

CONCLUSIE VAN ADVOCAAAT-GENERAAL

F. G. JACOBS

van 15 juni 1995 *

1. In deze zaken verzoekt de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing over twee reeksen van vragen. In de eerste reeks gaat het erom, of de Hoge Raad verplicht is om in cassatie bepaalde gemeenschapsrechtelijke kwesties te onderzoeken die in lagere instanties niet zijn aangevoerd, zelfs indien dit in strijd zou zijn met de nationale procesregels. Ofschoon de vragen zijn ontstaan in de bijzondere context van de mededingingsregels van het Verdrag, stellen zij punten van algemeen belang aan de orde over de wisselwerking tussen het gemeenschapsrecht en de rechtstelsels van de Lid-Staten. In de tweede reeks van vragen gaat het erom, of een beroepspensioenregeling waarin deelneming verplicht is gesteld, verenigbaar is met de mededingingsregels van het Verdrag.

2. De toepasselijke nationale wetgeving is in beide zaken dezelfde. Artikel 2, lid 1, van de Nederlandse wet van 29 juni 1972 inzake de verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling (hierna: „WVD”) machtigt de bevoegde minister om, op verzoek van een of meer representatieve organisaties van

beroepsgenoten en na overleg, de deelneming in een door beroepsgenoten vastgestelde beroepspensioenregeling voor alle of een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht te stellen. Op grond van artikel 2, lid 2, houdt een dergelijke regeling in: a) hetzij de oprichting van een beroepspensioenfonds, hetzij b) de verplichting voor de betrokken beroepsgenoten om naar eigen keuze een verzekeringscontract af te sluiten met het beroepspensioenfonds of met een erkende verzekeraar, hetzij c) een combinatie van de twee voor verschillende delen van de regeling. Artikel 2, lid 3, verlangt, dat de organisaties die een verzoek om verplichte deelneming indienen een rechtspersoon in het leven roepen, die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de beroepsregeling als beroepspensioenfonds of erop zal toezien, dat de leden hun verzekeringsverplichting nakomen. Artikel 2, lid 4, bepaalt dat, indien een regeling verplicht is gesteld, eenieder die, hetzij als zelfstandige hetzij als werknemer, het betrokken beroep uitoefent, verplicht is te voldoen aan de bepalingen van de regeling. Degene die hieraan niet voldoet, maakt zich schuldig aan een overtreding en kan op grond van artikel 27 worden gestraft met een geldboete. Artikel 31 machtigt het pensioenfonds of de verantwoordelijke rechtspersoon bovendien om een ter zake van achterstallige premies ontstane schuld bij dwangbevel in te vorderen.

3. Volgens verklaringen in de memorie van toelichting op de WVD dienen collectieve

* Oorspronkelijke taal: Engels.

regelingen het mogelijk te maken om: „het post-actieve inkomen aan het stijgende algemene inkomenspeil aan te passen”, „jongere beroepsgenoten via een stelsel van technische doorsneepremies of varianten daarvan mede te laten bijdragen in de hogere lasten van de voorzieningen voor oudere beroepsgenoten” en „te voorzien in de toekenning van pensioenrechten over jaren, welke liggen vóór de inwerkingtreding van de regeling”. De verwezenlijking van dat doel via een gemeenschappelijke regeling is enkel mogelijk „indien in principe alle tot de desbetreffende tak van beroep behorenden daarbij betrokken worden”.

4. In 1978 hebben de fysiotherapeuten een beroepspensioenregeling opgezet, waarin een speciaal fonds is opgenomen, de Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (hierna: „fonds”). Artikel 4, lid 1, van de statuten van het fonds bepaalt, dat iedere fysiotherapeut of „heilgymnast” die voldoet aan de vereisten voor het deelnemerschap zoals nader omschreven in het pensioenreglement, deelnemer is in deze stichting. Volgens artikel 4, lid 2, is iedere deelnemer onderworpen aan de bepalingen van de statuten, van het pensioenreglement en van andere overeenkomstig de statuten vastgestelde reglementen.

5. Artikel 2, lid 1, van het pensioenreglement bepaalt, dat deelnemer in de regeling is, „iedere fysiotherapeut die in Nederland als zodanig werkzaam is en de pensioendatum nog niet heeft bereikt”. Het sluit vervolgens

bepaalde categorieën van fysiotherapeuten van deelneming uit, waaronder, in artikel 2, lid 1, sub a, de fysiotherapeuten die „uitsluitend werkzaam zijn in dienstverband, uit hoofde waarvan de in de Algemene Burgerlijke Pensioenwet vervatte regeling dan wel een andere pensioenvoorziening, welke ten minste gelijkwaardig is aan de regeling van dit reglement, van toepassing is, mits betrokkenen daartoe — met inachtneming van terzake in artikel 25, lid 3, gestelde voorschriften van administratieve aard — schriftelijk aan de stichting de wens te kennen geven”.

6. Op 31 maart 1978 stelde de staatssecretaris Sociale zaken bij krachtens artikel 2, lid 1, WVD genomen besluit, de deelneming in de regeling verplicht. Het besluit bevatte een uitzondering overeenkomend met die van artikel 2, lid 1, sub a, van het pensioenreglement.

7. Het fonds heeft de volgende criteria vastgesteld voor de toepassing van artikel 2, lid 1, sub a, van het pensioenreglement:

„1. Er moet sprake zijn van uitsluitend in dienstverband werkzaam zijn uit hoofde waarvan een andere ten minste gelijkwaardige pensioenvoorziening geldt.

2. De getroffen pensioenvoorziening moet gelden voor:

a) (...)

b) (...) alle in dienst van de besloten vennootschap werkzame beroepsgenoten."

9. Voor de lagere instanties verzochten verzoekers om vrijstelling van de verplichte deelneming, zich hierbij erop baserend dat de Nederlandse wetgeving geen rechtsgrondslag bood voor de collectiviteitseis. In cassatie bevestigde de Hoge Raad het standpunt van de rechtbank, dat de collectiviteitseis in overeenstemming was met de Nederlandse wetgeving. Verzoekers voerden voor de Hoge Raad echter een nieuwe grief aan, waarop zij voor de kantonrechter of de rechtbank geen beroep hadden gedaan, namelijk dat de WVD, of althans de toepassing ervan op de door de fysiotherapeuten opgezette pensioenregeling, in strijd is met de artikelen 3, sub f, 5, 85, 86 en 90 EG-Verdrag. Verzoekers stellen, dat de aard van deze verdragsbepalingen meebrengt, dat de rechtbank op die gronden hun vorderingen had moeten toewijzen, ook al hadden zij dit in eerste aanleg niet gesteld.

8. Met ingang van 1 januari 1988 respectievelijk 1 april 1989 hebben Van Veen en Van Schijndel (hierna: „verzoekers”) een eigen verzekeringsregeling getroffen met Delta Lloyd. Het fonds weigerde vrijstelling van verplichte deelneming, op grond dat de regelingen niet voldeden aan het vereiste dat zij moeten gelden voor alle in dienst van de werkgever werkzame fysiotherapeuten („collectiviteitseis”). Verzoekers kwamen in eerste aanleg tegen de beslissingen van het fonds op bij de kantonrechter, die Van Veen in het ongelijk en Van Schijndel in het gelijk stelde. In hoger beroep stelde de rechtbank te Breda beide verzoekers in het ongelijk. Verzoekers hebben beroep tot cassatie ingesteld bij de Hoge Raad, die alleen uitspraak mag doen over een vraag van zuiver juridische aard („cassatie”).

10. Met deze nieuwe stelling wordt voor de Hoge Raad een belangrijke procedurele vraag opgeworpen. Naar Nederlands recht mogen nieuwe stellingen in cassatie alleen dan worden aangevoerd, indien zij van zuiver juridische aard zijn, dat wil zeggen dat zij geen onderzoek van de feiten vereisen. De Hoge Raad is van oordeel, dat verzoekers' nieuwe stelling niet aan dat vereiste voldoet, aangezien deze is gebaseerd op feiten en omstandigheden die door de rechtbank niet zijn beoordeeld. Evenmin kan worden gesteld, dat deze stelling aan hun vorderingen ten grondslag lag, doch door de rechtbank niet in overweging werd genomen.

