionssystem (*beroepspensioenregeling*) som har upprättats av yrkesutövarna skall vara obligatoriskt för samtliga yrkesutövare eller vissa kategorier av yrkesutövare inom den branschen. Den ansökan som av en viss branschorganisation har getts in till ministeriet måste först ha publicerats och berörda

- a) Upprättande av en tjänstepensionsfond som fungerar som enda verkställande organ för systemet.
- b) En skyldighet för yrkesutövarna i fråga att genomföra tjänstepensionssystemet med hjälp av individuella försäkringsavtal som den deltagande efter fritt val kan ingå med den tjänstepensionsfond som nämns i punkt a), om tjänstepensionssystemet ger den möjligheten, eller med en försäkringsgivare som har det tillstånd som krävs.
- c) Ett pensionssystem där en del motsvarar den form som beskrivits i punkt a) och den andra delen motsvarar beskrivningen i punkt b).

11. Det framgår av handlingarna i målet att såväl specialisläkare som allmänpraktiserande läkare har valt alternativ c) avseende deras relativt omfattande tjänstepensionssystem. De 10 övriga tjänstepensionssystemen är organiserade enligt a).

antas i förhållande till dem genom den juridiska personens stadgar och föreskrifter.⁵ Den skyldigheten är sanktionerad.⁶ Tjänstepensionsfonderna kan utfärda tvingande förelägganden i syfte att kräva in obetalda avgifter.⁷

12. I artikel 2.3 BprW föreskrivs att en branschorganisation, för att den skall kunna begära att anslutningen till ett tjänstepensionssystem som den infört skall vara obligatorisk, måste tillskapa en juridisk person som skall agera

14. Det behöriga ministeriet har möjlighet att upphäva den obligatoriska anslutningen. Den upphör automatiskt om det sker ändringar i fondens finansiella bas eller av dess stadgar och föreskrifter, om inte ministeriet har förklarat sig inte ha några invändningar mot dessa ändringar.⁸

a) antingen i egenskap av pensionsfond som verkställer pensionssystemet eller

b) i egenskap av övervakningsorgan som skall tillse att yrkesutövarna i fråga iakttar sin skyldighet att försäkra sig själva i enlighet med artikel 2.2 b BprW eller

c) delvis i egenskap av pensionsfond och delvis i egenskap av övervakningsorgan.

15. En rad krav måste vara uppfyllda för att ansökan om obligatorisk anslutning skall bifallas. Yrkesutövarna måste till exempel ha underrättats om branschorganisationens avsikt att begära ett beslut om obligatorisk anslutning, systemet måste ha en finansiell bas vars soliditet har bekräftats av en motiverad handling som upprättats av notarius publicus, och pensionsfondens stadgar och föreskrifter måste uppfylla de krav som ställs i BprW och på ett tillfredsställande sätt garantera de anslutnas och andra berörda personers intressen.⁹

13. Den obligatoriska anslutningen innebär en skyldighet för alla som omfattas av systemet att iaktta de bestämmelser som

5 — Artikel 2.4 BprW.

6 — Artikel 2.7 BprW.

7 — Artikel 3.1 BprW.

8 — Artikel 2.6 och 2.7 BprW.

9 — Artikel 5 BprW.

16. I artikel 8.1 BprW specificeras flera frågor som måste behandlas i stadgarna och föreskrifterna för den juridiska personen, såsom till exempel definitionen av det yrke som pensionssystemet skall omfatta, om förvaltningen av den juridiska personen, de anslutnas rättigheter och skyldigheter, och det förhållningssätt som skall intas beträffande de personer som av moraliska skäl har invändningar mot varje form av försäkring.

17. Enligt artikel 8.2 BprW skall ett visst antal tilläggs punkter finnas i stadgarna och föreskrifterna för den juridiska person som i egenskap av pensionsfond förvaltar pensionssystemet. Dessa punkter rör särskilt inkomsternas sammansättning och placeringen av fondmedlen.

18. Artikel 8.3 BprW bemyndigar det behöriga ministeriet att utfärda direktiv beträffande de punkter som avhandlats i de två första paragraferna. Således har ministeriet antagit direktiv beträffande det förhållningssätt som skall intas beträffande de personer som av moraliska skäl har invändningar mot försäkringen. Dessa personer kan undantas från skyldigheten att ansluta sig till ett tjänstepensionssystem, om de förmår visa att de inte omfattas av någon typ av försäkring.

förvalta de medel som samlats in. Enligt artikel 9 skall pensionsfonden i princip överföra eller återförsäkra de risker som är förenade med pensionsåtagandena genom att ingå avtal med försäkringsbolag. Emellertid kan en fond i enlighet med artikel 10 BprW undantagsvis själv, på egen risk, förvalta och placera det kapital som samlats in, om den för tillsynsmyndigheterna har redovisat en förvaltningsplan och en handling upprättad av notarius publicus som beskriver det sätt på vilket fonden avser att hantera den finansiella risken och försäkringsrisken. Dessutom skall planen godkännas av försäkringskammaren.

20. Balansräkningen för en fond som själv ombesörjer medelsförvaltningen måste kunna visa att tillgångarna är tillräckliga för att täcka de pensionsåtaganden som gjorts.¹⁰ Tjänstepensionsfonden måste till försäkringskammaren regelbundet lägga fram redovisningar som på ett fullständigt sätt återspeglar den finansiella ställningen och som visar att fonden iakttar sina lagstadgade skyldigheter.¹¹ Det är på grundval av dessa rapporter som försäkringskammaren skall utöva sin tillsyn över fonden.

21. I artikel 26 BprW anges att social- och arbetsmarknadsministeriet i individuella fall kan medge undantag från vissa av bestämmelserna i BprW. Ministeriet kan särskilt medge undantag från den obligatoriska anslutningen för en bestämd eller en

19. I artiklarna 9 och 10 BprW anges det sätt på vilket en tjänstepensionsfond skall

10 — Artikel 12 BprW.

11 — Artiklarna 9.2 och 9.3 samt 10.2—4 BprW.

obestämmd tidsperiod, ovillkorligt eller genom att förena undantaget med villkor.

22. Enligt den nederländska regeringen kan ministeriet endast medge undantaget från obligatorisk anslutning i särskilda fall, då en systematisk tillämpning av BprW skulle leda till opropor­tionerligt stor skada i förhållande till individuella intressen, utan att det för fonden i fråga finns bestämmelser för att undvika sådana konsekvenser. Syftet med ministeriets möjlighet att medge undantag är inte att erbjuda en möjlighet till överprövning av fondens beslut att inte medge undantag från den obligatoriska anslutningen.

23. Undantag enligt artikel 26 BprW ges inte på grund av skäl som endast hänför sig till moral eller allmänintresset. Innan ministeriet beslutar inhämtas vanligen försäkringskammarens uppfattning. I praktiken har ansökningar för undantag enligt artikel 26 varit sällsynta, och ingen har ännu medgivits. Ministeriets beslut kan överklagas enligt allmänna nederländska förvaltningsrättsliga bestämmelser.

24. Enligt förarbetena till BprW¹² har lagen till syfte att göra det möjligt ”att anpassa inkomsten efter avslutad verksamhet till den stigande, allmänna inkomstni-

vån” samt att ”låta yngre yrkesutövare vara med och bidra till de högre kostnaderna för försörjningen av äldre yrkesutövare genom ett system av tekniska genomsnittspremier eller varianter av dessa” och att ”tillgodose pensionsrättigheter som uppkommit före det att systemet trätt i kraft”. Dessa målsättningar kunde endast förverkligas genom ett gemensamt system ”som i princip är tillämpligt på alla yrkesutövare inom branschen i fråga”.

25. När BprW var föremål för diskussioner i parlamentet¹³ angav den nederländska regeringen att:

”Syftet med förvaltningen av branschvisa pensionsfonder är att uppnå det bästa möjliga pensionssystemet, i socialt hänseende, för samtliga deltagande (unga och gamla). Vi kan inte föreställa oss att det förhåller sig annorledes när det gäller tjänstepensionsfonderna. På samma sätt som en branschvis pensionsfond kommer inte en tjänstepensionsfond att vara uppbyggd som ett vinstdrivande företag utan snarare som ett företag med socialt syfte som fungerar så bra som möjligt för de som är anslutna därtill i deras inbördes sociala relation. Kommersiella aspekter kan svårli- gen komma i första rummet i detta avseende.

12 — Kamerstukken II 1968/1969, 10 216, nr 3, s. 9.

13 — Svarememorandum, Bijlagen Hand. TK 1969/70, 10216, nr 5, s. 2.

I detta avseende kan inte storleken på yrkesutövarnas avgifter bestämmas med utgångspunkt i huruvida de 'möjligen kan hitta en bättre och billigare lösning på marknaden' utan avgifterna skall snarare bestämmas med hänsyn till solidaritet inom den bransch som är i fråga."

26. Den nederländska regeringen anförde vidare:¹⁴

"I ett förslag till ramlagstiftning som det är fråga om här bör det vara möjligt att tillgodose de intressen som yrkesutövarna har som grupp betraktad. Detta innebär en skyldighet för i princip samtliga yrkesutövare inom branschen i fråga att ansluta sig till pensionsfonden. Om detta krav i enskilda fall leder till slutsatsen att skyldigheten inte motsvarar de individuella intressena för en eller flera yrkesutövare inom branschen, måste detta i princip accepteras. Varje gruppregel medför nämligen en inskränkning av en individuell frihet."

2. Stadgarna och pensionsföreskrifterna för specialistläkarnas pensionsfond

27. Den bransch som utgörs av specialistläkarna, företrädd av Landelijke Specialis-

ten Vereniging der Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (nationell sammanslutning av de specialister som ingår i den kungliga nederländska föreningen för främjande av medicin, nedan kallad LSV), införde år 1973 ett tjänstepensionssystem (*beroeps-pensioenregeling*) som regleras genom stadgar (*statuten*) och genom pensionsföreskrifter (*pensioenreglement*).

28. I enlighet med stadgan inrättades Stichting Pensioenfonds Medische Specialist (specialistläkarnas pensionsfond, nedan kallad fonden) som en juridisk person i den mening som avses i artikel 2.3 c BprW i form av en stiftelse (*Stichting*), som delvis agerar i egenskap av fristående försäkringsgivare och delvis i egenskap av övervakningsorgan med uppgift att tillse att yrkesutövarna själva försäkras sig individuellt.

29. Genom en ministeriell förordning av den 18 juni 1973¹⁵, antagen med stöd av artikel 2.1 BprW, gjordes anslutningen till systemet obligatorisk på begäran av LSV. Från och med den 31 januari 1997 ersattes LSV av Order van Medische Specialist (specialistläkarsamfundet, nedan kallat OMS) som den organisation som företräder yrkesutövarna inom branschen. Omkring 8 000 av de 15 000 anställda eller egenföretagande specialistläkarna i Nederländerna är medlemmar i OMS.

¹⁴ — Kamerstukken RII 1969/70, 10 216, No. 5, s. 3.

¹⁵ — *Nederlandse Staatscourant* 1973, s. 121.

30. I artikel 1.1 i fondens pensionsföreskrifter föreskrivs anslutning till systemet för varje specialitläkare som är upptagen i registret över erkända specialitläkare i enlighet med de interna föreskrifterna för Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (Kungliga nederländska sällskapet för läkekonstens befrämjande), bor i Nederländerna och där är verksam som specialitläkare samt ännu inte uppnått 65 års ålder.

