

ARREST VAN HET HOF

21 september 1999 *

In de gevoegde zaken C-115/97—C-117/97,

betreffende verzoeken aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van het Kantongerecht te Roermond, in de aldaar aanhangige gedingen tussen

Brentjens' Handelsonderneming BV

en

Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG), 5, 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 10 EG, 81 EG, 82 EG en 86 EG),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J.-P. Puissochet, G. Hirsch en P. Jann, kamerpresidenten, J. C. Moitinho de Almeida (rapporteur),

* Procestaal: Nederlands.

C. Gulmann, J. L. Murray, D. A. O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón en M. Wathelet, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs

griffier: D. Louterman-Hubeau, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Brentjens' Handelsonderneming BV, vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger, advocaat te Rotterdam,
- Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, vertegenwoordigd door E. Lutjens, advocaat te Amsterdam, en M. O. Meulenbelt, advocaat te Utrecht,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door J. G. Lammers, waarnemend juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, en C.-D. Quassowski, Regieringsdirecteur bij dat ministerie, als gemachtigden,
- de Franse regering, vertegenwoordigd door K. Rispal-Bellanger, onderdirecteur internationaal economisch recht en gemeenschapsrecht bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en C. Chavance, adviseur buitenlandse zaken bij die directie, als gemachtigden,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door E. Brattgård, departementsråd bij de afdeling buitenlandse handel van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber en W. Wils, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Brentjens' Handelsonderneming BV, vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger; de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, vertegenwoordigd door E. Lujens en M. O. Meulenbelt; de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. A. Fierstra, hoofd van de dienst Europees recht van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde; de Franse regering, vertegenwoordigd door C. Chavance; de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Kruse, departementsråd bij het juridisch secretariaat (EU) van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en de Commissie, vertegenwoordigd door W. Wils, ter terechtzitting van 17 november 1998,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 januari 1999,

het navolgende

Arrest

- 1 Bij drie vonnissen van 18 maart 1997, ingekomen bij het Hof op 20 maart daaraanvolgend, heeft het Kantongerecht te Roermond krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234) vier prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van

de artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG), 5, 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 10 EG, 81 EG, 82 EG en 86 EG).

- 2 Die vragen zijn gerezen in drie gedingen tussen Brentjens' Handelsonderneming BV (hierna: „Brentjens”) en de Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen (hierna: „Pensioenfonds”) over de weigering van Brentjens het Pensioenfonds premies te betalen over de drie tijdvakken 1990-1994, 1995 en 1996, op grond dat de verplichte deelneming in het Pensioenfonds, krachtens welke die premies van haar werden gevorderd, in strijd zou zijn met de artikelen 3, sub g, 5, 85, 86 en 90 van het Verdrag.

De nationale wettelijke regeling

- 3 Het Nederlandse pensioenstelsel rust op drie pijlers.
- 4 De eerste bestaat uit een wettelijk basispensioen, dat door de staat wordt verstrekt uit hoofde van de Algemene Ouderdomswet (hierna: „AOW”) en de Algemene Nabestaandenwet. Deze verplichte wettelijke regeling geeft de gehele bevolking recht op een gering pensioen, onafhankelijk van het voorheen genoten salaris en berekend op basis van het wettelijk minimumloon.
- 5 De tweede pijler omvat de aanvullende pensioenen, die worden verstrekt in verband met in loondienst of als zelfstandige verrichte beroepsarbeid en die in de meeste gevallen een aanvulling vormen op het basispensioen. Deze aanvullende pensioenen worden meestal in het kader van collectieve regelingen voor een bepaalde bedrijfstak, een beroepsgroep of de werknemers van een onderneming,

beheerd door pensioenfondsen waarin de deelneming verplicht is gesteld, met name, zoals in de hoofdgedingen, krachtens de Wet van 17 maart 1949 houdende vaststelling van een regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (hierna: „BPW”).

6 De derde pijler wordt gevormd door de individuele pensioen- of levensverzekeringsovereenkomsten die vrijwillig kunnen worden afgesloten.

7 De Wet op de loonbelasting bepaalt, dat premies voor een pensioen slechts aftrekbaar zijn wanneer dat pensioen een „redelijk” niveau niet overschrijdt. Wanneer dat wel het geval is, zijn de premies niet aftrekbaar. Bij een loopbaan van 40 jaar is dit niveau 70 % van het laatstverdiende loon van de rechtzhebbende. Deze belastingwetgeving heeft tot gevolg, dat de huidige norm voor de pensioenopbouw in Nederland overeenkomt met een pensioen dat inclusief AOW gelijk is aan 70 % van het laatstverdiende loon.

8 Artikel 1, lid 1, BPW, zoals gewijzigd bij wet van 11 februari 1988, bepaalt:

„1. In deze wet en de daarop rustende bepalingen wordt verstaan onder:

(...)

b. een bedrijfspensioenfonds: een in een bedrijfstak werkend fonds, waarin hetzij alleen ten bate van personen die als werknemer, hetzij mede ten bate

van personen die in andere hoedanigheid in die bedrijfstak werkzaam zijn, gelden voor pensioenen worden bijeengebracht.

(...)

f. Onze Minister: Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.”

9 Artikel 3 BPW, zoals gewijzigd, luidt:

„1. Onze Minister kan, op verzoek van een naar zijn oordeel voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in een bedrijfstak, na overleg met het hoofd van het Departement van Algemeen Bestuur tot welks bemoeiingen de aangelegenheden van de betrokken bedrijfstak behoren en na de Sociaal-Economische Raad en de Verzekeringskamer gehoord te hebben, het deelnemen in het bedrijfspensioenfonds voor alle of bepaalde groepen van bedrijfsgenoten, verplicht stellen.

2. In het geval in het vorige lid bedoeld, zijn alle tot de ingevolge dat lid aangewezen groepen behorende personen alsmede, voor zover zulks werknemers betreft, hun werkgevers, verplicht tot naleving van het bij of krachtens de statuten en reglementen van het bedrijfspensioenfonds te hunnen aanzien bepaalde. Deze naleving kan, ook wat de betaling van de premie betreft, in rechte gevorderd worden.”