11. Volgens de Hoge Raad kunnen verzoekers evenmin een beroep doen op artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat van de rechter verlangt, dat hij ambtshalve de rechtsgronden aanvult welke door partijen niet zijn aangevoerd. De Hoge Raad is van oordeel, dat het beginsel van lijdelijkheid van de burgerlijke rechter in gedingen die betrekking hebben op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen betekent, dat een rechter bij het aanvullen van de rechtsgronden niet mag treden buiten de rechtsstrijd en zich evenmin mag baseren op andere feiten en omstandigheden dan door de betrokken partijen zijn aangevoerd. De rechtbank zou in deze zaak buiten de rechtsstrijd zijn getreden, indien zij de gemeenschapsrechtelijke vragen ambtshalve had onderzocht. Voor de kantonrechter stelden verzoekers niet hun verplichte deelneming in de regeling aan de orde, maar de weigering om hen krachtens artikel 2, lid 1, sub a, van het pensioenreglement vrij te stellen van deelneming. De Hoge Raad concludeert, dat verzoekers daarmee uitgaan van de verbindendheid van de WVD van 29 juni 1972 en van de regeling.

12. Onder deze omstandigheden heeft de Hoge Raad het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„A)

1) Behoort de nationale burgerlijke rechter in een geding dat betrekking heeft op

ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen, de artikelen 3, sub f, 5, 85-86 en/of 90 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap ook dan toe te passen wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan?

2) Als vraag 1 in beginsel bevestigend moet worden beantwoord, geldt dat antwoord dan ook indien die rechter dusdoende de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten verzaken doordien hij dusdoende a) zou moeten treden buiten de rechtsstrijd van partijen en/of b) zich zou hebben te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de procespartij die bij de toepassing belang heeft, aan haar verordening ten grondslag heeft gelegd?

3) Als ook vraag 2 bevestigend moet worden beantwoord, kan dan op de in vraag 1 genoemde verdragsbepalingen voor het eerst een beroep worden gedaan voor een nationale cassatierechter indien a) naar het voor deze geldende procesrecht, in cassatie nieuwe stellingen alleen dan mogen worden aangevoerd indien zij van zuiver juridische aard zijn — dat wil zeggen niet een onderzoek van feitelijke aard vergen en onder alle omstandigheden opgaan — en b) dat beroep mede een onderzoek vergt van feitelijke aard?

- B)
- 4) Moet, tegen de achtergrond van de hiervoor (...) geschetste strekking van de WVD, een beroepspensioenfonds waarin krachtens en overeenkomstig de WVD het deelnemen voor alle of een of meer bepaalde groepen van beroepsgenoten verplicht is gesteld met de daaraan door deze wet verbonden, hiervoor (...) kort aangeduide rechtsvolgen, worden aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 85, 86 of 90 van het Verdrag?
13. De Hoge Raad wijst erop, dat de vragen onder B pas aan de orde komen, indien hij als gevolg van het antwoord van het Hof op de vragen onder A verplicht is verzoekers' op het gemeenschapsrecht gebaseerde stellingen te onderzoeken.

De procedurele vragen

- 5) Zo ja, is dan het verplicht stellen van deelneming in de in 3.1 onder B bedoelde beroepspensioenregeling voor fysiotherapeuten een door een Lid-Staat genomen maatregel die het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan maakt, of is zulks slechts onder bepaalde omstandigheden het geval en, indien dit laatste, onder welke?
14. De eerste reeks vragen (die onder A) kan worden omschreven als een reeks „procedurele” vragen, waarbij het woord „procedureel” in zeer ruime zin wordt gebruikt, zodat het zowel betrekking heeft op regels betreffende de organisatie van de rechtsmiddelen als op de bevoegdheid van de rechterlijke instanties. In deze zaken gaat het in feite om de invloed van het gemeenschapsrecht op procedurele kwesties in deze ruime zin, zoals deze in de rechtsstelsels van de Lid-Statens zijn georganiseerd.
- 6) Zo de laatste vraag ontkennend moet worden beantwoord, kunnen dan andere omstandigheden ertoe leiden dat het verplicht stellen onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 90 van het Verdrag en zo ja, welke?”
15. De structuur van de drie procedurele vragen is gebaseerd op de vooronderstelling, dat in cassatie in beginsel slechts een beroep kan worden gedaan op dwaling ten aanzien van het recht door de rechter tegen wiens beslissing beroep is ingesteld. Aangezien de rechtsvraag in deze zaken door partijen niet voor de lagere instanties is aangevoerd, rijst de vraag, of deze instanties de vraag zelf hadden kunnen of moeten opwerpen, omdat er

anders geen sprake kan zijn van dwaling ten aanzien van het recht. Daarom vraagt de Hoge Raad in zijn eerste vraag, of een nationale rechter bepaalde verdragsregels, in het bijzonder de mededingingsregels, ambtshalve moet toepassen, wanneer partijen daarop geen beroep hebben gedaan. De tweede vraag van de Hoge Raad komt enkel aan de orde, indien de eerste vraag in beginsel bevestigend moet worden beantwoord. Met zijn tweede vraag wil de Hoge Raad vernemen, of dit ook het geval is, indien de nationale rechter dan de hem door de nationale procesregels opgelegde lijdelijkheid zou moeten opgeven, door middelen te onderzoeken die niet aan de vorderingen van partijen ten grondslag liggen en tot staving waarvan nader feitelijk bewijs is vereist. Indien dit het geval is, wenst hij met zijn derde vraag te vernemen, of partijen voor het eerst voor een cassatierichter een beroep mogen doen op de genoemde verdragsregels, zelfs indien de rechter dan verplicht zou zijn om geen toepassing te geven aan procesregels op grond waarvan geen beroep mag worden gedaan op nieuwe stellingen die een feitelijk onderzoek vereisen. Mijns inziens moeten de eerste en de tweede vraag, gezamenlijk bekeken, ontkennend worden beantwoord. De derde vraag behoeft daarom niet te worden beantwoord.

16. In deze zaken zijn soortelijke vragen aan de orde als in de zaak *Peterbroeck*¹, waarin het Hof van Beroep te Brussel het Hof vroeg, of een nationale rechterlijke instantie een nationale procesregel, op grond waarvan het een door één van de partijen na afloop van de relevante termijn aangevoerde gemeenschapsrechtelijke vraag niet mocht onderzoeken, buiten toepassing moest laten.

Ik nam mijn conclusie in die zaak op 4 mei 1994. De terechtzitting in de zaak werd vervolgens heropend en op 4 april 1995 werd een nieuwe terechtzitting gehouden, te zamen met die in de onderhavige zaken.

17. In mijn conclusie van 4 mei 1994 in de zaak *Peterbroeck* stelde ik mij op het standpunt, dat het gemeenschapsrecht de betrokken nationale regel niet verbodt. Ik baseerde mijn standpunt op het feit, dat „volgens al lang gevestigde rechtspraak het een aangelegenheid is van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen, op voorwaarde dat die regels aan twee vereisten voldoen: zij mogen niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen, en zij mogen de uitoefening van door het gemeenschapsrecht verleende rechten² niet praktisch onmogelijk³ of uiterst moeilijk maken⁴” (punt 17). Aangezien geen van de vorderingen, vallende onder bepaalde door het Belgische recht erkende uitzonderingen, vergelijkbaar was met *Peterbroecks* vordering en de in de wetgeving neergelegde termijn niet kon worden aangemerkt als onredelijk, concludeerde ik, dat de Belgische regels voldeden aan de door het Hof gestelde vereisten.