31. Enligt artikel 1.2 i pensionsföreskrifterna har väsentligen två grupper rätt att ansöka om befrielse från anslutning. Dessa är, för det första, specialitläkare som under ett visst år endast utövar sitt yrke i ett anställningsförhållande i vilket de omfattas av ett annat pensionssystem såsom, till exempel, ett system som regleras i BprW eller ett system som antagits av arbetsgivaren före den 6 maj 1972 och som är åtminstone likvärdigt med det ovannämnda tjänstepensionssystemet, och, för det andra, specialitläkare som utövar sitt yrke utom ramen för ett anställningsförhållande och som uppstår inkomster som är lägre än ett relativt lågt satt belopp.

32. I sina svar på domstolens skriftliga frågor har den nederländska regeringen och fonden angett att den sistnämnda är bunden av de villkor som anges i den bestämmelsen. Befrielse av andra skäl förefaller därför i princip utesluten.

33. När det gäller förhållandet mellan den behörighet som ministeriet har enligt artikel 26 BprW respektive fondens behörighet i enlighet med artikel 1.2 i pensionsföreskrifterna, som ger dem rätt att bevilja dispenser från anslutningstvånget för specialitläkare, har den nederländska regeringen preciserat att huvudansvaret för inrättandet och administrationen av pensionssystemet vilar på yrkesutövarna själva. De offentliga myndigheternas roll inskränker sig till att fastställa ett rättsligt ramverk och att säkerställa systemets funktion. Ministeriets behörighet att ge dispens är följaktligen subsidiär i förhållande till fondens behörighet eller skyldighet i detta avseende. Ministeriet får endast gripa in när fonden inte är behörig att bevilja en sådan dispens enligt tillämpliga regler (stadgar, pensionsföreskrifter, riktlinjer från ministeriet).

34. I artikel 44 i pensionsföreskrifterna föreskrivs att fondledningen har rätt att i vissa särskilda fall medge undantag från pensionsföreskrifterna till förmån för vissa medlemmar, under förutsättning att ett sådant undantag inte medför att andras rättigheter åsidosätts. Enligt fonden utgör denna bestämmelse en undantagsklausul som avser sådana situationer där en tillämpning av föreskrifterna vore särskilt oskälig (*hardheidsclausule*). Detta skulle kunna vara fallet när en medlem endast intjänar minimala pensionsrättigheter under en mycket kort period.

35. Den nederländska regeringen har angett att, trots att fonden har upprättats i

form av en civilrättslig stiftelse, dess beslut i fråga om obligatorisk anslutning och dispenser kan bli föremål för prövning enligt allmän förvaltningsrätt (*Algemene wet bestuursrecht*).

avlidne medlemmen fram till dess de fyller 18 år, med möjlighet till förlängning till dess de fyller 27 år,

d) en uppräkningsmekanism som knyter pensionerna till den allmänna ökningen av inkomstnivån,

3. Specialistläkarnas pensionssystem

36. Specialistläkarnas pensionssystem, som beskrivs i detalj i fondens pensionsföreskrifter, innehåller följande element:

e) retroaktiva pensionsrättigheter som hänför sig till perioder som föregår fondens inrättande,

a) En ålderspension som betalas ut från och med den dag då den anslutne fyller 65 år,

f) vid arbetsoförmåga på grund av invaliditet tas avgiftsinbetalningen om hand så att pensionen fortsätter att tjänas in,

b) en efterlevandepension, för änka eller änkemän, som i princip uppgår till 70 procent av den ålderspension som intjänats under äktenskapet och som betalas ut till den avlidne medlemmens maka eller make,

g) kompletterande förmåner (*Risicoregeling*) för efterlevande makar och barn till medlemmar som avlidit under den tid de varit anslutna och innan de fyllt 65 år. Ju yngre medlemmen är när han avlider, desto högre är beloppet för dessa kompletterande förmåner.

c) barnpension som uppgår till 14 procent (28 procent för barn vars båda föräldrar avlidit) av ålderspensionsbeloppet och som betalas ut till barnen till den

37. De olika delarna av pensionssystemet omfattas av två olika försäkringssystem.

38. Den första delen går under namnet *normpensionen* (nedan kallad referenspension) och inbegriper ålderspension, efterlevandepension och barnpension (elementen a—c) *till nominellt belopp*, det vill säga utan anpassning av pensionsförmånerna till den allmänna inkomstökningen enligt moment d.

39. Det kan vara värdefullt att ge ett exempel på fastställandet av referenspensionen (såsom reglerna var utformade 1998). Enligt reglerna i systemet skall en ogift ansluten medlem varje år bygga upp en nominell pensionsrätt om 1 194,96 NLG. Om den anslutne är gift måste han dessutom bygga upp en kompletterande pensionsrätt om 836,47 NLG. En 35-årig specialistläkare som anslutits 1998 kommer således att år 2028, efter 30 års medlemskap ha byggt upp en nominell årlig pensionsrätt — referenspensionen — om 35 848,80 NLG.

40. När det gäller referenspensionen har specialistläkarna valt den form som föreskrivs i artikel 2.2 b BprW, det vill säga att yrkesutövarna är tvungna att försäkra sin referenspension genom att ingå ett individuellt försäkringsavtal med fonden eller med ett försäkringsbolag med vederbörligt tillstånd. Vart femte år kan de anslutna se över sitt val. Fonden övervakar att medlemmarna uppfyller sin försäkringsskyldighet.

41. Ett försäkringsbolag som försäkrar referenspensionen är skyldigt att ingå ett avtal med fonden. Ur flera synvinklar fungerar fonden som mellanled mellan specialistläkarna och försäkringsgivaren. Således uppbär fonden avgifter för referenspensionen och överför dem sedan till försäkringsgivaren.

42. Fonden och försäkringsbolaget fastställer försäkringsmatematiskt respektive premie för referenspensionen. Premiernas storlek varierar med hänsyn till ålder, kön och den anslutnes inkomst, fondens eller försäkringsgivarens administrativa kostnader samt avkastningen på de placeringar som gjorts av fonden eller försäkringsgivaren.

43. Den andra delen av pensionssystemet utgörs av vad som ovan uppräknas under punkterna d—g. Ur finansiell synpunkt är indexeringsmekanismen enligt punkt d, som med hjälp av en anpassningskoefficient som fastställs på årlig basis anpassar pensionerna och pensionsrättigheterna till inkomstökningen, viktigast. Till exempel var en pensionsrättighet som förvärvats 1973 värd 2 074,60 NLG år 1998. I det ovan nämnda exemplet kommer pensionsrätten om 35 848,80 NLG år 2028 troligen att i verkligheten ge betydligt högre pensionsutbetalningar.

44. Beträffande systemets andra del har specialistläkarna valt den form som anges i artikel 2.2 a BprW. Fonden administrerar

dessas, och de kan inte anförtros ett privat försäkringsbolag.

efterlevande. Pensionssystemen för allmänpraktiserande läkare och specialitläkare är med god marginal de mest omfattande systemen såvitt avser det investerade kapitalet.

45. Element d—f finansieras genom försäkringsmatematiskt beräknade avgifter. Reserver för retroaktiva pensionsrättigheter (element e) finns redan. Avgiften för denna del är således för närvarande noll. Element g finansieras genom en årlig genomsnittsavgift.

49. Den 31 december 1997 hade fonden 5 951 anslutna, 1 063 tidigare anslutna och 4 220 personer som erhöll pensionsutbetalningar. Denna sistnämnda grupp bestod av 1 238 änkor eller änkemän, 185 föräldralösa barn och 2 797 personer som erhöll ålderspension. Vid slutet av år 1997 uppgick fondens investerade kapital till 6 600 miljoner NLG.

46. Det sker inom ramen för systemet inte någon riskbedömning genom frågeformulär eller läkarundersökningar.

47. Fonden är en organisation som inte drivs i vinstsyfte. Överskottet kommer pensionsförmånstagarna och de anslutna till del genom att deras pensionsrättigheter ökar.

III — Målet vid den nationella domstolen

48. Enligt fonden har andra tjänstepensionsfonder upprättats av farmaceuter, allmänläkare, veterinärkirurger, fysioterapeuter, tandläkare, barnmorskor, advokater, oberoende försäkringstekniker, aktiemäklare, revisorer och hamnarbetare i Rotterdams hamn. De fyra sistnämnda systemen har mycket få medlemmar. Systemet för advokater är av mycket begränsad omfattning och omfattar bara ersättning till

50. Sökandena i målet vid den nationella domstolen, Pavel Pavlov (C-180/98), Dirk Boetie van der Schaaf (C-181/98), Markus Anthony Pieter Kooyman (C-182/98), Evert Wilhelm Geert Weber (C-183/98) och Rob Slappendel (C-184/98) är specialitläkare som bedriver sin yrkesverksamhet vid sjukhuset i Nijmegen.

51. De har inte bestritt att de hade en skyldighet att ansluta sig till fonden fram till slutet av år 1995.

52. Sedan den 1 januari 1996 anser sökandena att de bör undantas från skyldigheten att ansluta sig till fonden med stöd av artikel 1.2 i fondens pensionsföreskrifter.¹⁶ De har gjort gällande att de alltsedan denna dag utövar sitt yrke inom ramen för anställningsförhållanden och att de därför obligatoriskt omfattas av Bedrijfspensioen-fonds voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen (branschvis pensionsfond för hälsoområdet samt områdena för mentalt och socialt välbefinnande). I konsekvens härmed har sökandena upphört att betala in sina avgifter till fonden.

53. Fonden har bestritt att Pavel Pavlov m.fl. utövar sitt yrke inom ramen för anställningsavtal och har till dem riktat betalningsförelägganden beträffande utestående premier.

54. Pavel Pavlov m.fl. överklagade dessa förelägganden till Kantongerecht te Nijmegen.

55. Genom interimistiska domar av den 13 februari 1998 beslutade den domstolen att Pavel Pavlov m.fl., mot bakgrund av karaktären av deras avtalsförhållanden

med sjukhuset, inte kunde göra gällande dispens enligt artikel 1.2 i fondens pensionsföreskrifter.

56. Pavel Pavlov m.fl. har under förfarandets gång även gjort gällande att den obligatoriska anslutningen strider mot olika bestämmelser i EG-fördraget.

57. Mot bakgrund av dessa omständigheter beslutade Kantongerecht te Nijmegen genom mellandom av den 8 maj 1998 att ställa följande tre frågor till domstolen. Kantongerecht uttalade i beslutet om hänskjutande att frågorna utformats utifrån de frågor som ställts av Nederländernas Hoge Raad i målet van Schijndel:

”1) Skall, mot bakgrund av syftet med Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling [BprW]..., en tjänstepensionsfond till vilken anslutningen enligt [BprW] är obligatorisk för samtliga personer inom en yrkeskategori eller en eller flera bestämda grupper inom yrkeskategorin, med de rättsliga följder... som enligt denna lag är knutna till detta, anses som ett företag i den mening som avses i artiklarna 85, 86 eller 90 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen?

¹⁶ — Se punkterna 31—33 ovan.

2) Om frågan besvaras jakande: Innebär den omständigheten att anslutningen till specialistläkarnas tjänstepensionsfond är obligatorisk... att det är fråga om en åtgärd av en medlemsstat som omintetgör de på företag tillämpliga konkurrensreglernas ändamålsenliga verkan eller förhåller det sig så endast under vissa omständigheter och, om så är fallet, vilka?