- 10 Artikel 5, lid 2, van de gewijzigde BPW somt een aantal voorwaarden op voor de inwilliging door de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid van een verzoek om verplichte deelneming als bedoeld in artikel 3, lid 1. Zo moeten de statuten en reglementen van het bedrijfspensioenfonds de belangen van de deelnemers voldoende waarborgen en moeten de vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersvakverenigingen in de betrokken bedrijfstak in gelijken getale in het bestuur van het fonds zitting hebben (artikel 5, lid 2, onder III en IV, van de gewijzigde BPW).
- 11 Artikel 5, lid 2, onder II, letter I, van de gewijzigde BPW bepaalt voorts, dat de statuten en reglementen van het bedrijfspensioenfonds bepalingen moeten bevatten betreffende de gevallen waarin en de voorwaarden waaronder bedrijfs-genoten niet behoeven deel te nemen aan dit fonds, dan wel van bepaalde verplichtingen ten opzichte van dit fonds kunnen worden vrijgesteld.
- 12 Artikel 5, lid 3, van de gewijzigde BPW preciseert:

„Onze Minister stelt, gehoord de Verzekeringskamer en de Sociaal-Economische Raad, met betrekking tot het bepaalde in het tweede lid, onder II, letter I, richtlijnen vast. Bij de vaststelling van deze richtlijnen zal moeten worden uitgegaan van het standpunt, dat bedrijfsgenoten die reeds ten minste zes maanden vóór de indiening van een verzoek als in artikel 3, eerste lid, bedoeld, deelnamen in een ondernemingspensioenfonds, of zich bij een levensverzekeringsmaatschappij hadden verzekerd, niet aan het bedrijfspensioenfonds behoeven deel te nemen, dan wel van de verplichting tot premiebetaling aan dat fonds geheel of voor een redelijk deel zijn vrijgesteld; een en ander indien en zolang zij kunnen aantonen, dat zij over de periode dat zij niet behoeven deel te nemen dan wel geheel of voor een redelijk deel zijn vrijgesteld van de verplichting tot premiebetaling pensioenaanspraken verwerven, welke ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke zij bij deelneming aan het bedrijfspensioenfonds zouden verwerven. Met betrekking tot de andere onderdelen van het tweede lid kan Onze Minister eveneens richtlijnen vaststellen.”

- 13 Bij beschikking van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening, zoals laatstelijk gewijzigd bij beschikking van 15 augustus 1988 (hierna: „vrijstellingsrichtlijnen”), heeft de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid de in artikel 5, lid 3, van de gewijzigde BPW bedoelde richtlijnen vastgesteld.
- 14 In artikel 1 van de vrijstellingsrichtlijnen, zoals gewijzigd, is het volgende bepaald:

„Vrijstelling van de verplichting tot deelneming in een bedrijfspensioenfonds of van de verplichting tot premiebetaling aan een zodanig fonds kan op verzoek van een belanghebbende door dat fonds worden verleend, indien voor de betrokken bedrijfsgeenoot een bijzondere pensioenvoorziening geldt welke voldoet aan de volgende voorwaarden:

a. dat zij is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds, een ander bedrijfspensioenfonds, een verzekeraar die in het bezit is van een vergunning als bedoeld in artikel 10 van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf (Stb. 1986, 638), dan wel berust op de Algemene burgerlijke pensioenwet (Stb. 1986, 540), de Spoorwegpensioenwet (Stb. 1986, 541) of de Algemene militaire pensioenwet (Stb. 1979, 305);

b. dat zij wat de aanspraken betreft welke daaraan kunnen worden ontleend, als geheel genomen ten minste gelijkwaardig is aan de regeling van het bedrijfspensioenfonds;

c. dat de rechten van de betrokken bedrijfsgeenoot en de nakoming van zijn verplichtingen behoorlijk zijn gewaarborgd;

d. dat indien de vrijstelling uittreding uit het fonds ten gevolge heeft, een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie wordt geboden voor eventueel daaruit voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds."

15 Artikel 5 van die richtlijnen, zoals gewijzigd, bepaalt verder:

„1. Vrijstelling moet worden verleend, indien voldaan is aan de voorwaarden bedoeld in artikel 1, onder a, b en c, en de bijzondere pensioenvoorziening gold zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het bedrijfspensioenfonds is verplicht gesteld, en aangetoond wordt, dat de betrokken bedrijfsgeenoot over de periode dat hij niet behoeft deel te nemen dan wel geheel of voor een redelijk deel is vrijgesteld van de verplichting tot premiebetaling, pensioenaanspraken verwerft welke ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke hij bij deelneming aan het bedrijfspensioenfonds zou verwerven.

2. Indien de bijzondere pensioenvoorziening op het in het eerste lid bedoelde tijdstip niet voldeed aan de voorwaarde bedoeld in artikel 1, onder b, moet voordat op het verzoek wordt beslist, een voldoende ruime tijd worden gelaten voor aanpassing aan die voorwaarde.

3. Een vrijstelling ingevolge dit artikel moet ingaan op het tijdstip met ingang waarvan de deelneming aan het bedrijfspensioenfonds is verplicht gesteld."

16 Artikel 9 van de gewijzigde richtlijnen bepaalt:

„1. Tegen een beslissing als bedoeld in artikel 8 kunnen bezwaren worden ingebracht bij de Verzekeringskamer binnen dertig dagen nadat de betrokkene de beslissing heeft ontvangen. Tegelijk met deze beslissing stelt het bedrijfspensioenfonds de betrokkene schriftelijk in kennis van het bepaalde in de vorige volzin.

2. De Verzekeringskamer stelt het bedrijfspensioenfonds en degenen die bezwaren hadden ingebracht in kennis met haar oordeel omtrent die bezwaren.”

17 Het oordeel van de Verzekeringskamer is een bemiddelingspoging. Het is geen bindende beslissing in een geschil. Het oordeel van de Verzekeringskamer is niet vatbaar voor bezwaar en beroep.

18 Behalve onder de BPW vallen de bedrijfspensioenfondsen waarin deelneming verplicht is gesteld, onder de Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (de nadien herhaaldelijk gewijzigde Pensioen- en spaarfondsenwet; hierna: „PSW”).

19 De PSW heeft tot doel, zoveel mogelijk te waarborgen dat aan werknemers gedane pensioentoezeggingen inderdaad worden nagekomen.