2 — Zie bij voorbeeld de arresten van 16 december 1976 (zaak 33/76, *Rewe*, *Jurispr.* 1976, blz. 1989, r. o. 5); 9 november 1983 (zaak 199/82, *San Giorgio*, *Jurispr.* 1983, blz. 3595, r. o. 12) en 25 juli 1991 (zaak C-208/90, *Emmott*, *Jurispr.* 1991, blz. I-4269, r. o. 16). Zie eveneens het arrest van 1 april 1993 (gevoegde zaken C-31/93-C-44/91, *Lageder e. a.*, *Jurispr.* 1993, blz. I-1761, r. o. 27-29).

3 — Zie arrest *San Giorgio*, aangehaald in voetnoot 2, r. o. 14); arrest van 19 november 1991 (gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich e. a.*, *Jurispr.* 1991, blz. I-5357, r. o. 43).

4 — R. o. 17.

1 — Zaak C-312/93, conclusie van 4 mei 1994.

18. Deze vereisten beogen een evenwicht te scheppen tussen de noodzaak, de procesautonomie van de rechtsorden van de Lid-Staten te respecteren, en de noodzaak om de daadwerkelijke bescherming van de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten door de nationale rechterlijke instanties te verzekeren. Zij komen overeen met beslissingen in andere zaken, waarin het Hof nog meer nadruk heeft gelegd op de noodzaak om de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht en de adequate rechtsbescherming van justitiabelen te verzekeren, in het bijzonder de zaken *Simmenthal* en *Factortame* e. a.

van daaraan ontleende rechten door de Italiaanse rechterlijke instanties. De noodzaak om elke zaak waarin de verenigbaarheid van een nationale regel met het gemeenschapsrecht aan de orde is, naar het Constitutionele Hof te verwijzen, hetgeen langdurige, complexe en kostbare procedures met zich brengt, zou particulieren hebben belet de eerbiediging af te dwingen van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten⁶; bovendien zou, zelfs indien particulieren niet werd belet hun rechten geldend te maken, het gemeenschapsrecht hangende de procedure buiten toepassing zijn gebleven.⁷

19. In de zaak *Simmenthal*⁵ oordeelde het Hof, dat een nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheid belast was met de toepassing van bepalingen van gemeenschapsrecht, verplicht was zorg te dragen voor de volle werking van die bepalingen, zonder te wachten op opheffing van een strijdige nationale bepaling via de wetgeving of door het Italiaanse Constitutionele Hof. Het is duidelijk, dat deze beslissing uitermate belangrijk is voor de volkomenheid van de communautaire rechtsorde. In het door het Verdrag geschapen stelsel geschiedt de uitvoering van het gemeenschapsrecht door de nationale rechterlijke instanties. Elke nationale rechter moet uitvoering kunnen geven aan gemeenschapsregels die van belang zijn voor het rechtsgebied waarop hij bevoegd is. Indien alleen het Constitutionele Hof met het gemeenschapsrecht strijdige nationale regels buiten toepassing mocht laten, dan zou dit ongetwijfeld een enorme belemmering hebben gevormd voor de toepassing van het gemeenschapsrecht en de bescherming

20. In de zaak *Factortame* e. a.⁸ bestond er voor het Hof eveneens een dringende noodzaak om de ontoereikende rechterlijke bescherming ingevolge de nationale wetgeving van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten te verhelpen. Verzoekers hadden in judicial review de verenigbaarheid van sommige bepalingen van een Britse Act of Parliament met het gemeenschapsrecht aan de orde gesteld. De Divisional Court van de Queen's Bench Division verzocht het Hof om een uitspraak over deze kwestie. Tegelijkertijd vroegen verzoekers om een voorlopige maatregel in de vorm van opschorting van de toepassing van de bestreden bepalingen. De beschikking van de Divisional Court waarbij dat verzoek werd ingewilligd, werd

6 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Reischl in de zaak *Simmenthal*, reeds aangehaald (voetnoot 5), blz. 653.

7 — *Ibidem*, blz. 656.

8 — Arrest van 19 juni 1990 (zaak C-213/89, Jurispr. 1990, blz. I-2433).

5 — Arrest van 9 maart 1978 (zaak 106/77, Jurispr. 1978, blz. 629).

door de Court of Appeal vernietigd, op grond dat de Britse rechter niet bevoegd was bij wege van voorlopige maatregel de toepassing van Acts of Parliament op te schorten en in judicial review geen maatregelen kon gelasten tegen de Kroon. In antwoord op prejudiciële vragen van het House of Lords over deze kwestie oordeelde het Hof, dat een nationale rechter die in een bij hem aanhangig geding betreffende het gemeenschapsrecht van oordeel is dat het enige wat hem belet voorlopige maatregelen te gelasten, een regel van nationaal recht is, die regel buiten toepassing moet laten.

21. Ofschoon de uitspraak onvermijdelijk aanleiding gaf tot politieke debatten, was deze juridisch gezien niet revolutionair of verrassend, hetgeen blijkt uit de reactie van de Engelse rechters zelf.⁹ De bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten zou duidelijk ontoereikend, ja zelfs illusoir zijn geweest, indien de Divisional Court, in afwachting van zijn einduitspraak naar aanleiding van een beslissing van het Hof van Justitie, geen voorlopige maatregelen had kunnen gelasten om de daarom verzoekende partij voor onherstelbare schade te behoeden. Opmerkelijk is voorts, dat de Britse rechters zich nadien in soortgelijke procedures, zelfs indien het niet ging om aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten, bevoegd achtten maatregelen te gelasten tegen de Kroon.¹⁰

9 — Zie de toespraak van Lord Bridge of Harwich in de zaak Regina/Secretary of State for Transport ex parte Factortame Limited and Others, 1991, AC 603, inzonderheid blz. 658; 1990, CMLR 375.

10 — Zie de beslissing van het House of Lords in de zaak M/Home Office, 1994, 1 AC 377.

22. Men ziet dus, dat zowel in de zaak Simmenthal als in de zaak Factortame e. a. de uitspraak van het Hof nodig was om nationale rechters bij wie een op het gemeenschapsrecht gebaseerde vordering op regelmatige wijze was ingesteld, in staat te stellen, de taak die hun krachtens het door het Verdrag opgezette stelsel is opgedragen, doeltreffend uit te oefenen.

23. De onderhavige zaak verschilt duidelijk van de zaken Simmenthal en Factortame en er bestaat mijns inziens geen reden om de in die zaken vastgelegde beginselen uit te breiden in die voege, dat zij bescherming bieden aan degenen die hebben nagelaten om op passende wijze vorderingen in te stellen krachtens rechtsvoorschriften die hun daartoe de gelegenheid bieden. Ik ben het daarom eens met de standpunten van alle Lid-Staten die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, te weten Frankrijk, Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk (en die alle vertegenwoordigd waren ter terechtzitting) en met het ter terechtzitting door Ierland en met het (in de zaak Peterbroeck) door België ingenomen standpunt. Spanje en Griekenland hebben ter terechtzitting echter een ander standpunt ingenomen. De Spaanse regering heeft gesteld, dat een nationale rechter gemeenschapsrechtelijke vragen zo nodig ambtshalve moet onderzoeken, ook indien nationale procesregels zich daartegen verzetten. Zij baseerde die conclusie op a) de voorrang van het gemeenschapsrecht, b) het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, en c) de noodzaak om een uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. De Griekse regering heeft gelijksoortige argumenten aangevoerd. Ik zal elk argument achtereenvolgens onderzoeken.

Voorrang van het gemeenschapsrecht

24. Naar mijn mening volgt uit de voorrang van het gemeenschapsrecht niet, dat een nationale rechter procesregels die beletten dat in een bepaalde fase van de procedure een gemeenschapsrechtelijke vraag wordt opgeworpen, onder alle omstandigheden buiten toepassing moet verklaren. Wat de voorrang van het gemeenschapsrecht in de eerste plaats vereist, is een algemene regel volgens welke, indien voor een nationale rechter een conflict ontstaat tussen een materiële bepaling van nationaal recht en een materiële gemeenschapsrechtelijke bepaling, laatstgenoemde bepaling voorrang heeft. Het is immers zonneklaar, dat het gemeenschapsrecht bij gebreke van een dergelijke algemene regel een dode letter zou zijn.