3) Om den senare frågan besvaras nekande, kan andra omständigheter leda till att den obligatoriska anslutningen är oförenlig med bestämmelserna i artikel 90 och, om så är fallet, vilka?"

sak) visar emellertid att den information som lämnats i beslutet om hänskjutande varit tillräcklig för att berörda parter skall kunna ta ställning till de frågor som hänskjutits till domstolen. Dessutom har ytterligare information lämnats i de handlingar som den nationella domstolen ingett, i de skriftliga yttrandena och i svaren på domstolens frågor. Samtliga dessa omständigheter återgavs i förhandlingsrapporten. Intresserade regeringar hade således möjligheten att utveckla sina yttranden vid förhandlingen.

60. Det följer av dessa omständigheter och av punkterna 38—44 i domen i målet Albany att tolkningsfrågorna kan prövas i sak.

IV — Upptagande till sakprövning

58. Enligt den grekiska regeringen kan inte de frågor som ställts prövas i sak. Den menar att den nationella domstolen inte tillräckligt har klargjort den faktiska och rättsliga bakgrunden i beslutet om hänskjutande, och att detta gjort det omöjligt för intresserade regeringar att inkomma med skriftliga yttranden angående de frågor som aktualiseras i begäran om förhandsavgörande.

59. De yttranden som inkommit från de franska och nederländska regeringarna, från kommissionen och även från den grekiska regeringen (för det fall domstolen beslutar att ta upp frågorna till prövning i

V — Omfattningen av de hänskjutna frågorna

61. I enlighet med domstolens bedömning av de till synes identiska frågorna i förenade målen Albany, Brentjens' och Drijvende Bokken är det tre frågor som måste besvaras.

62. Den första frågan gäller om det strider mot artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget att offentliga myndigheter efter ansökan av en organisation för utövarna av ett visst yrke gör det obligatoriskt för utövarna att

ansluta sig till en viss tjänstepensionsfond (fråga 2).

63. Den andra frågan gäller om en tjänstepensionsfond som den som är aktuell i förevarande mål är ett företag i den mening som avses i artikel 85 och följande artiklar i EG-fördraget (fråga 1).

64. Den tredje frågan gäller huruvida det strider mot artiklarna 86 och 90 i EG-fördraget att en medlemsstat upprättar ett system för obligatorisk anslutning till system för tjänstepension, såsom det som inrättats av Nederländerna, och där den inom ramen för ett sådant system gör det obligatoriskt att ansluta sig till ett visst tjänstepensionssystem (fråga 3).

65. På samma sätt som i målet Albany kan den tredje frågan också förstås så att den ifrågasätter om det nederländska systemet strider mot artikel 90 jämförd med artiklarna 52 och följande artiklar samt artiklarna 59 och följande artiklar i EG-fördraget (nu artiklarna 43 och följande artiklar EG respektive artiklarna 49 och följande artiklar EG i ändrad lydelse).

66. Inget tyder emellertid på att parterna vid den nationella domstolen diskuterat tillämpligheten av reglerna om fri etableringsrätt och fri rörlighet för tillhandahållandet av tjänster eller att det i målet

aktualiseras någon fråga om gränsöverskridande verksamhet. Frågan är dessutom konstruerad utifrån den sista frågan i målet van Schijndel.¹⁷ I det målet avstod Hoge Raad uttryckligen från att hänskjuta en fråga om de grundläggande friheterna i fördraget. Frågorna måste således tolkas så att de endast berör artiklarna 86 och 90 i EG-fördraget.

VI — Den andra frågan: artiklarna 5 och 85

67. Det framgår att LSV, som då var den branschorganisation som företrädde specialistläkare i Nederländerna, år 1973 upprättade det tjänstepensionssystem (*beroeps-pensioenregeling*) som beskrivits ovan. Enligt fonden var alla medlemmar i LSV vid den tiden självständiga yrkesutövare. LSV begärde senare att den behöriga ministern skulle göra anslutning till systemet obligatorisk. Ministern biföll denna begäran och utfärdade ett beslut som gjorde anslutning till systemet obligatorisk för alla specialistläkare i Nederländerna.

68. Den nationella domstolen har gett uttryck för tvivel beträffande huruvida det utfärdade beslutet är förenligt med artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget. Dess reso-

¹⁷ — Dom i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, ovan fotnot 1.

nemang kan uttryckas på följande sätt.¹⁸ Specialistläkarna är företag i den mening som avses i konkurrensreglerna. LSV:s upprättande av tjänstepensionssystemet skall anses vara ett beslut av en företagssammanslutning i den mening som avses i artikel 85.1. Detta beslut begränsar konkurrensen mellan speciallistläkare och konkurrensen på marknaden för pensionsförsäkringar, och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Det strider således mot artikel 85.1. Genom att göra anslutning till tjänstepensionssystemet obligatorisk har Nederländerna uppmuntrat ett beslut som strider mot artikel 85.1 och/eller förstärkt dess verkningar. Enligt domstolens rättspraxis strider därför beslutet att göra anslutning obligatorisk mot artiklarna 5 och 85.

69. Fonden, den nederländska regeringen och kommissionen har alla anfört att beslutet inte strider mot artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget. De har fört fram en rad olika argument. De har gjort gällande att sådana omständigheter ligger utanför det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 85.1, att det inte är fråga om ett avtal mellan företag eller ett beslut av en företagssammanslutning, att konkurrensen inte har påverkats på ett märkbart sätt, att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas, att artikel 5 inte kan tillämpas, eftersom artikel 90.1 utgör *lex specialis* i förhållande till den förra, och att det nederländska systemet i vart fall motiveras av allmänintresset.

18 — Se också de argument som fördes fram av Albany, Brentjens' och Drijvende Bokken, sammanfattade i mitt förslag till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 73—76.

70. Sökandena i målet vid den nationella domstolen har inte inkommit med något yttrande till domstolen. De franska och grekiska regeringarna har inte berört frågan i sina yttranden.

71. I förevarande mål aktualiseras bland annat frågan om förhållandet mellan konkurrensreglerna och fria yrken. Då detta är det första mål som berör ett typiskt fritt yrke, nämligen läkare,¹⁹ och då frågan kan förväntas aktualiseras ytterligare i framtiden,²⁰ kan det vara värdefullt med vissa inledande anmärkningar före bedömningen utifrån artiklarna 5 och 85.1.

1. Konkurrensrätten och fria yrken

72. Med fria yrken avser jag i detta sammanhang läkare, advokater, arkitekter och liknande yrken.²¹

19 — Domstolen har redan haft att bedöma avgifter som fastställs av en italiensk tullagent, dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851).

20 — För närvarande är ett stort antal mål anhängiga vid domstolen och förstainstansrätten. Dessa rör fastställelse av avgifter som tas ut av advokater (mål C-35/99, Arduino) och av arkitekter (mål C-221/99, Conte/Rossi), förbud mot gemensamma bolag för advokater och revisorer (mål C-309/99, Wouters m.fl.) samt yrkesregler som utfärdats av Institutet för yrkesrepresentanter vid European Patent Office (Mål T-144/99, EPI mot kommissionen).

21 — Beträffande svårigheterna med att finna en exakt definition, se punkt 83 nedan.

73. I ett konkurrensrättsligt perspektiv har marknaden för tjänster inom de fria yrkena följande särdrag.²²

74. För det första har de fria yrkesutövarna ofta ett rättsligt monopol beträffande utövandet av sina tjänster (till exempel läkare såvitt avser sjukvårdstjänster, advokater avseende rätten att företräda annan inför domstol och apotekare avseende rätten att sälja medicin).

75. För det andra deltar yrkesutövarna i kontrollen av tillträdet till många av de fria yrkena. Även där det slutliga avgörandet i frågor om tillträde till ett yrke ankommer på staten, fastställer yrkesutövarna till exempel omfattningen av praktikperioder, de kontrollerar utbildningars innehåll eller organiserar examination och uppträder som examinatore. Ibland har yrkesutövarna till och med rätt att besluta hur många nya utövare som årligen kan få tillträde till yrket.

76. För det tredje är rätten att marknadsföra sig ofta begränsad. Reglerna upprättas vanligen av yrkesutövarna och övervakas av disciplinära organ eller domstol. Dessa regleringar går från totala förbud mot marknadsföring till mindre omfattande begränsningar beträffande marknadsföring

av priset eller kvaliteten på erbjudna tjänster.

77. För det fjärde är det i vissa yrken vanligt att fastställa obligatoriska avgifter och priser för tjänsterna. De möjliga regleringarna i detta avseende omfattar såväl minimitariffer som fastställs av yrkesutövarna som föreskrifter om maximiavgifter fastställda av staten efter hörande av yrkesutövarna.

78. Slutligen är möjligheten att välja verksamhetsform för utövandet av yrket många gånger begränsad. Medlemmarna kan till exempel vara förhindrade att upprätta bolag med begränsat ansvar eller från att bedriva verksamheten i bolag tillsammans med utövare av andra yrken (till exempel advokater och revisorer).

79. Motståndarna till sådana regler har gjort gällande att de begränsar konkurrensen, och att det inte finns någon anledning att tillåta dem för de fria yrkena när de är förbjudna på andra marknader för varor och tjänster.

80. Förespråkarna har menat att marknaderna för tjänster inom de fria yrkena inte kan jämföras med "normala" marknader, att konkurrensen inom vart och ett av dessa

22 — Jämför OECD: "Competition Policy and the Professions", Paris 1985.

yrken i själva verket är hård, att begränsningarna är nödvändiga för att säkerställa kvaliteten, och att det är ett alltför förenklat antagande att yrkesutövarna endast skulle vara drivna av vinstsyfte.

81. Dessa motsatta uppfattningar har i många nationella konkurrensrättsliga system lett till ett stort antal processer och en intensiv akademisk och politisk debatt.²³ Detta är också på väg att inträffa inom gemenskapsrätten.²⁴

82. Förevarande mål är atypiska i detta avseende, eftersom de rör ett beslut av en organisation för yrkesverksamma angående kompletterande pensioner och inte någon av de ovan nämnda fem typerna av regler. Domstolens avgörande i förevarande mål kommer emellertid att bidra till att ange ramarna för framtida bedömningar av yrkesregleringar. Det är därför nödvändigt

att vara medveten om tre återkommande problem.

83. För det första är det felaktigt att se de fria yrkena som en homogen kategori av ekonomiska aktörer. Varje yrke tillhandahåller ett komplex av tjänster. Arten av sådana tjänster varierar inte endast mellan yrken (till exempel arkitekter och läkare) utan också inom ett givet yrke (till exempel kirurger och psykiatriker). I ett internationellt perspektiv kan utövarna av till synes identiska yrken i olika stater ha genomgått olika typer av utbildning eller tillhandahålla olika typer av tjänster (arkitekter, notarier). Dessa skillnader visas i svårigheterna att utforma en allmänt accepterad definition av de fria yrkena.²⁵

84. För det andra finns det beträffande marknaderna för tjänster inom de fria yrken ur ekonomisk synpunkt två viktiga skillnader jämfört med normala marknader för varor och tjänster.