- 20 Ter verwezenlijking van dit doel verplicht artikel 2, lid 1, PSW de werkgevers een van drie regelingen te kiezen om de voor pensioendoeleinden bijeengebrachte gelden te scheiden van de overige activa van de onderneming. De werkgever kan toetreden tot een bedrijfspensioenfonds, een ondernemingspensioenfonds oprichten, dan wel collectieve of individuele verzekeringen afsluiten bij een verzekeringsmaatschappij.
- 21 Blijkens artikel 1, lid 6, is de PSW ook van toepassing op bedrijfspensioenfonds en waarin deelneming verplicht is gesteld ingevolge de BPW.
- 22 In de PSW wordt tevens een aantal voorwaarden gesteld waaraan de statuten en reglementen van een bedrijfspensioenfonds moeten voldoen. Ingevolge artikel 4 PSW moet de oprichting van een bedrijfspensioenfonds aan de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid en aan de Verzekeringskamer worden gemeld. Artikel 6, lid 1, PSW bepaalt, dat in het bestuur van een bedrijfspensioenfonds de vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersvakverenigingen in de betrokken bedrijfstak in gelijken getale zitting hebben.
- 23 Voorts wordt in de artikelen 9 en 10 PSW vastgesteld, hoe de bijeengebrachte gelden moeten worden beheerd. De algemene regel is vervat in artikel 9 PWS, dat de pensioenfonds verplicht het aan de pensioenverplichtingen verbonden risico over te dragen of te herverzekeren. Bij wijze van uitzondering op die regel geeft artikel 10 de pensioenfonds de bevoegdheid het bijeengebrachte kapitaal zelf voor eigen risico te beheren en te beleggen. Daarvoor moet het pensioenfonds aan de bevoegde instanties een beleidsplan overleggen waarin het gedetailleerd uiteenzet hoe het het actuariële en financiële risico denkt te beheren. Dit plan moet door de Verzekeringskamer worden goedgekeurd. Bovendien staan de pensioenfonds onder voortdurend toezicht. De actuariële verlies- en winstrekening moet regelmatig ter goedkeuring aan de Verzekeringskamer worden overgelegd.

- 24 Ten slotte worden in de artikelen 13 tot en met 16 PSW regels gesteld voor de belegging van het bijeengebrachte kapitaal. Ingevolge artikel 13 moeten de bezittingen van de pensioenregeling tezamen met de te verwachten inkomsten toereikend zijn voor de dekking van de pensioenverplichtingen. Volgens artikel 14 moet belegging op solide wijze geschieden.

De hoofdgedingen

- 25 Het Pensioenfonds is in 1958 krachtens de BPW opgericht. Bij besluit van 28 juni 1958 (hierna: „Besluit verplichte deelneming”) heeft de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid de deelneming verplicht gesteld voor werknemers van 23 tot en met 64 jaar die werkzaam zijn in een onderneming welke zich uitsluitend of hoofdzakelijk bezighoudt met de groothandel in bouwmaterialen en aanverwante artikelen.
- 26 Het door het Pensioenfonds geboden pensioen is gebaseerd op de huidige Nederlandse norm, namelijk dat de werknemer die gedurende de maximale termijn premie aan de regeling heeft betaald, een pensioen inclusief AOW zal ontvangen van 70 % van zijn laatste loon.
- 27 Brentjens is actief sinds 1963. In 1968 heeft zij voor haar werknemers een pensioenverzekering afgesloten bij een Nederlandse particuliere verzekeringsmaatschappij, de Levensverzekerings Maatschappij de Nederlanden van 1870 (later genaamd Generali Levensverzekeringsmaatschappij; hierna: „Generali”).
- 28 Nadat het Pensioenfonds het bestaan van Brentjens gewaar was geworden, sloot het de onderneming met ingang van 1 januari 1990 aan bij zijn pensioenregeling. Het verleende Brentjens vrijstelling van de premies over de periode vóór haar deelneming, waarmee haar pensioenvoorziening voor de periode van 1963 tot 1 januari 1990 werd gerespecteerd.

- 29 Volgens Brentjens was de met Generali getroffen regeling gunstiger dan die van het Pensioenfonds, zowel wat de tarieven betreft als ten aanzien van de dekking, en zij verzocht daarom vrijstelling van de verplichte deelneming. Dit verzoek werd door het Pensioenfonds bij beslissing van 23 augustus 1994 afgewezen. Het door Brentjens tegen deze beslissing ingebrachte bezwaar werd door de Verzekeringskamer op 18 mei 1995 afgewezen.
- 30 Op 13 mei 1996 vaardigde het Pensioenfonds tegen Brentjens drie dwangbevelen uit voor de verschuldigde premies, het eerste voor de periode 1990-1994, het tweede voor 1995 en het derde voor 1996. Brentjens kwam tegen deze dwangbevelen in verzet in drie afzonderlijke procedures voor het Kantongerecht te Roermond. Tevens dienden Brentjens, Generali en de onderneming Assicurazioni Generali SpA, gevestigd te Triëst (Italië), bij de Commissie een klacht in tegen het Koninkrijk der Nederlanden en het Pensioenfonds wegens schending van de artikelen 3, sub g, en 5 van het Verdrag, 52 en 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 43 EG en 49 EG), 85, 86 en 90 van het Verdrag.
- 31 Voor het Kantongerecht stelde Brentjens met name, dat de verplichte deelneming in het Pensioenfonds strijdig was met het communautaire mededingingsrecht.
- 32 Het Kantongerecht beklemtoonde in de eerste plaats, dat het feit dat het Pensioenfonds Brentjens geen vrijstelling had verleend uit hoofde van zijn discretionaire bevoegdheid, niet te zijner beoordeling stond. Ten overvloede merkte het op, dat de Verzekeringskamer had geoordeeld dat de beslissing van het Pensioenfonds conform de voorschriften was.
- 33 Het Kantongerecht overwoog vervolgens, met name onder verwijzing naar het arrest van 21 september 1988, Van Eycke (267/86, Jurispr. blz. 4769), dat het Besluit verplichte deelneming mogelijk was aan te merken als een mededingingsbeperkende afspraak binnen de bedrijfstak van de handel in bouwmaterialen, of althans als een mededingingsbeperkend bindend besluit voor die bedrijfstak. Het vroeg zich evenwel af, of het Pensioenfonds te beschouwen was als een onderneming of een ondernemersvereniging in de zin van de artikelen 85 en

volgende van het Verdrag, dan wel als een socialezekerheidsinstelling. Het benadrukte in dit verband, dat het feit dat het Pensioenfonds met name op initiatief van de ondernemingen uit de bedrijfstak bouwmaterialenhandel tot stand is gekomen, niet betekende, dat het op één lijn moest worden gesteld met een ondernemersvereniging. Ook het feit dat het Pensioenfonds de hoogte van de premies en uitkeringen kon bepalen, betekende niet dat het een onderneming was. Van belang was veeleer, in welke mate het Pensioenfonds een economische activiteit verricht en in hoeverre deze activiteit uitsluitend voortvloeit uit zijn sociale doelstelling.