25. Maar de voorrang van het gemeenschapsrecht vereist niet, dat procesregels onder alle omstandigheden buiten toepassing moeten kunnen worden verklaard, opdat in elke fase van de procedure een beroep op het gemeenschapsrecht kan worden gedaan. Gelijk de rechtspraak van het Hof heeft aangevoerd, volstaat het, dat de nationale procesregels particulieren een effectieve gelegenheid bieden om de eerbiediging van hun rechten af te dwingen.

26. Het is juist, dat rekening moet worden gehouden met het algemeen belang bij de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht en met de belangen van partijen. De benadering die het Hof in de loop der jaren

consequent heeft gevolgd suggereert echter, dat hetgeen in dit opzicht voldoende is voor het algemeen belang, precies overeenkomt met de reeds genoemde gevestigde beginselen, namelijk dat de nationale rechter de eerbiediging van communautaire rechten moet verzekeren, wanneer daarop in nationale procedures overeenkomstig nationale procesregels een beroep wordt gedaan, en dat nationale regels enkel buiten toepassing moeten worden verklaard, wanneer zij de afdwijing van de eerbiediging van die rechten verhinderen of onnodig bemoeilijken. Subsidiar zij opgemerkt, dat het communautaire belang ook kan worden beschermd door de Commissie, hetzij door de naleving te verzekeren van de mededingingsregels, waarop in de onderhavige zaken een beroep is gedaan, hetzij, meer algemeen, door te verzekeren dat de Lid-Staten voldoen aan hun communautaire verplichtingen, zo nodig met een procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag.

27. Het standpunt dat nationale procesregels altijd moeten wijken voor het gemeenschapsrecht, zou bovendien, zoals hierna zal blijken, een te grote ondermijning vormen van gevestigde beginselen die de grondslag van de rechtsorden van de Lid-Staten vormen. Het zou verder gaan dan hetgeen voor een doeltreffende rechtsbescherming noodzakelijk is. Het zou kunnen worden aangemerkt als een schending van het evenredigheidsbeginsel en, in ruime zin, van het subsidiariteitsbeginsel, dat nu juist een weerspiegeling vormt van het evenwicht dat het Hof op dit gebied sedert jaar en dag heeft trachten te bereiken. Het zou op grote schaal leiden tot anomalieën, aangezien het gevolg zou zijn, dat meer bescherming wordt toegekend aan rechten die niet, op grond dat zij aan het

gemeenschapsrecht ontleende rechten zijn, belangrijker zijn dan door de nationale wetgeving erkende rechten. Men kan bij voorbeeld moeilijk stellen, dat het recht om hun eigen verzekeringsregeling te kunnen kiezen, dat Van Schijndel en Van Veen aan het gemeenschapsrecht menen te kunnen ontleenen, belangrijker is en meer bescherming verdient dan, bij voorbeeld, het recht van een verzoeker om vergoeding te eisen van door hem geleden schade.

28. Dit betekent niet, dat het belang wordt onderschat van de uitvoering van het gemeenschapsrecht door de nationale rechter, of van de krachtens artikel 5 van het Verdrag op hem rustende verplichting, volledige uitvoering te geven aan de gemeenschapsrechtelijke bepalingen en toe te zien op de naleving van de door het gemeenschapsrecht aan particulieren verleende rechten. Gelijk ik stelde in mijn conclusie in de zaak BP Soupergaz¹¹, zouden nationale rechters een ruime uitlegging moeten geven aan het vereiste, dat op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen op gelijke voet moeten worden geplaatst met op de nationale wetgeving gebaseerde vorderingen. Bovendien zal het Hof ervoor zorgen, dat op het gemeenschapsrecht gebaseerde rechten worden beschermd wanneer specifieke nationale regels aan de uitoefening ervan in de weg staan: zie, naast de arresten

Simmenthal en Factortame e. a., de arresten Johnston¹², Emmott¹³ en Marshall II.¹⁴

29. De veronderstelling die aan het door de Verdragen in het leven geroepen stelsel ten grondslag ligt is echter, dat nationale rechtsmiddelen die overeenkomstig de nationale procesregels worden aangewend voor de nationale rechter, gewoonlijk voldoende zijn om een doeltreffende en juiste rechtsbescherming te verzekeren. Zo verklaarde het Hof bij voorbeeld in de zaak Rewe¹⁵:

„dat het Verdrag weliswaar een aantal rechtstreekse vorderingsrechten heeft geschapen die particulieren in voorkomend geval bij het Hof van Justitie kunnen uitoefenen, doch dat het niet naast de reeds door het nationale recht gegeven rechtsmiddelen heeft willen voorzien in andere beroepsmogelijkheden voor de handhaving van het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter. Het door het Verdrag ingevoerde stelsel van rechtsbescherming, zoals met name tot uitdrukking komend in artikel 177, houdt evenwel in dat elk door het nationale recht geboden type rechtsovereenkomst moet kunnen worden gebruikt om de eerbiediging van rechtstreeks werkende gemeenschapsbepalingen te verzekeren op dezelfde voorwaarden inzake ontvankelijkheid en procedure als zouden gelden indien het erom ging de eerbiediging van nationaal recht te verzekeren.”

12 — Arrest van 15 mei 1986 (zaak 222/84, Jurispr. 1986, blz. 1651).

13 — Arrest van 25 juli 1991 (zaak C-208/90, Jurispr. 1991, blz. I-4269).

14 — Arrest van 2 augustus 1993 (zaak C-271/91, Jurispr. 1993, blz. I-4367).

15 — Arrest van 7 juli 1981 (zaak 158/80, Jurispr. 1981, blz. 1805).

11 — Arrest van 6 juli 1995 (zaak C-62/93, Jurispr. 1995, blz. I-1883).

30. De onderliggende gedachte is, dat rechtsstaten hun nationale rechtsstelsels zodanig organiseren, dat zij hun onderdanen een juiste toepassing van de wet en een passende rechtsbescherming verzekeren. Het Hof behoeft derhalve slechts in uitzonderingsgevallen te interveniëren om ervoor te zorgen, dat uitvoering wordt gegeven aan het gemeenschapsrecht.

Doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht

31. En dan wil ik nu ingaan op het tweede argument van de Spaanse regering, gebaseerd op de noodzaak om de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Opgemerkt zij in de eerste plaats, dat een juiste toepassing van de wet niet noodzakelijkerwijs betekent, dat aan die toepassing geen grenzen zijn gesteld. Het belang van volledige toepassing moet wellicht worden afgewogen tegen andere overwegingen, zoals rechtszekerheid, een goede rechtsbedeling en het goed verloop van rechterlijke procedures. Rechtsstelsels kennen gewoonlijk een aantal beperkingen die, indien de verzoeker niet een redelijke mate van zorgvuldigheid aan de dag legt, tot volledige of gedeeltelijke afwijzing van zijn vordering zullen leiden. Deze beperkingen omvatten termijnen voor het inleiden van administratieve en gerechtelijke procedures met de daarbij behorende handelingen, termijnen voor vorderingen met terugwerkende kracht, regels die de indiening van nieuwe vorderingen beperken en beperkingen van de beroepsgronden en van de kwesties die de rechter ambtshalve aan de orde mag stellen.