85. Den första är förekomsten av så kallade externaliteter, det vill säga vinster eller förluster (normalt för samhället i dess

23 — Se "Competition Policy and the Professions", ovan fotnot 22, punkterna 20—31. För en mer aktuell genomgång av förhållandena i Tyskland, Förenade kungariket och Frankrike, se "Standardrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen im gemeinsamen Markt", Baden-Baden 1997.

24 — Se till exempel C.D. Ehlermann, "Concurrence et professions libérales: antagonismes ou compatibilité?", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, s. 136; L. Idot, "Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels", *Journal des Tribunaux, Droit Européen*, 1997, s. 73; A. Riesenkampff och S. Lehr, "Membership of Professional Associations and Article 85 of the EC Treaty", *World Competition*, 1996, s. 57; H. Nyssens, "Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?", *Revue de Droit Commerce Belge*, 1999, s. 475.

25 — Den tyska Bundesverfassungsgericht har ansett att en legaldefinition av de fria yrkena (på tyska "freie Berufe") helt enkelt inte låter sig göras: BVerfGE 10, 354 (364); ett försök att definiera de väsentliga särdragen hos de fria yrkena återfinns i "Competition Policy and the Professions", ovan fotnot 22, s. 9—13.

helhet) som inte är prissatta.²⁶ Positiva externaliteter kan till exempel skapas genom vetenskapliga upptäckter, medan negativa externaliteter kan skapas genom ett dåligt utformat kontrakt. Det är uppenbart att professionella tjänster av hög kvalitet generellt skapar positiva externaliteter och att det motsatta resultatet kommer av tjänster där kvaliteten är låg. Dessutom är efterfrågan på tjänster inom de fria yrkena ofta av derivativ art, vilket innebär att det utflöde dessa genererar (advokatens råd, arkitektens ritning) utgör ett mellanled i en längre produktionskedja. Kvaliteten på sådana tjänster är därför ofta en avgörande faktor i många sektorer av nationella ekonomier. Slutsatsen blir att fria yrkesutövare inte bara tjänar sina klienter, utan också skapar nyttigheter av allmänt intresse, vilket innebär att samhället har ett extra intresse av att hålla den genomsnittliga kvaliteten på sådana tjänster hög.

yrkesutövaren (till exempel läkaren, arkitekten, advokaten) har utfört en tjänst av hög kvalitet. Incitamenten för fria yrkesutövare, som själva avgör hur mycket uppmärksamhet en klient skall ges, att antingen avsiktligt sänka kvaliteten på tjänsterna eller övertala klienten att köpa tjänster i större utsträckning än nödvändigt är höga. De vanliga metoderna för att komma till rätta med problemet med asymmetrisk information, eller med andra ord att förhindra en "tävling mot botten", kan alla återfinnas inom de fria yrkena. Prov för tillträde till yrket är till för att garantera en hög standard i fråga om initial förmåga. Ansvarsregler, konsekvenserna av ett gott eller dåligt rykte och certifierings-system är avsedda att förmå utövarna att till fullo utnyttja denna förmåga. Marknadsföring anses av vissa vara ett medel för att motverka eller minska verkningarna av asymmetrisk information, medan andra anser att marknadsföring accelererar problemet. En slutsats är att det är nödvändigt att i viss utsträckning reglera dessa marknader för att motverka effekterna av asymmetrisk information.

86. Det andra är det viktiga problemet med så kallad asymmetrisk information. En sådan asymmetri mellan köpare och säljare uppstår när köparen inte till fullo har förmåga att värdera kvaliteten på de produkter han mottar.²⁷ Inom de fria yrkena är detta problem särskilt brännande på grund av tjänsternas tekniska karaktär. Konsumenterna kan inte inspektera kvaliteten på tjänsterna före köpet (såsom till exempel vid köp av ost) utan endast efter konsumtion av tjänsten. I värsta fall kanske han aldrig fullt ut förstår om den fria

87. Det tredje återkommande är av rättslig art och följer av förhållandet mellan statlig reglering och självreglering av de fria yrken. I många system har staterna delegerat regleringsmakt till yrkesorgan, som till

26 — Se D. W. Carlton och J. M. Perloff, "Modern Industrial Organisation", 2:a uppl., New York 1994, s. 115.

27 — Se "Modern Industrial Organisation", ovan fotnot 26, s. 558.

och med kan omfattas av den offentliga rätten. Dessa organ försvarar sig i konkurrensvister ofta med argument som grundas i dess relation till staten. De kan till exempel hävda att lagstiftaren uppmuntrat eller förväntat sig det ifrågasatta beteendet eller till och med tvingat fram yrkesorganets beteende (så kallat "State Action Defence"). Det måste också hållas i minnet att många nationella konkurrenssystem inte omfattar statens beteende. I mål angående fria yrken är det därför ofta viktigt att inledningsvis avgöra om staten eller yrkesutövarna skall anses vara ansvariga för ett visst beteende.

88. De slutsatser som kan dras med avseende på förevarande mål²⁸ och mer allmänt för gemenskapens konkurrensrätt är enligt min mening följande.

89. På grund av de fria yrkenas heterogena karaktär och de särdrag som de marknader där de aktualiseras företer kan inga generella formler tillämpas. Det är nödvändigt att i varje enskilt fall avgöra om en regel för utövandet faktiskt, på marknaden i fråga, leder till en begränsning av konkurrensen i

den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget.²⁹

90. Det måste dessutom undersökas om artikel 85.3 (där den är tillämplig) kan tolkas så att det är möjligt att beakta omsorg om kvaliteten på tjänster inom de fria yrkena och dess vikt för samhället i stort.³⁰

91. Det är vidare nödvändigt att noggrant beakta reglerna om ansvar för medlemsstaterna respektive organ för de fria yrkena. Frågor om huruvida och under vilka förhållanden yrkesorgan kan anföra att den bara verkställt vad staten bestämt, och på vilka grunder en medlemsstat kan rättfärdiga en reglering som påverkar konkurrensen inom de fria yrkena.

92. Jag avslutar detta avsnitt med följande kommentar. Jag har hävdad att de fria yrkenas särdrag motiverar någon form av reglering. Motståndare till självreglering har insisterat på att staten, eller i vart fall statligt kontrollerade organ, skall reglera dessa yrken på grund av risken för att

28 — Beträffande relevansen av den första och tredje slutsatsen, se punkterna 137 och 162 nedan.

29 — Se också punkterna 251 och 252 i mitt förslag till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2.

30 — Ibidem, punkterna 193 och fotnot 90.

regleringsmakten missbrukas. Återigen aktualiseras, ur ekonomisk synpunkt, ett informationsproblem. Dessa tjänsters komplexa karaktär och deras konstanta utveckling genom snabbt förändrad kunskap och teknisk utveckling gör det svårt för parlament och regeringar att anta nödvändiga, uppdaterade regler. Självreglering genom kunniga yrkesutövare är ofta mera lämplig, eftersom dessa har förmågan att reagera med nödvändig flexibilitet. Den stora utmaningen för varje konkurrensrättsligt system är därför att förhindra missbruk av regleringsmakten utan att inkräkta på den autonoma regleringen av de fria yrkena.

pensionssystemet skall vara obligatoriskt av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 85.1. Enligt deras uppfattning kan det resonemang domstolen använde i domen i målet Albany³¹ angående kollektivavtal om branschvisa pensionssystem tillämpas på förutsättningarna i detta mål. I punkt 64 i domen i det målet fastslog domstolen att avtalet i fråga på grund av dess art och syfte inte omfattades av artikel 85.1 i EG-fördraget. Kommissionen har, för det fall att domstolen inte skulle instämma i dess huvudsakliga resonemang, föreslagit en liknande lösning, nämligen att specialistläkare som sluter sig samman beträffande tilläggs pensioner skall anses vara konsumenter och inte företag.³²

93. Mot bakgrund av detta och parternas yttranden går jag nu in på bedömningen av artiklarna 85.1 och 5 i EG-fördraget.

2. Materiellt tillämpningsområde (*ratione materiae*) för artikel 85.1

94. Enligt fonden och den nederländska regeringen omfattas inte specialistläkarnas beslut att inrätta ett system för yrkespensioner och att begära hos den behöriga ministeriet att besluta att anslutning till

95. Fonden och den nederländska regeringen har gjort gällande att, för det första, det inte finns någon betydelsefull skillnad mellan nederländska regler för branschvisa pensionssystem och för yrkespensionssystem. I rådets direktiv 98/49/EG av den 29 juni 1998 om skydd av kompletterande pensionsrättigheter för anställda och egenföretagare som flyttar inom gemenskapen³³ görs ingen skillnad mellan pensionssystem för anställda och egenföretagare. För det andra är flera delar av domskälen i

31 — Ovan fotnot 2.

32 — Se punkterna 114—121 nedan.

33 — EGT L 209, s. 46.

målet Albany direkt överförbara till detta mål: artiklarna 3 i och 2 i EG-fördraget³⁴ är lika relevanta i bägge målen, beslutet i förevarande mål har också fattats efter kollektiva överväganden³⁵ och beslutets socialpolitiska syfte stämmer helt överens med det i målet Albany.³⁶

96. Jag anser, för det första, att avgörandet i målet Albany klart begränsas till det specialfall som utgörs av kollektiva avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare angående arbetsvillkor och anställning.

97. Detta framgår redan av domskälen i punkterna 53—60 i domen, vilka kan sammanfattas på följande sätt. I EG-fördraget och avtalet om socialpolitik främjas kollektiva förhandlingar mellan arbetsgivare och arbetstagare, vilket tyder på att den typen av samordning i allmänhet är laglig.³⁷ Å andra sidan är det också klart att kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare om löner och arbetsvillkor som slutits efter kollektiva förhandlingar har en viss inneboende konkurrensbegränsande inverkan.³⁸ Om EG-fördraget skall främja bruket av kollektivavtal kan de nödvändiga konsekvenser som är förbundna med dessa, nämligen vissa konkurrensbegränsningar, inte vara förbjudna enligt artikel 85.1.³⁹

98. Detta resonemang bygger på två särdrag avseende kollektiva förhandlingar mellan arbetsgivare och arbetstagare, nämligen att de uttryckligen uppmuntras i gemenskapsrätten och att de ovillkorligen medför vissa konkurrensbegränsningar. Följaktligen fastslog domstolen i punkterna 60—64 i domen att ett avtal inte bara måste ha ett socialpolitiskt syfte för att undantas från konkurrensrätten, utan det måste också vara av viss *art*, nämligen ett kollektivavtal som träffats vid kollektiva förhandlingar mellan arbetsgivare och arbetstagare.

99. För det andra anser jag att detta speciella undantag från konkurrensrätten för kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare inte kan utsträckas till eller tillämpas analogt på andra typer av avtal eller beslut. Det måste hållas i minnet att artikel 85.1 uttryckligen omfattar alla former av samordnade förfaranden. Dessutom är de två avgörande faktorerna i målet Albany inte för handen i detta mål. Uppträdande av och regleringar för yrkesutövare medför inte ovillkorligen konkurrensbegränsningar, och det finns inga bestämmelser i EG-fördraget som uttryckligen uppmuntrar till samordnade förfaranden mellan yrkesutövare som är egenföretagare. Följaktligen uppstår inte den konflikt mellan olika regler som i målen Albany nödvändiggjorde en ”ändamålsenlig och sammanhängande tolkning av EG-fördragets samtliga bestämmelser”.