34 Voor het geval zou komen vast te staan, dat het Pensioenfonds een onderneming is in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag, vroeg het Kantongerecht zich voorts af, of het in casu misbruik maakte van zijn machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag en of een eventueel misbruik van machtspositie mogelijk gerechtvaardigd werd op grond van artikel 90 van het Verdrag. Volgens het Kantongerecht diende hierbij een afweging te worden gemaakt tussen de door de verplichtstelling beoogde solidariteit binnen een bedrijfstak en de beperking van de individuele vrijheid om een andere pensioenregeling te kiezen.

35 In die omstandigheden heeft het Kantongerecht te Roermond de behandeling van de zaken geschorst en het Hof de volgende, in de drie zaken gelijklopende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 85, lid 1, EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat er sprake is van een overeenkomst of een besluit van een ondernemersvereniging of onderneming, welke de mededinging beperkt of de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt, een en ander zoals bedoeld in artikel 85, lid 1, EG-Verdrag, wanneer sociale partners binnen een bepaalde bedrijfstak afspraken maken over pensioenen, inhoudende dat er voor de gehele bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds wordt opgericht, bij welk pensioenfonds in beginsel alle werknemers werkzaam binnen de bedrijfstak verplicht zullen worden aangesloten en welk pensioenfonds het alleenrecht zal verkrijgen op het beheer van de in de bedrijfstak bijeengebrachte pensioengelden?

2) Moeten de artikelen 3, sub g, 5 en 85 EG-Verdrag, in onderlinge samenhang, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van schending van deze artikelen

wanneer de overheid de deelneming aan één bedrijfspensioenfonds, zoals onder 1 omschreven, voor bedrijven binnen een bepaalde bedrijfstak verplicht stelt?

- 3) Moet het begrip 'onderneming' zoals bedoeld in de mededingingsbepalingen van het EG-Verdrag (artikelen 85-94 EG-Verdrag), aldus worden uitgelegd dat daaronder valt een bedrijfspensioenfonds in de zin van de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds?
 - 4) Moeten de artikelen 86 en 90 EG-Verdrag, in onderlinge samenhang bezien, aldus worden uitgelegd dat er sprake is van schending van deze bepalingen wanneer de overheid een bedrijfspensioenfonds een exclusief recht toekent, dat ertoe leidt dat de vrijheid om een pensioenregeling bij een particuliere verzekeraar onder te brengen ernstig wordt beperkt?"
- 36 Bij beschikking van 13 mei 1997 heeft de president van het Hof de zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en voor het arrest.

De ontvankelijkheid

- 37 De Franse regering zet vraagtekens bij de ontvankelijkheid van de gestelde vragen, omdat het feitelijk en juridisch kader van de hoofdgedingen in de verwijzingsvonnissen niet voldoende nauwkeurig wordt beschreven. Aangezien de verwijzende rechter geen gedetailleerde uiteenzetting geeft van de in de hoofdgedingen toepasselijke wetgeving, de omstandigheden waaronder het Pensioenfonds is opgericht, en de regels voor het beheer ervan, kan het Hof geen zinvolle uitlegging van het gemeenschapsrecht geven en zijn de lidstaten en andere belanghebbenden niet in staat schriftelijke opmerkingen in te dienen en een antwoord op de prejudiciële vragen voor te stellen.

- 38 Er zij eraan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak de nationale rechter wegens het vereiste om tot een voor hem nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, een omschrijving moet geven van het feitelijk en juridisch kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten moet uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd. Deze eisen gelden in het bijzonder op bepaalde gebieden die door complexe feitelijke en juridische situaties worden gekenmerkt, zoals het gebied van de mededinging (zie, met name, arresten van 26 januari 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, C-320/90—C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punten 6 en 7; 14 juli 1998, *Safety Hi-Tech*, C-284/95, Jurispr. blz. I-4301, punten 69 en 70, en *Bettati*, C-341/95, Jurispr. blz. I-4355, punten 67 en 68).
- 39 De in de verwijzingsbeschikkingen verstrekte gegevens dienen niet enkel om het Hof in staat te stellen een bruikbaar antwoord te geven, doch ook om de regeringen der lidstaten en de andere belanghebbende partijen de mogelijkheid te bieden, overeenkomstig artikel 20 van 's Hof's Statuut-EG opmerkingen te maken. Het Hof dient erop toe te zien, dat deze mogelijkheid gewaarborgd blijft, in aanmerking genomen dat ingevolge genoemde bepaling alleen de verwijzingsbeschikkingen ter kennis van de belanghebbende partijen worden gebracht (zie met name beschikkingen van 30 april 1998, *Testa en Modesti*, C-128/97 en C-137/97, Jurispr. blz. I-2181, punt 6, en 11 mei 1999, *Anssens*, C-325/98, Jurispr. blz. I-2969, punt 8).
- 40 In casu blijkt uit de opmerkingen die overeenkomstig artikel 20 van 's Hof's Statuut-EG door de regeringen van de lidstaten en de overige belanghebbenden zijn ingediend, dat zij aan de hand van de in de verwijzingsvonnissen vervatte informatie een nuttig standpunt hebben kunnen innemen over de aan het Hof gestelde vragen.
- 41 Voorts verwijzen de Franse regering en de Commissie in hun opmerkingen uitdrukkelijk naar de zaak *Drijvende Bokken* (arrest van heden, C-219/97, Jurispr. blz. I-6121). Het verwijzingsarrest in die zaak, die eveneens betrekking heeft op de verenigbaarheid van de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds met de communautaire mededingingsregels, bevat een uitvoerige uiteenzetting van de in de hoofdgedingen toepasselijke wetgeving.