32. Ook in procedures voor het Hof van Justitie kan een onzorgvuldige procespartij ondervinden, dat beroep of hogere voorziening wordt geblokkeerd door tijdslimieten en dat hem wordt belet bepaalde vorderingen in te stellen of middelen aan te voeren, die voor zijn zaak wellicht relevant waren. Afgezien van de termijnen die in het Verdrag en de Statuten zijn opgesteld voor het aanhangig maken van de verschillende categorieën procedures, zijn er aanzienlijke beperkingen verbonden aan de uitbreiding van het voorwerp van een beroep en het aanvoeren van nieuwe middelen in latere stadia van de procedures. Het voorwerp van rechtstreekse beroepen wordt in beginsel bepaald door het verzoekschrift aan het Hof of, in geval van door de Commissie krachtens artikel 169 ingestelde beroepen, door het met redenen omkleed advies van de Commissie. Daarnaast moet de verzoeker in het verzoekschrift een summier uiteenzetting geven van de aangevoerde middelen: zie artikel 38, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering. Artikel 42, lid 2, van dit Reglement bepaalt, dat „nieuwe middelen niet in de loop van het geding mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken”. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen zal het Hof een punt ambtshalve aan de orde stellen.

33. De mate waarin de nationale rechter een door partijen niet aangevoerde rechtsvraag kan opwerpen, kan afhankelijk zijn van de aard van de procedure waaraan de zaak is onderworpen. Men komt wellicht in de verleiding te veronderstellen, dat er een essentieel verschil bestaat tussen twee fundamenteel verschillende soorten procedures in de Lid-Staten: een onderscheid tussen, in het

algemeen gesproken, het continentale stelsel enerzijds en het Engelse, Ierse en Schotse stelsel anderzijds. In die zienswijze wordt de rechter in de continentale stelsels geacht de wet te kennen („*jura novit curia*” of „*curia novit legem*”); hij dient de juiste rechtsregels toe te passen op de feiten zoals die door de partijen aan de rechter zijn voorgedragen („*da mihi factum, dabo tibi jus*”) en, indien nodig, zal hij daartoe zijn eigen juridisch onderzoek starten. In de Engelse, Ierse en Schotse stelsels daarentegen heeft de rechter een minder actieve, of zelfs passieve rol: de procedure is in het algemeen gebaseerd op de veronderstelling dat de rechter geen onafhankelijke wetskennis bezit, doch afhankelijk is van de stellingen die de raadsmanen van partijen hebben aangevoerd, en dat hij in wezen dient te beslissen op basis van hun stellingen alleen. Een commentator verklaarde: „Het meest opvallende kenmerk van de Engelse procedure is wellicht, dat de regel ‚*curia novit legem*’ nooit deel heeft uitgemaakt en nooit deel zal uitmaken van het Engelse recht.”¹⁶

34. Dergelijke contrasten tussen verschillende categorieën rechtsstelsels blijken bij nader onderzoek vaak te worden overdreven, en dit blijkt ook nu het geval te zijn. Zelfs in geval van civiele procedures, waar het contrast het duidelijkst is — het is waarschijnlijk nauwelijks aanwezig in straf- of administratieve procedures, waar andere beginselen gelden — kan het onderscheid tussen de beide benaderingen nauwelijks worden volgehouden. Het hierboven weergegeven contrast vooronderstelt, dat rechters in de

continentale stelsels een door partijen niet opgeworpen rechtsvraag ambtshalve aan de orde mogen, of zelfs moeten stellen, terwijl de rechters in de stelsels van de common law dit niet zullen doen. De realiteit is echter anders. Ofschoon de rechter in eerstgenoemde stelsels een nieuwe rechtsvraag mag opwerpen, mag hij niet buiten de rechtsstrijd treden, zoals omschreven door de vorderingen van de partijen, die de „leiders van het geding blijven” (*dominus litis*). Evenmin mag hij in het algemeen een nieuw punt aan de orde stellen, dat nieuwe feitelijke vragen meebrengt. Dit is exact de situatie in de Nederlandse civiele procedure, zoals door de Hoge Raad uiteengezet in het verwijzingsarrest¹⁷, en de situatie lijkt dezelfde in vele andere stelsels. Bovendien is het in vele stelsels zo, dat indien de rechter een nieuwe rechtsvraag opwerpt, hij partijen zal of moet verzoeken om hierover opmerkingen te maken, evenals een Engelse rechter dit zou doen. Een Engelse rechter mag op zijn beurt zonder bezwaar een rechtsvraag opwerpen, die partijen niet hebben aangevoerd. Een vergelijkende en gedetailleerde studie van de benadering van deze punten door een Engelse en, bij voorbeeld, een Franse rechter zal aantonen, dat de verschillen niet groot zijn.¹⁸

35. Bovendien zal een Engelse rechter, evenals iedere andere rechter, uiteraard ambtshalve punten van openbare orde aansnijden.

16 — Mann: „Fusion of the Legal Professions?”, *Law Quarterly Review*, 1977, blz. 367, 369.

17 — Zie hierboven, punt 11.

18 — Zie Jolowicz: „Da mihi factum dabo tibi jus: a problem of demarcation in English and French law”, in *Multum non multa: Festschrift für Kurt Lipstein*, 1980, blz. 79.

Om die reden heeft het Engelse recht eeuwenlang geweigerd om vorderingen tot nakoming van onwettige overeenkomsten te erkennen; in een moderne zaak werd hierover het volgende gezegd:

„Wanneer een overeenkomst op het eerste gezicht klaarblijkelijk onwettig is, zal de Court de vordering tot nakoming niet toewijzen, ongeacht of het middel al dan niet is aangevoerd en of een der partijen het middel al dan niet opwerpt, en zelfs indien het voor de eerste keer in hoger beroep wordt aangevoerd. De reden hiervoor is, dat de Queen's Courts, ongeacht de wensen van de partijen, niet mogen worden gebruikt om de nakoming van onwettige overeenkomsten te bekomen (...)"¹⁹

36. Maar zelfs in het Engelse stelsel zal de mate waarin een rechter tussenbeide zal komen en ambtshalve vragen zal opwerpen, afhangen van de context: een en ander kan bij voorbeeld afhankelijk zijn van het soort procedure (civiel, strafrechtelijk of administratief), het stadium van de procedure (eerste aanleg, hoger beroep of cassatie), en de aard van de rechterlijke instantie (court of tribunal).

37. Een vergelijkende studie van de situatie in de Lid-Staten toont aan, dat er tussen hun rechtsstelsels nog verdere verschillen kunnen bestaan. Er bestaat bij voorbeeld absoluut

geen overeenstemming over wat een middel van openbare orde (*moyen d'ordre public*) is. Ofschoon het wellicht niet onmogelijk is om alle rechterlijke instanties te verplichten het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen, zou dit een verstoring veroorzaken, die weliswaar kan variëren naar gelang het soort stelsel, doch die in alle stelsels waarschijnlijk aanzienlijk zou zijn. Er zouden eveneens problemen rijzen bij de beslissing, of die ambtshalve toepassing voor het gehele gemeenschapsrecht zou moeten gelden of slechts voor een deel daarvan, en zo ja, voor welke delen.

38. Om principiële en praktische redenen moet derhalve worden geconcludeerd, dat een nationale rechter een gemeenschapsrechtelijke bepaling alleen dan ambtshalve moet toepassen, indien hij een overeenkomstige bepaling van nationaal recht eveneens ambtshalve zou moeten toepassen. Dit kan weliswaar leiden tot een ongelijke toepassing van het gemeenschapsrecht, doch deze is, zoals gezien, een consequentie van de verscheidenheid van de nationale rechtsstelsels.

39. Deze conclusie wordt versterkt, indien men de beroepsprocedure en met name de cassatieprocedure nader beschouwt. In beroepsprocedures zijn gewoonlijk beperkingen gesteld aan het recht van een appellant of geïntimeerde om nieuwe vragen op te werpen, die het voorwerp van het geding verruimen. Indien deze beperkingen niet

¹⁹ — Zaak *Bank of India/Trans Continental Commodity Merchants Ltd & J. N. Patel*, 1982, 1 Lloyd's Reports 427, door J. Bingham, blz. 429.

golden, zou de aard van de beroepsprocedure worden ontwricht en zou deze de vorm aannemen van een hernieuwde behandeling.