100. I själva verket vill fonden och den nederländska regeringen att domstolen

34 — Punkt 54 i domen.

35 — Punkt 59 i domen.

36 — Punkt 63 i domen.

37 — Punkterna 54—58 i domen.

38 — Punkt 59 i domen.

39 — Punkt 60 i domen.

skall skapa ett undantag från konkurrensreglerna som grundas enbart på avtalets socialpolitiska syfte. Detta bekräftas av deras skriftliga yttranden, i vilka de resonerar på följande sätt. LSV:s beslut har ett socialpolitiskt syfte att tillhandahålla kompletterande pensioner inte bara till yrkesutövarna, utan också till deras makar och barn. Vidare har kompletterande pensioner stor socialpolitisk betydelse, vilket manifesterats i att gemenskapens lagstiftare anta git ovan nämnda direktiv om skydd av kompletterande pensionsrättigheter för anställda och egenföretagare som flyttar inom gemenskapen.⁴⁰ Slutligen framgår det av domstolens praxis att medlemsstaterna har befogenhet att organisera sina socialförsäkringssystem.⁴¹

inte oförenligt med denna rättspraxis, då det inte grundas på föremålet för avtalet utan väsentligen på det sammanhang i vilket det träffats.⁴⁴ Dessutom medför inte det faktum att gemenskapen driver en viss politik, såsom beträffande kompletterande pensioner, att det området undantas från konkurrensrätten.⁴⁵ Domstolen har därför konsekvent tillämpat konkurrensreglerna inom det sociala området. Det bästa exemplet på det är domarna i målen Albany, Brentjens' och Drijvende Bokken, där domstolen betecknade de branschvisa pensionsfonderna i fråga som företag i den mening som avses i artikel 86 och undersökte huruvida reglerna i fråga var förenliga med artiklarna 90 och 86 i EG-fördraget.

101. Beträffande de två första argumenten har jag redan framhållit att det inte finns något allmänt socialpolitiskt undantag från gemenskapens konkurrensrätt.⁴² I motsats till många nationella konkurrensrättsliga system omfattar gemenskapens konkurrensregler praktiskt taget alla delar av ekonomin. Det framgår av domstolens fasta rättspraxis att de sektorer som inte omfattas av konkurrensrätten uttryckligen måste anges i EG-fördraget.⁴³ Det undantag från konkurrensrätten för kollektivavtal mellan arbetsgivare och arbetstagare som fastslogs i domen i målet Albany är

102. Såvitt avser det tredje argumentet kan inte medlemsstaternas befogenhet att utfärda lagstiftning på ett visst område påverka dessa staters skyldighet⁴⁶ (och *a fortiori* skyldigheten för privata aktörer) att efterleva EG-fördragets bestämmelser.

103. Jag drar därför slutsatsen att pensionssystemet omfattas av det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 85.1.

40 — Ovan fotnot 33.

41 — Dom av den 7 februari 1984 i mål 232/82, Duphar (REG 1984, s. 523; svensk specialutgåva, volym 7, s. 503), punkt 16.

42 — Se mitt förslag till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 123—130.

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

44 — Se mitt förslag till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 183—185.

45 — Fler detaljer och referenser återfinns i mitt förslag till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkt 126.

46 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831).

3. Beslut av en företagsammanslutning

104. Fonden, den nederländska regeringen och kommissionen har gjort gällande att LSV:s beslut att upprätta pensionssystemet i fråga och att begära att det behöriga ministeriet skulle göra anslutning till fonden obligatorisk inte kan anses vara ett "beslut av företagsammanslutningar" i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget. Detta ger upphov till tre skilda frågeställningar.

a) Är specialistläkare företag?

105. Den första frågan är om specialistläkare skall anses vara företag i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget när de tillhandahåller medicinska tjänster mot betalning.

106. Det kan noteras att ingen av parterna har hävdad att specialistläkare i sig inte skulle ingå i den personkrets på vilken konkurrensreglerna är tillämpliga, (*ratione personae*). Fonden har emellertid gjort gällande att specialistläkare inte kan anses vara företag.

107. Enligt den allmänna definitionen skall "begreppet företag inom ramen för konkurrensrätten [omfatta] varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering".⁴⁷ Eftersom den rättsliga formen med detta funktionella synsätt är irrelevant, kan fysiska personer också anses vara företag.⁴⁸ Den bakomliggande idén är att inga fördelar skall följa med den rättsliga formen för utövandet av en ekonomisk aktivitet. En ekonomisk aktivitet består av att utbjuda varor och tjänster på en viss marknad.⁴⁹ Aktiviteten i fråga måste, i vart fall i princip, kunna utövas i vinstsyfte.⁵⁰

108. Vid tillämpningen av dessa principer har domstolen i domen i målet kommissionen mot Italien⁵¹ ansett en tullagent vara ett företag.

109. Den italienska regeringen gjorde i det målet gällande att en tullagent var ett fritt

47 — Se dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkt 21.

48 — Se domen i mål C-35/96, ovan fotnot 19, punkterna 36—38 (utförligt diskuterade i punkterna 108—110 nedan) och generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i mål 170/83, Hydrotherm (REG 1984, s. 2999), punkt B 1 i förslaget. Se även kommissionens beslut 76/743/EEG, Reuter/BASE, EGT L 254, s. 40 (uppfinnare); kommissionens beslut 78/516/EEG RAI/UNITEL, EGT L 157, s. 39 (operasångare).

49 — Dom av den 16 juni 1987 i mål 118/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2599), punkt 7.

50 — Se till exempel generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (REG 1994, s. I-43), punkt 9.

51 — Domen i mål C-35/96, ovan fotnot 19.

yrke i likhet med advokater, övervakare eller tolkar, men att tullagenter inte skulle anses vara företag med hänsyn till arten av de tjänster de utförde och att utövandet av deras yrke förutsatte auktorisering och medförde en skyldighet att uppfylla vissa villkor.

110. Domstolen ansåg att den aktivitet som utövades av tullagenter var av ekonomisk art, då de erbjöd tjänster bestående i att utföra tullförfaranden (inklusive kompletterande tjänster avseende valuta-, handels- och skatteärenden) mot betalning, och eftersom de stod för den ekonomiska risk som var förbunden med utövandet av deras yrke. Det faktum att aktiviteten i fråga var av intellektuell karaktär, förutsatte auktorisation och inte kunde utövas utan en avsevärd organisation kunde inte medföra att den inte omfattades av artikel 85 i EG-fördraget.

111. Detta resonemang kan direkt tillämpas på förutsättningarna i dessa mål. Specialistläkare tillhandahåller i sin egenskap av oberoende näringsidkare tjänster på marknaden för specialiserade sjukvårdstjänster. I utbyte tar de betalt av sina patienter. De står de ekonomiska risker som är förenade med verksamheten. Den komplexa och tekniska karaktären av deras

tjänster och det faktum att deras yrke är reglerat kan inte påverka bedömningen i konkurrensrättsligt hänseende.

112. Bedömningen av anställda specialistläkare är svårare. I princip omfattas inte arbetstagare som utför arbete mot betalning av artikel 85.1.⁵² Anställda inom de fria yrkena är emellertid inte typiska "arbetstagare". Deras "lön" kan vara direkt kopplad till den vinst eller förlust som deras arbetsgivare gör, och de står inte direkt "under arbetsgivarens ledning". De befinner således i ett av de gränsområden som jag förutsåg i mitt förslag till avgörande i målet Albany.⁵³ I förevarande mål är det dock inte nödvändigt att slutgiltigt ta ställning till denna fråga, eftersom alla specialistläkare som var medlemmar i LSV vid tiden för beslutet var egenföretagare.

113. Således skall specialistläkare som är egenföretagare, som medlemmarna i LSV var vid den relevanta tidpunkten, anses vara företag i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget.

52 — Se mitt förslag till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 209—217; se nu även dom av den 16 september 1999 i mål C-22/98, Becu med flera (REG 1999, s. I-5665), punkterna 24—26.

53 — Förslaget, punkt 217.

b) Agerar specialistläkare som konsumenter eller som företag när de upprättar ett system för yrkespensioner?

köper medicinsk utrustning eller advokater hyr lokaler utövar de å andra sidan verksamheter som hör samman med deras yrke. I detta avseende skall konkurrensreglerna vara tillämpliga.

114. Kommissionen har vidgått att speciallistläkare som är egenföretagare utövar en ekonomisk aktivitet när de tillhandahåller sjukvårdstjänster mot betalning. Den har emellertid gjort gällande att i förevarande mål skall specialistläkarna inte anses ha agerat som företag utan i egenskap av slutliga konsumenter. Kommissionen har liknat deras gemensamma beslut att upprätta ett kompletterande pensionssystem med ett beslut att göra investeringar på finansmarknaden eller att köpa en semesterbostad. Den har påstått att aktiviteter som är att anse som slutlig konsumtion inte omfattas av konkurrensreglerna.

116. Frågan i förevarande mål är således hur fria yrkesutövares bidrag till ett pensionssystem i den andra delen av det nederländska systemet skall klassificeras.

115. Då fysiska personer anses vara företag är det, enligt min mening, riktigt att skilja mellan aktiviteter som har samband med deras ekonomiska och deras personliga verksamhetsområde. I motsats till juridiska personer, vilka saknar "privatliv", kan fysiska personer agera i egenskap av företag eller slutlig konsument. Då artikel 85 och följande artiklar i EG-fördraget bara är tillämpliga på "företag", omfattas inte fysiska personer av reglerna då de agerar i den senare egenskapen. Härav följer att fria yrkesutöva som kommer överens om att organisera en semesterresa till Bahamas eller att köpa operabiljetter inte omfattas av artikel 85.1 i EG-fördraget. Då läkare

117. Kommissionen har argumenterat på följande sätt. Då en arbetsgivare betalar bidrag till pensioner för sina anställda (det är fastslaget att sådana bidrag skall anses som lön), är den betalningen en del av arbetsgivarens ekonomiska aktivitet.⁵⁴ Beträffande fria yrkesutöva som är egenföretagare är arbetsgivare och arbetstagare en och samma person, och det är således inte fråga om lön. Således är inrättandet av ett kompletterande pensionssystem för den fria yrkesutövaren själv inte jämförbart med, till exempel, köp av medicinsk utrustning, utan skall anses vara slutlig konsumtion.

118. Jag är inte helt övertygad av det resonemanget. Enligt min uppfattning måste man skilja mellan inkomster i yrket som stannar kvar och återinvesteras i den

54 — Se även punkt 229 i förslaget till avgörande.

fria yrkesutövarens ”företag” och sådan inkomst som definitivt tas ut ur denna verksamhet för att investeras i den privata sfären.

måste således anses vara inkomster som stannar inom den professionella sfären.

119. Då en fri yrkesutövare använder en del av sin inkomst för att på frivillig väg avtala om en privat pensionsförsäkring inom den tredje delen av nederländernas pensionssystem med ett försäkringsbolag, har inkomsten i fråga tagits ur den professionella sfären och återinvesterats i den privata. Detta stöds av det faktum att samma investering skulle kunna göras med personliga inkomster från exempelvis en vingård som ägs av yrkesutövarens familj. En sådan investering är därför jämförbar med köp av en värdefull tavla eller en semesterbostad.