- 42 Bovendien, al kon de Franse regering in casu van mening zijn, dat de door de verwijzende rechter verschaft informatie voor haar onvoldoende was om op bepaalde aspecten van de gestelde vragen te kunnen ingaan, er moet wel op worden gewezen, dat die informatie is aangevuld met gegevens uit het door de nationale rechter overgelegde zaakdossier, de schriftelijke opmerkingen en de antwoorden op de door het Hof gestelde vragen. Al deze gegevens, die in het rapport ter terechtzitting zijn opgenomen, zijn ter kennis van de regeringen van de lidstaten en de overige belanghebbenden gebracht met het oog op de terechtzitting, waar zij hun opmerkingen zo nodig hebben kunnen aanvullen.
- 43 Ten slotte moet worden vastgesteld, dat de door de verwijzende rechter verschaft informatie, voor zoveel nodig aangevuld met vorenbedoelde gegevens, het Hof voldoende kennis verschaft van het feitelijk en juridisch kader van de hoofdingingen om de communautaire mededingingsregels te kunnen uitleggen met het oog op de situatie die in die gedingen aan de orde is.
- 44 De gestelde vragen zijn derhalve ontvankelijk.

De eerste vraag

- 45 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, in strijd is met artikel 85 van het Verdrag.
- 46 Volgens Brentjens is het verzoek van de sociale partners om de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen, een met artikel 85, lid 1, van het

Verdrag strijdige overeenkomst tussen ondernemingen in de betrokken bedrijfstak.

- 47 Een dergelijke overeenkomst beperkt volgens haar de mededinging in tweeërlei opzicht. Door de uitvoering van een verplichte pensioenregeling bij één pensioenbeheerder te leggen, belet de overeenkomst in de eerste plaats, dat de in de bedrijfstak opererende ondernemingen zich aansluiten bij een door andere verzekeraars beheerde afwijkende pensioenvoorziening. In de tweede plaats sluit de overeenkomst deze verzekeraars uit van een wezenlijk deel van de markt van pensioenverzekeringen.
- 48 De gevolgen van een dergelijke overeenkomst voor de mededinging zijn „merkbaar”, aangezien die overeenkomst de gehele Nederlandse bouwmaterialensector betreft. Die gevolgen worden versterkt door het cumulatieve effect van het feit dat de deelneming in pensioenregelingen verplicht is gesteld in vele sectoren van de economie en voor alle ondernemingen in die sectoren.
- 49 Ten slotte, aldus Brentjens, beïnvloedt de overeenkomst de handel tussen de lidstaten, voor zover zij ondernemingen raakt die zich bezighouden met een grensoverschrijdende activiteit, en in andere lidstaten gevestigde verzekeraars de mogelijkheid ontnemt door middel van grensoverschrijdende dienstverlening of door middel van filialen en dochterondernemingen in Nederland, een integrale pensioenvoorziening aan te bieden.
- 50 Om te beginnen moet eraan worden herinnerd, dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen verbiedt welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Wegens het belang van deze regel hebben de verdragsauteurs in artikel 85, lid 2, van het Verdrag uitdrukkelijk bepaald, dat de krachtens dit artikel verboden overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig zijn.

- 51 Vervolgens dient te worden bedacht, dat volgens artikel 3, sub g en i, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g en j, EG) het optreden van de Gemeenschap niet alleen „een regime [omvat] waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst”, maar ook „een beleid op sociaal gebied”. Artikel 2 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 2 EG) bepaalt immers, dat de Gemeenschap onder meer tot taak heeft „het bevorderen van een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit” en van „een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming”.
- 52 Dienaangaande bepaalt artikel 118 EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG), dat de Commissie tot taak heeft tussen de lidstaten een nauwe samenwerking op sociaal gebied te bevorderen, met name op het terrein van het recht zich te organiseren in vakverenigingen en van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers.
- 53 Artikel 118 B EG-Verdrag (de artikelen 117-120 EG-Verdrag zijn vervangen door de artikelen 136 EG-143 EG) voegt daaraan toe, dat de Commissie zich beijvert de dialoog tussen de sociale partners op Europees niveau verder te ontwikkelen, hetgeen, als deze laatsten zulks wenselijk achten, tot contractuele betrekkingen kan leiden.
- 54 Voorts wordt in artikel 1 van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek (PB 1992, C 191, blz. 91) verklaard, dat de Gemeenschap en de lidstaten zich onder meer ten doel stellen de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken, en de bestrijding van uitsluiting.
- 55 Overeenkomstig artikel 4, leden 1 en 2, van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek, kan de dialoog tussen de sociale partners op communautair niveau, indien de sociale partners zulks wensen, leiden tot contractuele betrekkingen, met inbegrip van overeenkomsten, waarvan de tenuitvoerlegging geschiedt hetzij volgens de procedures en gebruiken die eigen zijn aan de sociale

partners en aan de lidstaten, hetzij, op gezamenlijk verzoek van de ondertekende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie.

- 56 Hoewel een zekere mededingingsbeperkende werking eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, zou de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag moesten houden.
- 57 Uit een nuttige en coherente uitlegging van de bepalingen van het Verdrag, gelezen in hun onderling verband, volgt derhalve, dat overeenkomsten die, met dergelijke doelstellingen, in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners worden gesloten, wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag te vallen.
- 58 Derhalve moet worden onderzocht, of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingsfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt.
- 59 In casu moet in de eerste plaats worden vastgesteld, dat de in geding zijnde overeenkomst, juist zoals de categorie van bovenbedoelde, uit de sociale dialoog voortgekomen overeenkomsten, is gesloten in de vorm van een collectieve overeenkomst en het resultaat is van collectieve onderhandelingen tussen werkgevers- en werknemersorganisaties.
- 60 Wat, in de tweede plaats, het doel ervan betreft, roept de in geding zijnde overeenkomst een aanvullende pensioenregeling voor een bepaalde bedrijfstak in het leven, beheerd door een pensioenfonds waarbij aansluiting verplicht kan worden gesteld. Een dergelijke regeling beoogt over het geheel genomen, aan alle

werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau te verzekeren, en draagt daarmee rechtstreeks bij aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning.

- 61 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat de in geding zijnde overeenkomst wegens haar aard en doel buiten de werkingsfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt.
- 62 Mitsdien moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, niet valt onder artikel 85 van het Verdrag.

De tweede vraag

- 63 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de artikelen 3, sub g, 5 en 85 van het Verdrag in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.
- 64 Volgens Brentjens heeft de overheid, door een wettelijk kader te creëren en het verzoek van de sociale partners tot verplichte deelneming in het bedrijfspensioenfonds te honoreren, de totstandkoming en de werking van met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige overeenkomsten tussen de in de bedrijfstak werkzame ondernemingen bevorderd of versterkt en daarmee in strijd gehandeld met de artikelen 3, sub g, 5 en 85 van het Verdrag.