40. Dergelijke overwegingen gelden met name in cassatieprocedures in de Lid-Statens, aangezien de bevoegdheid van de rechter in die procedures zich gewoonlijk beperkt tot de vraag, of de lagere instantie bij haar beslissing heeft gedwaald ten aanzien van het recht, zodat partijen noch de rechter nieuwe rechtsvragen kunnen opwerpen.

41. Het aanvoeren van nieuwe middelen die in lagere instanties niet zijn aangevoerd, is dikwijls strikt beperkt. Terwijl het Duitse Bundesgerichtshof en de Franse Cour de cassation betrekkelijk vrij zijn om ambtshalve gronden aan te voeren, moeten de Belgische, Spaanse en Italiaanse hoven van cassatie en de Nederlandse Hoge Raad zich in beginsel beperken tot de door partijen aangevoerde middelen. Behoudens beperkte uitzonderingen mag het Belgische Hof van Cassatie zelfs geen gronden van openbare orde aanvoeren.

42. Ook in het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie zijn beperkingen voorzien: in hogere voorziening tegen een beslissing van het Gerecht van eerste aanleg mag geen der partijen „het

voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigen”.²⁰ Er kan weliswaar een uitzondering zijn, waarbij het Hof een vraag van „openbare orde” mag opwerpen, zelfs indien het Gerecht van eerste aanleg dit niet deed²¹, doch het is duidelijk, dat die uitzondering nauwkeurig omschreven moet zijn, wil de regeling inzake de hogere voorziening op de juiste wijze functioneren.

43. De thans aan de orde zijnde Nederlandse regels maken het mijns inziens een verzoeker niet buitengewoon moeilijk om de eerbiediging van zijn aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten af te dwingen. Die regels beogen slechts te verzekeren, dat de procedure ordelijk en efficiënt verloopt, door te verhinderen dat de verzoeker het voorwerp van het geding, zoals omschreven in zijn verzoekschrift, uitbreidt en in cassatie nieuwe vragen opwerpt, die buiten het kader van het geding vallen en een nader onderzoek van de feiten zouden vereisen. Opgemerkt zij, dat de Nederlandse regels, afgezien van die beperkingen, van de partijen niet bijzonder veel vragen. Artikel 48 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verplicht de rechter immers om zo nodig ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

44. Aangezien de Nederlandse regels een adequate bescherming blijken te bieden van

20 — Artikel 113, lid 2, en artikel 116, lid 2.

21 — Lenaerts: „The Development of the Judicial Process in the European Community after the Establishment of the Court of First Instance”, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, deel I, boek I, 1990, blz. 53-113, blz. 109.

de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten, volstaat het dat de nationale rechter bij de toepassing van die regels de op het gemeenschapsrecht gebaseerde middelen op dezelfde wijze behandelt als soortgelijke, op de nationale wetgeving gebaseerde middelen.

zijn, dat nationale rechtsmiddelen en procesregels een passende rechtsbescherming verschaffen.²²

Uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht

45. De Spaanse regering voerde als derde bezwaar aan, dat een dergelijk standpunt zou leiden tot een gebrek aan eenvormigheid bij de toepassing van het gemeenschapsrecht; in Lid-Staten met minder strenge procesregels kan het gemeenschapsrecht worden toegepast, ondanks het feit dat de partijen onzorgvuldig zijn. Een zekere mate van ongelijkheid bij de toepassing van het gemeenschapsrecht is echter onvermijdelijk, aangezien geharmoniseerde regels inzake rechtsmiddelen, procedures en termijnen ontbreken. Om maar eens een duidelijk voorbeeld te noemen, indien een onoplettende verzoeker geen rekening houdt met de termijn voor het indienen van een administratieve klacht of het starten van een procedure, kan zijn vordering worden getroffen door verval van recht; dergelijke termijnen variëren echter per Lid-Staat en kunnen ook afhankelijk zijn van het betrokken rechtsmiddel. Men kan niet staande houden, dat het gemeenschapsrecht in het belang van de uniformiteit vereist, dat alle tijdslimieten voor aan dit recht ontleende vorderingen opzij moeten worden gezet. Bij gebreke van geharmoniseerde regels kan het enige vereiste

Andere argumenten

46. Ten slotte wil ik ingaan op een aantal andere argumenten die in de loop van de procedure naar voren zijn gebracht. Om te beginnen kan men, gelijk ik opmerkte in punt 44 van mijn conclusie van 4 mei 1994 in de zaak Peterbroeck, geen beroep doen op artikel 177 EG-Verdrag voor de stelling, dat een nationale rechter altijd ambtshalve een punt van gemeenschapsrecht moet kunnen opwerpen, dat partijen niet hebben aangevoerd. Artikel 177 creëert enkel het mechanisme met behulp waarvan een nationale rechter, bij wie op de voorgeschreven wijze een gemeenschapsrechtelijk punt aan de orde is gesteld, een beslissing van het Hof over dit punt kan krijgen. Ofschoon artikel 177 zich verzet tegen de toepassing van procesregels die een nationale rechter beletten om in dergelijke omstandigheden een beslissing van het Hof te vragen, houdt het zich niet bezig met de voorafgaande vraag, onder welke voorwaarden een dergelijk punt voor de nationale rechter aan de orde moet worden gesteld.

47. In de tweede plaats moet worden opgemerkt, dat de eerste vraag van de Hoge Raad

22 — Zie arrest van 12 juni 1980 (zaak 130/79, Express Dairy Foods, Jurispr. 1980, blz. 1887, r. o. 12).

gebaseerd is op de veronderstelling, dat het hoofdgeding betrekking heeft op „ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen”. Verzoekers betogen, dat die zin indirect verwijst naar de Nederlandse definitie van regels van openbare orde, namelijk regels, die niet naar goeddunken van partijen kunnen worden toegepast of buiten toepassing kunnen worden gelaten. Zij betwisten die veronderstelling met het betoog dat de gemeenschapsrechtelijke regels, die van een hogere rangorde zijn dan de nationale wetgeving, moeten worden beschouwd als regels van openbare orde die een rechter ambtshalve moet toepassen. Zij staan niet ter vrije beschikking van de partijen.

48. Om de reeds genoemde redenen ben ik van mening, dat uit het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht niet volgt, dat aan alle gemeenschapsrechtelijke regels een bijzondere status moet worden verleend, voor zover nationale procesregels in geding zijn. Het communautair algemeen belang om de integriteit van de communautaire rechtsorde te behouden en de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontnemen op de juiste wijze te beschermen, kan ook worden gediend met de door het Hof reeds ontwikkelde beginselen.

49. Ik sluit de mogelijkheid echter niet uit, dat er omstandigheden kunnen zijn waarin een nationale rechter verplicht is om een door partijen niet aangevoerde regel van gemeenschapsrecht in aanmerking te nemen, zelfs indien hij daarmee buiten de rechtsstrijd treedt zoals die wordt afgebakend door de vorderingen van partijen. Een nationale rechter kan verplicht zijn, een vordering tot nakoming van een ingevolge artikel 85 van

het Verdrag kennelijk onwettige overeenkomst af te wijzen. Dit kan bij voorbeeld het geval zijn, indien een partij bij een prijsbindingsovereenkomst die kennelijk in strijd is met artikel 85 van het Verdrag, schadevergoeding probeert te verkrijgen voor niet-nakoming door een andere partij, en de verweerder geen beroep heeft gedaan op artikel 85. In dat geval zou de nationale rechter de vordering ongetwijfeld kunnen en moeten afwijzen. Maar aangezien men er gerust van kan uitgaan, dat geen enkele rechter een vordering tot nakoming van een volgens de nationale wetgeving kennelijk onwettige overeenkomst zal toewijzen, zelfs al doen partijen geen beroep op die onwettigheid, vereist dat resultaat slechts een toepassing van het non-discriminatiebeginsel. Bovendien is er in geval van onwettigheid ingevolge de artikelen 85 en 86 van het Verdrag sprake van een extra bescherming van het gemeenschappelijk belang, voor zover de Commissie altijd tussenbeide kan komen.