120. Bidrag till pensioner inom den första eller andra delen av nederländernas pensionssystem har däremot samband med yrkesutövarens affärsverksamhet. Det är ingen slump att de relevanta systemen benämns *tjänstepensionssystem (beroeps-pensioenregeling)*: anslutningen till dessa system har sin grund i yrkesutövningen, alla utövare av ett visst yrke omfattas av samma system medan utomstående inte kan ansluta sig till dessa och den pension som byggs upp, och följaktligen de premier som skall betalas, varierar med inkomsten hos den individuella yrkesutövaren. När allt kommer omkring utgör tjänstepensionssystem ett sätt att fördela professionella (i motsats till privata) inkomster över en längre tid. Bidrag till sådana system

121. Jag menar därför att specialistläkarna agerade i egenskap av företag i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget när de beslutade om tjänstepensioner.

c) Agerade LSV i egenskap av en företagsammanslutning?

122. Enligt den nederländska regeringen kan inte en yrkesorganisation som LSV anses vara ett företag, eftersom den inte utövar ekonomisk aktivitet.

123. Frågeställningen i förevarande mål är emellertid inte om organisationen i sig brutit mot konkurrensreglerna, utan om specialistläkarna genom sin organisation gjort det.⁵⁵ Frågan är således inte om organisationen har agerat som ett företag, utan om varje medlem av organisationen har agerat som ett företag.

55 — Beträffande den distinktionen, se förslaget till avgörande i målet Albany, punkterna 218—227.

124. Fonden har gjort gällande att man, för det första, inte kan tala om en företagssammanslutning då många yrkesutövare är arbetstagare. För det andra skulle det vara diskriminerande att klassificera LSV som en företagssammanslutning, eftersom andra organisationer för yrkesutövare, såsom Nederländse Orde van Advocaten (Nederländernas advokatsamfund) styrs av offentligrättslig lagstiftning och har föreskriftsmakt. För det tredje är huvuduppgiften för specialistläkarnas organisation att i diskussioner med nederländska myndigheter om avgifter för deras tjänster försvara deras inkomster. Den uppgiften innefattar kompletterande pensioner som en del av inkomsterna efter att yrkesverksamheten upphört. Enligt fondens uppfattning är det "uppenbart" att försvaret av specialistläkarnas ekonomiska intressen inte omfattas av artikel 85 i EG-fördraget.

125. Beträffande det första argumentet är det inte nödvändigt att avgöra om en organisation för yrkesutövare vars medlemmar är såväl egenföretagare som arbetstagare är en företagssammanslutning, eftersom LSV vid den avgörande tidpunkten bara hade egenföretagare bland sina medlemmar.

126. Fondens andra argument bygger på missuppfattningen att yrkesorganisationer som regleras genom offentligrättsliga bestämmelser inte omfattas av konkurrensrätten. Den uppfattningen motsägs av domstolens fasta praxis. Det rättsliga samman-

hang i vilken en organisations beslut fattas och den klassificering detta sammanhang har givits enligt nationell rätt är irrelevant såvitt avser tillämpligheten av artikel 85 i EG-fördraget.⁵⁶

127. Fondens tredje argument saknar också grund. Domstolen har fastslagit att beslut av en kommitté eller ett organ med föreskriftsmakt kan falla utanför tillämpningsområdet för artikel 85.1. Detta gäller dock bara om majoriteten av dess medlemmar är representanter för offentliga myndigheter och om kommittén eller organet måste ta tillvara allmänna intressen i sina beslut.⁵⁷ I detta mål, liksom i målet om tullagenter,⁵⁸ finns det inget som tyder på att offentliga myndigheter hade någon möjlighet att påverka beslutsfattandet inom LSV, och fonden har själv uppgett att LSV enbart agerar utifrån medlemmarnas ekonomiska intressen.

128. Det ifrågasatta beslutet av LSV skall således anses vara ett beslut av en företagssammanslutning.

56 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 123/83, BNIC/Clair (REG 1985, s. 391), punkt 17, och domen i mål C-35/96, ovan fotnot 19, punkt 40.

57 — Dom av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, Centro Servizi Spedipporto (REG 1995, s. 1-2883), punkterna 22—25.

58 — Domen i mål C-35/96, ovan fotnot 19, punkterna 39—44.

4. Konkurrensbegränsning

129. Frågan är om det beslut av LSV att upprätta ett system för tjänstepensioner som beskrivits ovan och begäran till det behöriga ministeriet om att göra anslutning till systemet obligatorisk har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget.

130. Vid förhandlingen gjorde fonden gällande att, med hänvisning till de skäl jag anfört i mitt förslag till avgörande i målet Albany,⁵⁹ ingen sådan konkurrensbegränsning förekommit. Nederländernas regering och kommissionen har avstått från att yttra sig i frågan.

131. Enligt min mening kan resonemanget i mitt förslag till avgörande i målet Albany i stor utsträckning överföras på förevarande mål.

132. LSV:s beslut kan delas upp i tre olika aspekter. Jag kommer att benämna dessa den materiella, den institutionella och den politiska aspekten.

133. Vid den följande diskussionen om huruvida dessa tre aspekter innebär en konkurrensbegränsning, är det av avgörande betydelse att hålla i minnet att anslutningen till systemet måste anses ha varit frivillig innan det behöriga ministeriets ingripande.

a) Den materiella aspekten: Samordning av kostnader och förmåner med kompletterande pensioner inom yrket

134. Den första delen av analysen av LSV:s beslut omfattar det materiella system för pensioner som i detalj beskrivits ovan.⁶⁰ Enligt denna ordning skall varje medlem i systemet göra insatser med belopp vars storlek är beroende av ålder, kön och inkomst. I utbyte erhåller medlemmen motsvarande pensionsrättigheter. Beträffande den andra delen av pensionssystemet, vilken hanteras av fonden ensam,⁶¹ är de slutliga kostnaderna och förtjänsterna i försäkringsmekanismen nödvändigtvis identiska för alla medlemmar. De är dock inte samordnade med hänsyn till referenspensionen.⁶² I fråga om denna är de slutliga kostnaderna och förtjänsterna beroende av den försäkringsgivare som medlemmen valt (fonden eller ett kommersiellt försäkringsbolag).

60 — Se punkterna 36—45 ovan.

61 — Se punkterna 43—45 ovan.

62 — Se punkterna 38—42 ovan.

59 — Se förslaget till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 245—294.

135. Beslutet i fråga samordnar således (beträffande den andra delen av pensionen) kostnaderna för ett kompletterande pensionssystem, inom den andra delen av det nederländska systemet, för specialisläkare.

helhetsbedömning av avtalets effekter på konkurrensen.⁶⁵ Det är därför nödvändigt att i förevarande mål företa en verklighetsbaserad analys (inkluderande ekonomiska argument) av de konkurrensbegränsande verkningarna av beslutet i fråga.

136. Vid ett första påseende verkar den samordningen begränsa konkurrensen avseende en kostnadsfaktor på marknaden för specialiserade sjukvårdstjänster. Yrkesutövarna konkurrera inte med varandra i syfte att erhålla en billigare försäkring för den delen av deras pensionsinkomster.

138. En sådan analys ger vid handen att den teoretiska begränsning av konkurrensen som just beskrivits i verkligheten har obetydliga effekter på marknaden för specialisläkartjänster och därför inte är ”märkbar” i den mening som avses i domstolens praxis.⁶⁶

137. Jag har emellertid ovan gjort gällande att marknaden för fria yrkesutövares tjänster skiljer sig från normala marknader.⁶³ Det invecklade beslutet i fråga kan dessutom inte bedömas utifrån samma grunder som en vanligt horisontell prisöverenskommelse. I detta avseende har jag i mitt förslag till avgörande i målet Albany gjort gällande att det omfattande tillämpningsområdet för gemenskapens konkurrensrätt (jämfört med vissa nationella system) gör det nödvändigt att ta hänsyn till de ekonomiska särdragen hos en given sektor eller kategori avtal vid bedömningen av konkurrensen påverkas.⁶⁴ Det är anledningen till att, i mål som rör särskilda ekonomiska sektorer eller särskilda kategorier av avtal, domstolen inte endast har identifierat beteendet hos enskilda affärsmän utan också gjort en

139. Det beror för det första på att endast en kostnadsfaktor, och inte en prissfaktor, har samordnats. Konkurrensen påverkas uppenbarligen mindre då alla yrkesutövare till exempel måste betala samma avgifter för telefonsamtal än då de debiterar samma pris för sina tjänster.

140. För det andra är kostnaderna för pensionssystemet i själva verket obetydliga i jämförelse med andra kostnader. Det måste hållas i minnet att betalningarna till

63 — Se punkterna 82—86 och 89 ovan.

64 — Se förslaget till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 250—252.

65 — Beträffande referenser, ibidem, punkterna 115 och 116.

66 — Se dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Voelk/Verwacke (REG 1969, s. 295; svensk specialutgåva, volym 1, s. 409). För ett resonemang som liknar det som använts i förevarande mål, se kommissionens beslut i målet Irish Banks' Standing Committee, EGT L 295, 1986, s. 28, punkt 16.

pensionssystemet inte kan likställas med kostnaderna för pensionsförsäkringen. För att kunna uppskatta den verkliga kostnaden måste man också beakta de pensionsrättigheter som erhålls i utbyte mot betalningarna. När det är fråga om ett system som inte drivs i vinstsyfte, såsom systemet för specialistläkare, består de verkliga kostnaderna endast av förvaltningskostnader och av olönsamma investeringar av gjorda inbetalningar.

141. För det tredje är kostnadsfaktorn i fråga tämligen avlägsen i förhållande till tjänstemarknaden.⁶⁷ Den slutliga inkomsten för specialistläkare påverkas av många kostnadsfaktorer som är viktigare och mer omedelbara. Konkurrenten skulle till exempel påverkas mer om alla läkare skulle köpa samma dyrbara maskin.

142. För det fjärde tillhandahåller specialistläkare (i likhet med nästan alla fria yrkesutövare) icke-homogena, personligt utformade tjänster. Detta innebär att varje läkares tjänster har olika kvaliteter och egenskaper. Specialistläkare kan dessutom utöva stor påverkan på kvaliteten på sina tjänster (till exempel genom att spendera mer tid på ett fall). Följaktligen skulle konkurrensen i fråga om kvalitet normalt vara stark, även om kostnaderna för deras tjänster vore fasta.

143. Jag menar således att den materiella aspekten av beslutet inte begränsar konkurrensen på ett märkbart sätt.

b) Den institutionella aspekten: Bildandet av en juridisk person för att hantera och övervaka efterlevnaden av pensionssystemet

144. LSV beslutade för det andra att bilda en juridisk person (fonden) för att fungera delvis som försäkringsgivare i sig och delvis som övervakningsorgan för att tillse att de deltagande specialistläkarna försäkras sig upp till referenspensionen. Försäkringsaktiviteterna består av säkrandet av referenspensionen och den andra delen av det nederländska systemet. Med avseende på referenspensionen kan medlemmarna välja mellan fonden och privata försäkringsgivare, medan fonden är ensam försäkringsgivare beträffande den andra delen av systemet.

145. Bildandet av fonden skall bedömas som en institutionaliserad form av frivilligt horisontellt samarbete mellan specialistläkare som är egenföretagare.⁶⁸

146. Liksom för företag som sysslar med redovisning eller skatterådgivning, innebär bildandet av en gemensam fond en möjlighet för specialistläkarna att fördela de

67 — Beträffande vikten av detta argument, se kommissionens meddelande angående bedömningen av kooperativa joint ventures enligt artikel 85 i EG-fördraget, EGT C 43, 1993, s. 2, punkt III.2 d).