- 65 Zoals het Hof overwoog in, onder meer, het arrest Van Eycke (reeds aangehaald, punt 16), heeft artikel 85 van het Verdrag als zodanig slechts betrekking op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten. Volgens vaste rechtspraak van het Hof evenwel verplicht artikel 85 van het Verdrag, gelezen in samenhang met artikel 5, de lidstaten, geen maatregelen, ook niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Dit doet zich volgens diezelfde rechtspraak voor, wanneer een lidstaat de totstandkoming van met artikel 85 van het Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen (zie ook arresten van 17 november 1993, Meng, C-2/91, Jurispr. blz. I-5751, punt 14; Reiff, C-185/91, Jurispr. blz. I-5801, punt 14, en Ohra Schadeverzekeringen, C-245/91, Jurispr. blz. I-5851, punt 10, alsmede arresten van 18 juni 1998, Commissie/Italië, C-35/96, Jurispr. blz. I-3851, punten 53 en 54, en Corsica Ferries France, C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punten 35, 36 en 49).
- 66 Het verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties aan de overheid de aansluiting bij het door hen opgerichte pensioenfonds verplicht te stellen, past in een in verscheidene lidstaten bestaand stelsel voor de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid op sociaal gebied. Aangezien de in geding zijnde overeenkomst blijkt het antwoord op de eerste vraag niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt, zijn de lidstaten vrij die aansluiting verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn.
- 67 Artikel 4, lid 2, van de Overeenkomst betreffende de sociale politiek, bevestigt overigens op communautair niveau uitdrukkelijk, dat de sociale partners gezamenlijk de Raad kunnen verzoeken om tenuitvoerlegging van sociale overeenkomsten.
- 68 Het besluit van de overheid de deelneming aan een dergelijk pensioenfonds verplicht te stellen, is dus niet te beschouwen als een handeling die de totstandkoming van met artikel 85 van het Verdrag strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt.

- 69 Uit het voorgaande volgt, dat het besluit van de overheid de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen, niet valt in de categorie van regelgevende maatregelen die volgens de rechtspraak van het Hof afbreuk doen aan het nuttig effect van de artikelen 3, sub g, 5 en 85 van het Verdrag.
- 70 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat de artikelen 3, sub g, 5 en 85 van het Verdrag niet in de weg staan aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.

De derde vraag

- 71 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, een onderneming is in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.
- 72 Volgens het Pensioenfonds en de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, is een dergelijk fonds geen onderneming in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag. Zij verwijzen in dit verband naar de diverse kenmerken van het bedrijfspensioenfonds en de aanvullende pensioenregeling die het beheert.
- 73 In de eerste plaats heeft de verplichte aansluiting van alle werknemers in een bepaalde bedrijfstak bij een aanvullende pensioenregeling een belangrijke sociale functie in het Nederlandse pensioenstelsel, wegens het bijzonder lage wettelijke pensioen, dat aan het wettelijk minimumloon gekoppeld is. Wanneer bij collectieve overeenkomst een aanvullende pensioenregeling in een bij wet

geregeld kader wordt ingesteld en de aansluiting bij die regeling door de overheid verplicht wordt gesteld, is deze regeling een onderdeel van het Nederlandse stelsel van sociale bescherming en moet het met het beheer ervan belaste bedrijfspensioenfonds worden geacht mee te werken aan het beheer van de openbare dienst der sociale zekerheid.

74 In de tweede plaats heeft het bedrijfspensioenfonds geen winstoogmerk. Het wordt gezamenlijk beheerd door de sociale partners, die evenredig vertegenwoordigd zijn in het bestuur. Het bedrijfspensioenfonds ontvangt een doorsneepremie, die door het bestuur wordt vastgesteld aan de hand van een evenwicht op collectief niveau tussen de hoogte van de premies, de uitkeringshoogte en de omvang van de risico's. Bovendien mogen de premies niet beneden een bepaald niveau komen, teneinde adequate reserves te kunnen vormen, en om het ontbreken van winststreven te garanderen, mogen zij niet hoger zijn dan een bepaald maximum, dat door de sociale partners en de Verzekeringskamer wordt gewaarborgd. De ontvangen premies worden weliswaar volgens het kapitalisatiestelsel belegd, maar deze beleggingen staan onder toezicht van de Verzekeringskamer en moeten plaatsvinden in overeenstemming met de PSW en de statuten van het Pensioenfonds.

75 In de derde plaats functioneert het Pensioenfonds op basis van solidariteit. Deze komt tot uiting in de verplichting alle werknemers zonder voorafgaand medisch onderzoek te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever, en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid. Het solidariteitsbeginsel blijkt voorts uit het ontbreken van verband tussen de individuele premie, die een doorsneepremie is en los staat van de risico's, en de pensioenrechten, die worden bepaald aan de hand van een gemiddeld loon. Voor deze solidariteit is de verplichte aansluiting bij de aanvullende pensioenregeling onontbeerlijk. Het vertrek van de „goede” risico's zou anders leiden tot een neerwaartse spiraal, die het financiële evenwicht van het stelsel in gevaar zou brengen.

76 Gelet op het voorgaande zijn het Pensioenfonds en de regeringen die opmerkingen hebben ingediend, van mening, dat het bedrijfspensioenfonds een met het beheer

van een socialezekerheidsstelsel belast orgaan is, evenals de organen waarom het ging in het arrest van 17 februari 1993, Poucet en Pistre (C-159/91 en C-160/91, Jurispr. blz. I-637), en anders dan het orgaan dat in geding was in het arrest van 16 november 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a. (C-244/94, Jurispr. blz. I-4013), dat was aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.