50. In onderhavige zaken is deze kwestie echter niet aan de orde. Had geen van partijen een beroep gedaan op het gemeenschapsrecht, dan had geen doorslaggevende overweging van communautair algemeen belang van de nationale rechter geëist om, ongeacht de vorderingen van partijen, complexe vragen over de gemeenschappelijke mededingingsregels op te werpen. Het enige communautaire belang in de onderhavige zaken is dat van een passende rechterlijke bescherming, een belang waaraan mijns inziens is voldaan.

51. Ten slotte verschillen de onderhavige zaken duidelijk van de zaak Duijnstee.²³ In

23 — Arrest van 15 november 1983 (zaak 288/82, Jurispr. 1983, blz. 3663).

die zaak oordeelde het Hof in antwoord op een vraag van de Hoge Raad, dat artikel 19 van het Executieverdrag²⁴ de nationale rechter de verplichting oplegt om zich ambtshalve onbevoegd te verklaren, zodra hij vaststelt dat een gerecht van een andere verdragsluitende Staat bij uitsluiting bevoegd is in de zin van artikel 16 van het Executieverdrag, zelfs wanneer een nationale regel van procesrecht het onderzoek van de rechter in het kader van een cassatieberoep beperkt tot de door partijen aangevoerde middelen. Het Executieverdrag, dat de civielrechtelijke bevoegdheid van de gerechten van de verdragsluitende Staten regelt, moet, aldus het Hof²⁵, voorrang hebben boven de nationale bepalingen die daarmee onverenigbaar zijn. Artikel 19 van het Executieverdrag legt de nationale rechter de specifieke verplichting op om zich onder bepaalde omstandigheden ambtshalve onbevoegd te verklaren. Een nationale regel die een rechter verbiedt om dit te doen, is daarom in strijd met de uitdrukkelijke bewoordingen van het Executieverdrag.

52. Op de eerste en de tweede vraag van de nationale rechter moet mijns inziens derhalve worden geantwoord, dat in procedures als in de hoofdgedingen aan de orde, een nationale rechter op grond van het gemeenschapsrecht verplicht noch bevoegd is om nationale procedureregels buiten toepassing te laten die zonder onderscheid gelden voor op het nationale recht en op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen en die hem beletten om door partijen niet aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht toe te passen,

indien dit zou betekenen, dat hij buiten de rechtsstrijd moet treden of zich moet baseren op feiten waarop door partijen geen beroep is gedaan. Aangezien de derde vraag enkel aan de orde komt indien de tweede bevestigend wordt beantwoord, behoeft de derde vraag geen beantwoording.

De materiële vragen

53. Met de vierde, vijfde en zesde vraag beoogt de Hoge Raad te vernemen, of de pensioenregeling voor fysiotherapeuten, en in het bijzonder de verplichte deelneming, verenigbaar zijn met de mededingingsregels van het Verdrag. Aangezien deze vragen niet voor de kantonrechter waren opgeworpen, heeft deze dienaangaande geen feitelijke vaststellingen gedaan. In het verwijzingsarrest verwijst de Hoge Raad slechts naar het doel van de WVD en naar de consequenties van verplichtstelling van een regeling; zie de punten 2 en 3 hiervoor.

54. Het Hof heeft steeds geoordeeld, dat²⁶

„wegens het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het

24 — „De rechter van een verdragsluitende Staat bij wie een geschil aanhangig is gemaakt met als inzet een vordering waarvoor krachtens artikel 16 een gerecht van een andere verdragsluitende Staat bij uitsluiting bevoegd is, verklaart zich ambtshalve onbevoegd.”

25 — Zie in het bijzonder r. o. 14 van het arrest.

26 — Beschikking van 9 augustus 1994 (zaak C-378/93, La Pyramide, Jurispr. 1994, blz. I-3999, r. o. 14). Zie voorts arrest van 26 januari 1993 (gevoegde zaken C-320/90, C-321/90 en C-322/90, Telemarsicabruzzo e. a., Jurispr. 1993, blz. I-393).

gemeenschapsrecht te komen, het noodzakelijk is dat deze een omschrijving geeft van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd”.

Die eisen gelden in het bijzonder op een gebied als het mededingingsrecht, dat wordt gekenmerkt door complexe feitelijke en juridische situaties.²⁷ Het feit dat de vragen over de mededinging niet ter sprake zijn gebracht voor de nationale rechter is natuurlijk juist de reden, waarom de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest geen volledige omschrijving kon geven van het feitelijk en juridisch kader van dit aspect van de zaak.

55. Indien de Hoge Raad, in tegenstelling tot het door mij ingenomen standpunt, verplicht mocht zijn de mededingingsvragen te onderzoeken, zal hierover mijns inziens eerst een uitspraak moeten worden gedaan nadat de feitelijke en juridische context van het geding nader is toegelicht. In deze conclusie zal ik slechts, in het licht van de in de schriftelijke opmerkingen verschaft gegevens over het fonds, een voorlopig standpunt innemen over de vierde vraag van de nationale rechter. Met die vraag beoogt de Hoge Raad te vernemen, of een krachtens de WVD opgezette beroepspensioenregeling waarin de deelneming voor alle, of een of meer bepaalde

groepen van, beroepsgenoten verplicht is gesteld, een onderneming vormt in de zin van artikel 85, 86 of 90 EG-Verdrag. Mij lijkt die vraag ontkennend te moeten worden beantwoord.

56. Verzoekers verwijzen naar het arrest *Höfner en Elser*²⁸ tot staving van een ruime, het fonds omvattende uitlegging van het begrip onderneming. In die zaak oordeelde het Hof, dat een publiekrechtelijk orgaan voor de arbeidsbemiddeling moest worden aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Het Hof verklaarde²⁹:

„In de context van het mededingingsrecht moet worden gepreciseerd, dat enerzijds het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, en dat anderzijds arbeidsbemiddeling een economische activiteit is.

De omstandigheid dat de arbeidsbemiddeling gewoonlijk is toevertrouwd aan publiekrechtelijke organen, doet niets af aan het economische karakter van deze activiteit. De arbeidsbemiddeling is niet altijd in handen van overheidsdiensten geweest en een dergelijk overheidsmonopolie is ook niet noodzakelijk, met name waar het gaat om de

27 — Arrest *Telemarsicabruzzo e. a.*, reeds aangehaald (voetnoot 26), r. o. 7.

28 — Arrest van 23 april 1991 (zaak C-41/90, Jurispr. 1991, blz. I-1979).

29 — R. o. 21 en 22.

bemiddeling van hoger en leidinggevend personeel.”