68 — Se förslaget till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 258 och 259.

försäkrade riskerna och uppnå stordriftsfördelar i förvaltningen av avgiftsinbetalningar och pensionsutbetalningar samt beträffande formerna för placeringen av tillgångarna.

säkerställa medlemmarnas lojalitet och ge fonden och försäkringsgivaren en viss stabilitet.⁷¹

147. Å andra sidan berör samarbetet avseende pensionshantering inte direkt de tjänster som specialistläkare tillhandahåller. Det rör ett område som är lika avlägset från dessa tjänster som gemensam bokföring.

148. Således är de konkurrensfrämjande effekterna av detta institutionaliserade förvaltningssamarbete mycket starkare än någon (teoretisk) konkurrensbegränsande verkan. Bildandet av fonden, liksom bildandet av ett jordbrukskollektiv, förbättrar effektiviteten och omfattas inte i sig av artikel 85.1.⁶⁹

149. Restriktionerna för medlemmar som lämnar systemet är en konsekvens av ministeriets beslut att göra anslutning obligatorisk, vilket kommer att bedömas nedan. Den regel enligt vilken en medlem bara kan ändra försäkringsgivare för referenspensionen vart femte år⁷⁰ är en godtagbar inskränkning som är avsedd att

150. Beträffande de uteslutningseffekter för försäkringsbolag som är förbundna med ett frivilligt upprättad fond för tjänstepensioner, medger avtalsfriheten att specialistläkare har rätt att anförtro hanteringen av deras pensioner till representanter för deras yrke istället för att sluta (grupp-) försäkringsavtal med kommersiella försäkringsgivare.⁷² Försäkringsbolagen har i vart fall möjlighet att konkurrera med fonden beträffande referenspensionen. Problemen för försäkringsbolagen består endast i att alla specialistläkare är anslutna till systemet, vilket innebär att även de yrkesutövare som skulle vilja anlita en privat försäkringsgivare inte har rätt att göra det. Detta är emellertid ett resultat av ministeriets beslut, vilket skall bedömas nedan.

151. De institutionella arrangemangen i sig innebär således inte någon konkurrensbegränsning.

69 — För ytterligare detaljer, ibidem, punkterna 262—270.
70 — Se punkt 40 ovan.

71 — Se dom av den 12 december 1995 i mål C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl. (REG 1995, s. I-4515) punkterna 13 och 14. Se även förslaget till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 271—275.

72 — För ytterligare detaljer, se förslaget till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 276—286.

c) Den politiska aspekten: Ansökan till ministeriet

5. *Förhållandet mellan artiklarna 5 och 85.1*

152. LSV beslutade, för det tredje, att begära hos det behöriga ministeriet att detta skulle förklara anslutning till systemet obligatorisk för alla specialläkare som var etablerade i Nederländerna.

156. Frågan är om de nederländska myndigheterna bröt mot artikel 5 och 85.1 i EG-fördraget när de på LSV:s begäran gjorde anslutning till pensionssystemet obligatorisk för alla specialläkare som var etablerade i Nederländerna.

153. Det resonemang jag framförde beträffande motsvarande fråga i mitt förslag till avgörande i målet Albany⁷³ kan tillämpas här. Begäran till ministeriet begränsar således inte i sig konkurrensen.

157. Enligt artikel 5.2 i EG-fördraget, där det sägs att medlemsstaterna skall avstå från alla åtgärder som kan äventyra uppnåendet av fördragets syften, får medlemsstaterna inte införa eller vidmakthålla åtgärder, inkluderande lagstiftning och andra regler, som kan medföra att konkurrensreglerna för företag blir verkningslösa. Det är således förbjudet för en medlemsstat att kräva eller gynna avtal, beslut eller samordnade förfaranden som strider mot artikel 85.1, eller att förstärka effekterna av dessa.

154. Således medför inte någon av de tre aspekterna på LSV:s beslut någon märkbar konkurrensbegränsning. Det är således inte nödvändigt att undersöka om beslutet påverkat handeln mellan medlemsstaterna.

155. Jag drar således den slutsatsen att LSV:s beslut att upprätta tjänstepensions-systemet i fråga och att begära att det behöriga ministeriet skulle förklara anslutning till systemet obligatorisk inte strider mot artikel 85.1 i EG-fördraget.

158. Enligt domstolens praxis⁷⁴ är en statlig åtgärd av detta slag otillåten bara om det finns ett samband med konkurrensbegränsande beteende hos företaget.

73 — Ibidem, punkterna 287—294.

74 — Se till exempel dom av den 17 november 1993 i mål C-2/91, Meng (REG 1993, s. I-5751).

159. I förevarande mål tvingade ministeriets beslut att göra anslutning till fonden obligatorisk specialistläkare, som inte ville bli medlemmar i LSV eller på annat sätt sörja för kompletterande pensioner, att ansluta sig till pensionssystemet i fråga. Beslutet i fråga förstärkte därmed effekterna av LSV:s beslut att upprätta pensions-systemet.⁷⁵

160. Enligt domstolens nuvarande praxis⁷⁶ strider beslutet emellertid inte mot artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget, eftersom LSV:s beslut i sig inte begränsat konkurrensen på ett märkbart sätt och således inte stred mot artikel 85.1.

161. Jag måste erkänna att jag inte finner denna praxis, med en automatisk koppling mellan lagligheten hos privata åtgärder och medlemsstatens, särskilt tillfredsställande i ett mål som detta. LSV:s beslut omfattas inte av artikel 85.1 eftersom dess konkurrensbegränsande verkan är resultatet av efterföljande ingripanden från medlemsstatens sida, och den medlemsstatens ingripande omfattas inte av artikel 5 eftersom LSV:s beslut i sig inte begränsar konkurrensen på ett märkbart sätt. Således kan varken det samordnade förfarandet mellan specialistläkare eller den statliga åtgärden i fråga ifrågasättas med stöd av gemenskapsrätten, trots att ministeriet inte kunde ha

begränsat konkurrensen utan att de ekonomiska aktörerna dessförinnan samordnat sitt beteende.

162. Jag har ovan argumenterat för att de regler som bestämmer ansvaret för staten respektive yrkesutövarna är av avgörande betydelse om man i det systemet vill hitta rätta avvägning mellan att förebygga konkurrensbegränsande metoder och att bevara självregleringen inom de fria yrkena.⁷⁷

163. I ett mål som detta vore det mera tillfredsställande att acceptera att ett *prima facie* brott mot konkurrensreglerna ägt rum, men att detta kan motiveras med hänsyn till allmänna intressen. Enligt min uppfattning är medlemsstaternas åtgärder, även om de förstärker konkurrensbegränsande verkningar av ett samordnat förfarande mellan företag, förenliga med artikel 5.2 om de vidtagits i syfte att uppnå ett berättigat och klart definierat allmänintresse och medlemsstaten aktivt kontrollerar det samordnade förfarandet. I vissa fall kunde artikel 90.2 också tillämpas. I förevarande mål kan det inte finnas något tvivel om att beslutet som gjort anslutning obligatorisk kan rättfärdigas av sociala skäl.

164. En liknande lösning skulle även kunna tillämpas om domstolen kom fram till att

75 — Dom av den 3 december 1987 i mål 136/86, BNIC/Aubert (REG 1987, s. 4789), punkterna 22—24.

76 — Dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 51.

77 — Se punkterna 87 och 91 ovan.

LSV:s beslut begränsade konkurrensen på ett märkbart sätt, påverkade handeln mellan medlemsstaterna och sålunda stred mot artikel 85.1. Enligt domstolens praxis förefaller det som om beslutet i fråga automatiskt skulle förklaras stå i strid med artiklarna 5 och 85.⁷⁸ Även om samordnade förfaranden mellan privata aktörer (till exempel i miljöfrågor eller sociala frågor) sedda för sig begränsar konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1, kan emellertid staten ha ett berättigat allmänintresse av att förstärka och ge offentlig sanktion åt verkningarna av denna samordning.

165. Jag kommer således till slutsatsen att, oavsett om man tillämpar domstolens hitillsvarande praxis eller inte, och oavsett om LSV:s beslut begränsat konkurrensen på ett märkbart sätt eller inte, att artiklarna 5 och 85 inte har överträtts.

VII — Den första frågan: Skall fonden anses vara ett företag?

166. Frågan är om en tjänstepensionsfond som den i målet aktuella är ett företag i den mening som avses i fördragets konkurrensregler. Det måste därför undersökas om fondens aktiviteter är av ekonomisk art.

167. Vid sammanträdet gjorde fonden och kommissionen gällande att fonden var ett företag. Den nederländska regeringen framförde tvivel huruvida domskälen i målet Albany kan tillämpas på förevarande mål. I domen i målet Albany fastslog domstolen att de nederländska branschvisa pensionsfonderna var att betrakta som företag. Den franska och den grekiska regeringen har gjort gällande att fondens aktiviteter inte är av ekonomisk art.

168. Fonden har tre olika funktioner med avseende på specialistläkarnas pensionssystem.

169. För det första är den en möjlig försäkringsgivare beträffande referenspensionen för de medlemmar som valt att använda fonden för detta ändamål.⁷⁹

170. För det andra har den, i fråga om referenspensionen, en övervakande funktion för de medlemmar som valt att försäkra denna del hos ett försäkringsbolag.⁸⁰

⁷⁸ — Se mål C-35/96, ovan fotnot 19, punkterna 52—60 i domen.

⁷⁹ — Se punkterna 38—40 ovan.

⁸⁰ — Se punkt 40 ovan.

171. För det tredje är den avseende den andra delen av pensionssystemet (indexering, retroaktiva pensionsrättigheter, invaliditetssystem, kompletterande efterlevande-förmåner) en försäkringsgivare med exklusiv rätt.⁸¹

172. Med avseende på den första funktionen ägnar sig fonden uppenbart åt ekonomiska aktiviteter i konkurrens med försäkringsgivare och agerar i detta avseende som ett företag.

173. Beträffande övervakningsfunktionen avseende försäkringsavtal som yrkesutövarna slutit med privata försäkringsgivare ägnar sig fonden, enligt min mening, åt myndighetsutövning. Den aktiviteten är jämförbar med den miljöövervakning som i Genuas hamn hade anförtrotts ett privat företag i målet Cali och med de aktiviteter Eurocontrol ägnade sig åt i målet SAT.⁸² Ingen kan rimligen ägna sig åt sådan verksamhet i vinstsyfte.

81 — Se punkterna 43—45 ovan.

82 — Se förslaget till avgörande i målet Albany, ovan fotnot 2, punkterna 311—314.

174. Fondens roll avseende den andra delen av pensionssystemet är svårare att bedöma.

175. Följande faktorer är inte direkt relevanta för den bedömningen. Fonden drivs inte i vinstsyfte,⁸³ den har ett socialpolitiskt ändamål,⁸⁴ och fondens möjligheter att investera är begränsade och kontrollerade.⁸⁵ Som domstolen fastslog i domen i målet Albany kan dessa begränsningar berättiga fondens exklusiva rätt att hantera den delen av pensionssystemet. De kan emellertid inte förhindra att de aktiviteter som fonden ägnar sig åt är av ekonomisk art.⁸⁶

176. Däremot kan graden av solidaritet i ett pensionssystem vara relevant,⁸⁷ eftersom det kan kännetecknas av så många viktiga solidaritetsfaktorer att det i princip är uteslutet att någon annan försäkringsgivare skulle kunna erbjuda den typen av försäkring på marknaden.