- 77 Zoals het Hof in de context van het mededingingsrecht eerder vaststelde, omvat het begrip onderneming elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (zie met name arresten van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21; Poucet en Pistre, reeds aangehaald, punt 17, en Fédération française des sociétés d'assurance e.a., reeds aangehaald, punt 14).
- 78 Voorts sloot het Hof in het arrest Poucet en Pistre (reeds aangehaald) organen die belast zijn met het beheer van bepaalde verplichte, op het solidariteitsbeginsel gebaseerde socialezekerheidsstelsels, van dat begrip uit. In het stelsel van ziekte- en moederschapsverzekering waarover het in die zaak moest oordelen, waren de uitkeringen immers voor alle aangeslotenen gelijk, doch waren de bijdragen evenredig aan het inkomen; in het stelsel van ouderdomsverzekering werd de financiering van de ouderdomspensioenen verzekerd door de actieve werknemers en waren de wettelijk vastgestelde pensioenrechten bovendien niet evenredig aan de aan het stelsel betaalde bijdragen; ten slotte droegen de stelsels met een overschot bij aan de financiering van stelsels met structurele financiële problemen. Voor deze solidariteit was noodzakelijk, dat de verschillende stelsels door één orgaan werden beheerd en dat de aansluiting bij die stelsels verplicht was.
- 79 In het arrest Fédération française des sociétés d'assurance e.a. (reeds aangehaald) daarentegen verklaarde het Hof voor recht, dat een orgaan zonder winstoogmerk, dat is belast met het beheer van een als aanvulling van een verplicht basisstelsel bedoeld stelsel van ouderdomsverzekering, dat bij wet als facultatief stelsel is ingevoerd en, met inachtneming van de door de daartoe bevoegde autoriteiten vastgestelde bepalingen, met name inzake aansluitingsvoorwaarden, bijdragen en uitkeringen, werkt volgens het kapitalisatiebeginsel, een onderneming is in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag. De facultatieve deelneming, de

toepassing van het kapitalisatiebeginsel en het feit dat de uitkeringen uitsluitend afhingen van de hoogte van de door de rechthebbenden betaalde premies en van de opbrengsten van de door het beheersorgaan verrichte beleggingen, betekenden dat dit orgaan een economische activiteit uitoefende en daarbij concurreerde met levensverzekeringsmaatschappijen. Noch het nastreven van een sociaal doel, noch het ontbreken van winst oogmerk, noch de vereisten van solidariteit, noch de andere regels met name betreffende de door het beheersorgaan bij beleggingen in acht te nemen beperkingen, ontnamen aan de door het beheersorgaan verrichte activiteit haar economisch karakter.

- 80 In het licht van het voorgaande moet worden beoordeeld, of het begrip onderneming in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag betrekking heeft op een orgaan als het in deze zaak bedoelde bedrijfspensioenfonds.
- 81 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat het bedrijfspensioenfonds zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt en dat het werkt volgens het kapitalisatiebeginsel.
- 82 Anders dan de uitkeringen die werden verstrekt door de organen belast met het beheer van de verplichte stelsels van sociale zekerheid waarop het arrest Poucet en Pistre (reeds aangehaald) betrekking heeft, hangt de hoogte van de door het Pensioenfonds verstrekte uitkeringen derhalve af van de opbrengsten van zijn beleggingen, die evenals die van verzekeringsmaatschappijen onder toezicht staan van de Verzekeringskamer.
- 83 Voorts is een bedrijfspensioenfonds blijkens artikel 5 BPW en de artikelen 1 en 5 van de vrijstellingsrichtlijnen gehouden een onderneming vrij te stellen van de deelnemingsplicht, wanneer zij haar werknemers reeds ten minste zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het bedrijfspensioenfonds verplicht is gesteld, had verzekerd van een pensioenregeling die hen rechten verleent die ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke zij bij deelneming aan het bedrijfspensioenfonds zouden verwerven. Bovendien kan dit fonds ingevolge artikel 1 van de richtlijnen een onderneming vrijstelling verlenen wanneer deze haar werknemers een pensioenregeling verzekert die hen

rechten verleent welke ten minste gelijkwaardig zijn aan die van het fonds, mits in geval van uittreding uit het fonds een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie wordt geboden voor eventueel uit die uittreding voor het fonds voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel.

- 84 Dit betekent, dat een bedrijfspensioenfonds als waarom het in de hoofdgedingen gaat, een economische activiteit verricht en daarbij met verzekeringsmaatschappijen concurreert.
- 85 In die omstandigheden zijn het ontbreken van winstoogmerk, alsmede de solidariteitsaspecten waarop het Pensioenfonds en de regeringen zich hebben beroepen, niet voldoende om het bedrijfspensioenfonds zijn hoedanigheid van onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag te ontnemen.
- 86 Weliswaar zou door het nastreven van een sociaal doel, de eerdergenoemde solidariteitsaspecten en de beperkingen of controles op de investeringen van het bedrijfspensioenfonds de door dit fonds verrichte dienst minder concurrerend kunnen zijn dan de vergelijkbare dienstverrichting van de verzekeringsmaatschappijen, maar dergelijke voorwaarden beletten niet, dat de activiteit van het fonds als een economische activiteit is te beschouwen. Wel zouden zij het uitsluitend recht van een dergelijk orgaan om een aanvullende pensioenregeling te beheren, kunnen rechtvaardigen.
- 87 Mitsdien moet op de derde vraag worden geantwoord, dat een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, een onderneming is in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.

De vierde vraag

- 88 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de artikelen 86 en 90 van het Verdrag eraan in de weg staan, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.
- 89 De Nederlandse regering stelt, dat het Besluit verplichte deelneming uitsluitend tot gevolg heeft, dat de werknemers van de betrokken bedrijfstak verplicht worden deel te nemen in het Pensioenfonds. Het besluit verleent het Pensioenfonds geen uitsluitend recht op het gebied van de aanvullende pensioenen. Het Pensioenfonds heeft ook geen machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag.
- 90 Allereerst moet erop worden gewezen, dat een besluit van de overheid om, zoals in casu, de deelneming in een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen, noodzakelijkerwijs betekent, dat dit fonds het uitsluitend recht krijgt de voor de opbouw van pensioenrechten betaalde premies te innen en te beheren. Een dergelijk fonds moet dan ook worden beschouwd als een onderneming waaraan door de overheid uitsluitende rechten zijn verleend in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag.
- 91 Vervolgens moet eraan worden herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak een onderneming die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt een wettelijk monopolie bezit, kan worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag in te nemen (zie arresten van 10 december 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, Jurispr. blz. I-5889, punt 14, en 13 december 1991, *GB-Inno-BM*, C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 17).
- 92 Een bedrijfspensioenfonds als het hier bedoelde, dat een uitsluitend recht heeft een aanvullende pensioenregeling te beheren in een tak van nijverheid in een lidstaat, dat wil zeggen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, kan dan ook worden geacht een machtspositie in te nemen in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