57. Met betrekking tot sociale-zekerheidsregelingen is de situatie echter ingewikkelder. Pensioenregelingen kunnen verschillende vormen aannemen, variërend van sociale-zekerheidsregelingen van overheidswege tot een hele reeks particuliere individuele regelingen die door particuliere verzekeraars worden beheerd. Ofschoon er zelfs tussen die regelingen de mogelijkheid van mededinging aanwezig is (hetgeen wordt aangetoond door het feit, dat in het Verenigd Koninkrijk sociale-zekerheidsregelingen van overheidswege ten dele kunnen worden vervangen door particuliere pensioenregelingen), lijkt het duidelijk, dat de communautaire mededingingsregels niet bedoeld zijn om op sociale-zekerheidsregelingen van overheidswege te worden toegepast. Het probleem ligt in de indeling van de tussencategorieën, zoals de thans in geding zijnde regeling. In haar initiatieven op het gebied van pensioenen heeft de Commissie dit brede scala van regelingen erkend alsook de noodzaak om, bij het nastreven van haar drie doelstellingen — grensoverschrijdend beheer van pensioenfondsen, opheffing van de beperkingen op de belegging van gelden van een pensioenfonds en grensoverschrijdende deelneming in de regelingen —, de keuzes die de Lid-Staten ten aanzien van pensioenregelingen maken, te eerbiedigen.³⁰ Er moet in het bijzonder op worden gewezen, dat in de considerans van het gewijzigde voorstel van de Commissie van 26 mei 1993³¹, dat

weliswaar een aantal voorstellen bevat over grensoverschrijdend beheer en de opheffing van de beperkingen op de beleggingen, wordt erkend, dat aan de grensoverschrijdende deelneming nog moet worden gewerkt teneinde rekening te houden met de verschillende typen pensioeninstellingen en de werking van instellingen met verplichte deelneming niet in het geding te brengen.³²

58. In de zaken Poucet en Pistre³³ was het Hof reeds in de gelegenheid om de reikwijdte van de communautaire mededingingsregels te beoordelen met betrekking tot bepaalde, in de tussencategorie vallende regelingen. In die zaken oordeelde het Hof, dat organen die het beheer voerden over de verzekering in zake ziekte en zwangerschap voor zelfstandige, niet agrarische beroepen en de pensioenregeling voor de nijverheid, geen „onderneming” waren in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. De regelingen beoogden een louter sociaal doel, hadden geen winstoogmerk en waren gebaseerd op het solidariteitsbeginsel. Zij dienden een ieder die onder de regeling viel, een verzekering te verschaffen, ongeacht vermogen of gezondheidstoestand op het moment van aansluiting.

59. Het solidariteitsbeginsel kwam bij de ziekte- en zwangerschapsregeling tot uitdrukking in een herverdeling van de

30 — Zie het werkdocument van de Commissie van 23 oktober 1990 over de voltooiing van de interne markt voor particuliere pensioenvoorzieningen, opgenomen in bijlage bij de opmerkingen van de Commissie in zaak C-244/94. Zie eveneens het voorstel van de Commissie van 21 oktober 1991 voor een richtlijn van de Raad betreffende de vrijheid van beheer en de belegging van de gelden van instellingen voor pensioenvoorziening (91/C 312/04, PB 1991, C 312, blz. 3), zoals gewijzigd op 26 mei 1993 (93/C 171/11, PB 1993, C 171, blz. 13).

31 — Aangehaald in voetnoot 30.

32 — Zie de laatste overweging van de considerans.

33 — Arrest van 17 februari 1993 (gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, Jurispr. 1993, blz. I-637).

inkomsten, aangezien de deelnemers bijdroegen naar evenredigheid van hun beroepsinkomen (deelnemers die een invaliditeitsuitkering ontvingen en gepensioneerde deelnemers waren vrijgesteld van de verplichte bijdragen), doch gelijke uitkeringen ontvingen. Bij de pensioenregeling kwam het solidariteitsbeginsel tot uitdrukking in het feit, dat de uitkeringen van gepensioneerde deelnemers werden gefinancierd door de bijdragen van de actieve deelnemers, en in het feit, dat de uitkeringen niet evenredig waren aan de betaalde bijdragen. Er bestond eveneens een zekere solidariteit tussen de verschillende regelingen. De regelingen waren noodzakelijkerwijs gebaseerd op verplichte deelneming, welke essentieel was voor het financiële evenwicht van de regelingen.

60. Het beheer van de regelingen stond onder toezicht van de overheid. De fondsen hadden geen invloed op het niveau van de bijdragen en uitkeringen.

61. Het Hof concludeerde, dat het beheer van de regelingen een louter sociale functie vormde en geen economische activiteit. De fondsen vielen daarom niet onder de definitie van „onderneming” als gegeven in het arrest Höfner en Elser.³⁴

62. Ofschoon het pensioenfonds waar het in deze zaken om gaat, op bepaalde punten verschilt van de fondsen in de zaken Poucet en Pistre, bezit het mijns inziens de essentiële kenmerken op grond waarvan het Hof in die zaken tot zijn conclusie kwam. Het fonds vervult ontegenzeggelijk een louter sociale functie. Het werd opgezet door fysiotherapeuten en de deelneming werd op verzoek van de beroepsgenoten verplicht gesteld bij een krachtens de WVD genomen ministerieel besluit. Zoals reeds gezegd, heeft laatstgenoemde wet tot doel, het post-actieve inkomen aan te passen aan het stijgende algemene inkomenspeil, jongere beroepsgenoten te laten bijdragen in de hogere lasten van de voorzieningen voor oudere beroepsgenoten en te voorzien in de toekenning van pensioenrechten over jaren welke liggen vóór de inwerkingtreding van de regelingen. Het fonds maakt geen winst. Het bestuur, dat geen bezoldiging ontvangt, maar uitsluitend een onkostenvergoeding (artikel 7 van de statuten van het fonds), bestaat enkel uit deelnemers in het fonds (artikel 5 van de statuten).

63. Voorts blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van verweerder, dat de door het fonds beheerde regeling een belangrijke mate van solidariteit tussen de deelnemers kent, die verder gaat dan hetgeen normaal mag worden verwacht van particuliere regelingen. In principe wordt een standaardbijdrage geheven en een standaardpensioen betaald, ongeacht de leeftijd waarop een deelnemer tot het beroep is togetreden en ongeacht zijn gezondheidstoestand op het moment van toetreding; bovendien worden met terugwerkende kracht pensioenrechten toegekend aan deelnemers die het beroep reeds uitoefenden

34 — Aangehaald in voetnoot 28.

op het moment waarop de regeling van kracht werd. Daarnaast moet worden opgemerkt, dat de verzekeringsdekking zonder betaling van bijdragen blijft bestaan in geval van arbeidsongeschiktheid.

64. Gezien het voorgaande ben ik van mening, dat het fonds meer lijkt op een sociale-zekerheidsinstelling dan op een particuliere verzekeraar en dat de regeling zelf meer verwantschap vertoont met een sociale-zekerheidsregeling dan met particuliere pensioenregelingen, zelfs al zijn die op collectieve basis georganiseerd. De deelnemers in de regeling betalen eerder bijdragen aan een gemeenschappelijk fonds dan dat zij een commerciële dienst ontvangen. Mijns inziens treedt het fonds ten opzichte van zijn leden daarom niet op als een onderneming, maar als een sociale instelling, waaraan de beroeps-genoten de verantwoordelijkheid hebben

toevertrouwd om voor hen pensioenregelingen te treffen.

65. Deze conclusie geldt ondanks het feit, dat de regeling zodanig wordt gefinancierd, dat de pensioenen eerder uit de reserves dan uit de lopende bijdragen worden betaald. Het fonds heeft op overtuigende wijze aangetoond, dat de vorming van aanzienlijke reserves noodzakelijk is, wil een niet door de overheid gefinancierde regeling de reële waarde van de pensioenen in tijden van hoge inflatie kunnen handhaven. Het feit dat pensioenfonds grote investeerders op de kapitaalmarkt zijn, verklaart zeker de initiatieven van de Commissie met betrekking tot grensoverschrijdend beheer van fondsen en beleggingen, doch vormt geen beslissende factor bij de bepaling, of een fonds ten opzichte van zijn leden optreedt als een onderneming in de zin van het mededingingsrecht.

Conclusie

66. Mitsdien ben ik van mening, dat het Hof alleen de eerste en de tweede vraag van de Hoge Raad behoeft te beantwoorden, en geef ik daarop het volgende antwoord in overweging:

„In procedures zoals die in de onderhavige zaken aanhangig zijn voor de nationale rechter, is de nationale rechter op grond van het gemeenschapsrecht verplicht noch bevoegd om geen toepassing te geven aan nationale procedureregels die zonder onderscheid gelden voor op het nationale recht en op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen en waardoor hij door partijen niet aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht niet kan toepassen, indien dit zou betekenen, dat hij buiten de rechtsstrijd moet treden of zich moet baseren op feiten waarop door partijen geen beroep is gedaan”.