83 — Dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78—215/78 och 218/78, van Landwyck mot kommissionen (REG 1980, s. 3125; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345), punkt 21. Se även domen i målet Albany, punkt 85, och förslaget till avgörande, punkt 336.

84 — Dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269), punkterna 15 och 15. Se även domen i målet Albany, punkt 86, och förslaget till avgörande, punkt 336.

85 — Se domen i målet Albany, punkt 86, och förslaget till avgörande, punkt 335.

86 — Ibidem, punkt 86 i domen och 330 i förslaget till avgörande.

87 — Ibidem, underförstått i punkt 85 i domen och uttryckligen i punkt 343 i förslaget till avgörande.

177. I förevarande mål innehåller den andra delen av pensionssystemet flera viktiga yrkesmässiga solidaritetsfaktorer, nämligen en indexeringsmekanism, retroaktiva pensionsrättigheter, ett invaliditetssystem och kompletterande efterlevandeförmåner. Dessutom godtas alla berörda yrkesutövare utan föregående läkarundersökning.

dess investeringar för med sig en risk för ett beteende som konkurrensreglerna syftar till att motverka. Således gör sig samma skäl gällande på nytt: även om de begränsningar som solidaritetshänsyn medför kan motivera fondens exklusiva rättigheter vid en bedömning enligt artikel 90.2, kan de inte förhindra att dess verksamhet bedöms vara av ekonomisk art.

178. Ytterst är det dock följande faktorer i systemet som leder fram till slutsatsen att fonden också med avseende på den andra delen av systemet är att betrakta som ett företag. Riskerna (inklusive indexeringsmekanismen) finansieras enligt kapitaliseringsprincipen. Fonden bestämmer själv storleken på avgifter och förmåner med tillämpning av försäkringsprinciper. Till följd härav beror storleken på utbetalningarna på kostnaderna för fondens administration och på utfallet av gjorda investeringar — det synes inte finnas någon statlig garanti mot de risker som är förbundna med dåliga investeringar. Slutligen står fonden, i likhet med försäkringsbolagen, under försäkringskammarens tillsyn.⁸⁸

180. Jag drar således den slutsatsen att när fonden försäkrar specialistläkarnas referenspension och den andra delen av det nederländska pensionssystemet, är den att betrakta som ett företag i den mening som avses i EG-fördragets konkurrensregler.

VIII — Den tredje frågan: Artiklarna 90.1 och 86 i EG-fördraget

179. Kapitaliseringsprincipen och försäkringskammarens tillsyn pekar på att försäkringen i fråga åtminstone potentiellt är en verksamhet som en vanlig försäkringsgivare skulle kunna bedriva. Fondens självständighet och den risk som är förenad med

181. Den sista frågan gäller om en medlemsstat bryter mot artiklarna 90.1 och 86 i EG-fördraget genom att upprätta ett system som det nederländska med obligatorisk anslutning till tjänstepensionsfonder, och då den inom ramen för ett sådant system gör anslutning till ett visst pensionsystem obligatorisk.

⁸⁸ — Ibidem, punkterna 81 och 82 i domen och 338 till 342 i förslaget till avgörande.

1. Tillämpligheten av artiklarna 90.1 och 86

nämligen att bevilja undantag från artiklarna 1.2 och 44 i pensionsförordningen.⁸⁹

182. Den första frågan är om fonden är ett företag som beviljats exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 90.1.

187. Den andra frågan är om fonden har en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

183. Med avseende på försäkring av referenspensionen är fonden ett företag, men den har inte beviljats exklusiva rättigheter. Anslutna medlemmar kan fritt teckna avtal med kommersiella försäkringsgivare.

188. Fonden gjorde vid sammanträdet gällande att den relevanta produktmarknaden är kompletterande pensionsförsäkringar. Fonden skulle då ha en exklusiv rätt som bara gällde en liten del av den marknaden, nämligen den avseende pensioner för specialistläkare.

184. Med avseende på övervakningen av försäkringen av referenspensionen är fonden inte ett företag. Artikel 90.1 är därför inte tillämplig i den delen.

189. Som kommissionen påpekade är emellertid inte, då anslutning till ett tjänstepensionssystem är obligatorisk, andra former av försäkringar ett tänkbart substitut för försäkringar inom det systemet. Specialistläkare har inte möjlighet att ansluta sig till andra system. Ett företag som fonden, som innehar ett rättsligt monopol avseende tillhandahållande av vissa tjänster (här den andra delen av det nederländska pensionssystemet) på en väsentlig del av den gemensamma marknaden (här Nederländerna), måste därför anses ha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EG-fördraget.⁹⁰

185. Beträffande försäkringen av den andra delen av det nederländska pensionssystemet, skall fonden anses vara ett företag och har som enda tillåtna försäkringsgivare beviljats en exklusiv rättighet. Artikel 90.1 är således tillämplig i detta avseende.

186. Det skulle också kunna påstås att fonden som ett inblandat företag har beviljats ytterligare två exklusiva rättigheter,

⁸⁹ — Punkterna 31—35 ovan.

⁹⁰ — Se för ytterligare detaljer domen i målet Albany, punkterna 91 och 92, och förslaget till avgörande, 378—383.

2. *Överträdelse av artiklarna 90.1 och 86*

190. Att enbart skapa en dominerande ställning genom att bevilja exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 90.1 strider inte i sig mot artikel 86. En medlemsstat bryter emellertid mot dessa bestämmelser om företaget i fråga, genom att utöva de exklusiva rättigheter som beviljats, fås att missbruka sin dominerande ställning eller då sådana rättigheter sannolikt leder till att företaget begår sådana överträdelser.⁹¹

191. Två typer av regler skall undersökas.

a) Reglerna som ger fonden en exklusiva försäkringsrätt

192. I målet Albany klagade de inblandade företagen på den branschvisa pensionsfondens exklusiva rättigheter, eftersom fonden enligt deras mening inte kunde tillfredsställa det behov som fanns på marknaden för sådana aktiviteter.

193. Det framgår inte klart av domen⁹² huruvida domstolen accepterade detta resonemang och om reglerna därmed *prima facie* bröt mot artiklarna 90.1 och 86. I vilket fall var reglerna berättigade enligt artikel 90.2 i EG-fördraget.⁹³

194. I förevarande mål har det inte påståtts att den nederländska tjänstepensionsfonden tillhandahåller undermåliga tjänster. I motsats till målet Albany ville sökandena i målet vid den nationella domstolen inte försäkra sig hos en kommersiell försäkringsgivare, utan hos en annan tjänstepensionsfond. De synes således inte ha någon invändning mot obligatorisk anslutning i sig. Detta bekräftas måhända genom det faktum att de inte ansåg det nödvändigt att yttra sig inför domstolen.

195. Vidare finns det inget i det rättsliga system som beskrivits ovan som tyder på att fonden drivs att systematiskt missbruka sin dominerande ställning. Det förefaller tvärtom finnas flera skydd mot sådant missbruk. Berörda parter kan yttra sig över en yrkesorganisations begäran att göra anslutning till ett visst system obligatorisk. Det ekonomiska och sociala rådet liksom försäkringskammaren hörs innan beslut om obligatorisk anslutning fattas. Efterföljande förändringar av systemet måste godkännas

91 — Ibidem, domen punkt 93.

92 — Punkterna 95—97.

93 — Punkterna 98—111 i domen.

av det behöriga ministeriet. Fondens stadgar och föreskrifter måste uppfylla en rad villkor. Investeringsmöjligheterna är underkastade restriktioner, och fondens finanser står under ständig kontroll.⁹⁴

b) Reglerna om undantag från obligatorisk anslutning

196. Slutligen är de konkurrensbegränsande effekterna av det system som specialistläkarna valt relativt begränsade, eftersom fonden bara har beviljats exklusiva rättigheter med avseende på den andra delen av det nederländska pensionssystemet.

199. Enligt domstolens avgörande i målet Albany kan en medlemsstat överväga att ge rätten att bevilja undantag från den obligatoriska anslutningen till den berörda pensionsfonden själv. Den intressekonflikt som finns inbyggd i den dubbla rollen som förvaltare av pensionssystemet och det myndighetsansvar som följer med rätten att bevilja dispenser berättigades eller mildrades genom fondens specialistkunskaper, medlemsstaternas fria val att anordna sådana frågor efter eget gottfinnande och möjligheten till rättslig prövning.⁹⁶

197. I mitt förslag till avgörande i målet Albany valde jag att lämna frågan om bedömning av om det skett en *prima facie* överträdelse av artikel 90.1 till den nationella domstolen, eftersom så många sakfrågor var outredda. I förevarande mål är jag emellertid, mot bakgrund av de faktorer jag just nämnt, böjd att påstå att det inte föreligger någon sådan överträdelse.

200. Om denna rättspraxis skall upprätthållas kan detta resonemang överföras direkt på förevarande mål, och mer specifikt på de två möjligheterna till undantag i artiklarna 1.2 och 44 i fondens pensionsföreskrifter.⁹⁷ Det måste också hållas i minnet att specialistläkarna, enligt artikel 26 BprW, i förevarande mål har ytterligare en — i vart fall teoretisk — möjlighet att hos ministeriet begära undantag från den obligatoriska anslutningen.⁹⁸

198. Även om så vore fallet, skulle den vara berättigad enligt artikel 90.2 i EG-fördraget.⁹⁵

201. Jag kommer således till slutsatsen att artiklarna 90.1 och 86 i EG-fördraget inte utgör hinder för att medlemsstaterna upp-

94 — Se punkterna 9—20 ovan.

95 — Se domen i målet Albany, punkterna 98—111.

96 — *Ibidem*, punkterna 112—121. För en annan bedömning, se mitt förslag till avgörande, punkterna 441—468.

97 — Se punkterna 31—35 ovan.

98 — Se punkterna 21—23 ovan.

rättar ett system som det nederländska för att göra anslutning till tjänstepensionsfonder obligatorisk och där den inom ramen för ett sådant system gör anslutning till ett visst pensionssystem obligatorisk.

IX — Förslag till avgörande

202. Jag föreslår därför att domstolen besvarar de frågor som hänskjutits av Kantongerecht Nijmegen på följande sätt:

- 1) Artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget (nu artiklarna 10 EG och 81 EG) utgör inte hinder för att de offentliga myndigheterna, på ansökan från en organisation som företräder utövarna av ett fritt yrke, beslutar att göra anslutningen till en tjänstepensionsfond obligatorisk.
- 2) En sådan pensionsfond som den nederländska pensionsfonden för specialistläkare är, med avseende på försäkring av *referenspension* och den andra delen av specialistläkarnas pensionssystem, ett företag i den mening som avses i konkurrensreglerna i EG-fördraget.
- 3) Artiklarna 90.1 och 86 i EG-fördraget utgör inte hinder för att medlemsstaterna upprättar ett system som det nederländska för att göra anslutning till tjänstepensionsfonder obligatorisk, eller där den inom ramen för ett sådant system gör anslutning till ett pensionssystem som det för specialistläkare i Nederländerna obligatorisk.