- 93 Daaraan moet echter worden toegevoegd, dat het enkele feit dat door het verlenen van uitsluitende rechten als bedoeld in artikel 90, lid 1, van het Verdrag een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 86 van het Verdrag. Een lidstaat handelt slechts in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden, wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende uitsluitende rechten misbruik van haar machtspositie maakt, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht (arresten Höfner en Elser, reeds aangehaald, punt 29; 18 juni 1991, ERT, C-260/89, Jurispr. blz. I-2925, punt 37; Mercì convenzionali porto di Genova, reeds aangehaald, punten 16 en 17; 5 oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Jurispr. blz. I-5077, punt 18, en 12 februari 1998, Raso e.a., C-163/96, Jurispr. blz. I-533, punt 27).
- 94 Brentjens betoogt in dit verband, dat het stelsel van verplichte deelneming in de aanvullende pensioenregeling van het Pensioenfonds in strijd is met de artikelen 86 en 90 van het Verdrag, gelezen in hun onderlinge samenhang. De door het Pensioenfonds aangeboden pensioenen sluiten niet of niet meer aan op de wensen van de ondernemingen. De uitkeringen zijn te laag, zij zijn niet gekoppeld aan de lonen en daardoor stelselmatig ontoereikend. De werkgevers moeten dan ook omzien naar andere regelingen. Het stelsel van verplichte deelneming ontnemt hun echter de mogelijkheid een totaalpakket pensioenverzekeringen onder te brengen bij een verzekeringsmaatschappij. Het onderbrengen van meerdere pensioenregelingen bij verschillende verzekeraars leidt tot hogere administratiekosten en geringere efficiëntie.
- 95 Zoals het Hof overwoog in het arrest Höfner en Elser (reeds aangehaald, punt 34), maakt een lidstaat die een uitsluitend recht op het verrichten van arbeidsbemiddeling heeft verleend aan een openbaar bedrijf, inbreuk op artikel 90, lid 1, van het Verdrag wanneer hij een situatie in het leven roept waarin handelen in strijd met artikel 86 van het Verdrag voor het betrokken bedrijf onontkoombaar is, met name omdat het klaarblijkelijk niet in staat is te voldoen aan de marktvrage naar dergelijke activiteiten.
- 96 In casu moet worden opgemerkt, dat het door het Pensioenfonds geboden aanvullende pensioen gebaseerd is op de huidige Nederlandse norm, namelijk dat de werknemer die gedurende de maximumtermijn premie aan de regeling heeft

betaald, een pensioen inclusief AOW ontvangt van 70 % van zijn laatstverdiende loon.

- 97 Sommige ondernemingen in de bedrijfstak zouden hun werknemers wel een verdergaande pensioenregeling willen aanbieden dan die van het Pensioenfonds, maar dat kunnen zij niet, omdat zij het beheer van een dergelijke pensioenregeling niet bij één verzekeraar kunnen onderbrengen. De concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, is een rechtstreeks uitvloeisel van het aan het bedrijfspensioenfonds verleende uitsluitende recht.
- 98 Derhalve moet worden onderzocht, of, zoals het Pensioenfonds, de Nederlandse regering en de Commissie betogen, het uitsluitend recht van het bedrijfspensioenfonds in een bedrijfstak de aanvullende pensioenen te beheren, en de concurrentiebeperking die daarvan het gevolg is, op grond van artikel 90, lid 2, van het Verdrag kunnen worden gerechtvaardigd als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een aan dit fonds opgedragen bijzondere sociale taak van algemeen belang.
- 99 Brentjens meent, dat de verplichte deelneming in het bedrijfspensioenfonds niet noodzakelijk is om de werknemers een adequaat pensioenniveau te verzekeren. Dit doel kan worden bereikt door de vaststelling, hetzij door de sociale partners op instigatie van de overheid, hetzij rechtstreeks door de overheid, van minimumeisen waaraan de pensioenen moeten voldoen. In collectieve arbeidsovereenkomsten wordt herhaaldelijk bepaald, dat werkgevers een bepaalde minimumpensioenregeling dienen te verzekeren, waarbij zij vrij zijn voor hun onderneming een eigen pensioenfonds op te richten, zich aan te sluiten bij een bedrijfspensioenfonds of zich tot een verzekeringsmaatschappij te wenden.
- 100 Volgens Brentjens rechtvaardigt ook de betaling van een „doorsneepremie” de verplichte deelneming niet. Noch de BPW, noch het Besluit verplichte deelneming vereist een systeem waarbij met een dergelijke premie wordt gewerkt. Er zijn bovendien verscheidene bedrijfspensioenfonds zonder verplichte deelneming, die uitstekend functioneren op basis van een „doorsneepremie”.

- 101 Ten aanzien van de acceptatie van alle werknemers in een bedrijfstak zonder medische keuring, zodat de „slechte” risico's niet kunnen worden geweigerd, merkt Brentjens op, dat in de praktijk pensioenverzekeringscontracten met verzekeraars inhouden, dat de werkgever verplicht is alle werknemers aan te melden, en de verzekeraar verplicht is alle aangemelde werknemers zonder medische keuring als verzekerde te accepteren.
- 102 Allereerst zij eraan herinnerd, dat ingevolge artikel 90, lid 2, van het Verdrag ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang onder de mededingingsregels vallen, voor zover de toepassing van die regels de vervulling, feitelijk of rechtens, van de hun opgedragen bijzondere taak niet verhindert.
- 103 Door onder bepaalde voorwaarden afwijkingen van de algemene verdragsregels toe te staan, beoogt artikel 90, lid 2, van het Verdrag het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid, te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt (arresten van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 12, en 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 39).
- 104 Gelet op het aldus omschreven belang van de lidstaten kan hun niet worden verboden, dat zij bij hun definitie van de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij bepaalde ondernemingen belasten, rekening houden met doelstellingen van hun nationaal beleid, en trachten deze te verwezenlijken door middel van verplichtingen en feitelijke beperkingen die zij aan die ondernemingen opleggen (arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 40).
- 105 De in geding zijnde aanvullende pensioenregeling nu vervult een essentiële sociale functie in het pensioenstelsel in Nederland, zulks wegens de geringe hoogte van het aan het wettelijk minimumloon gekoppelde wettelijk pensioen.

- 106 Het belang van de sociale functie van aanvullende pensioenregelingen is onlangs overigens door de gemeenschapswetgever erkend door de vaststelling van richtlijn 98/49/EG van de Raad van 29 juni 1998 betreffende de bescherming van de rechten op aanvullend pensioen van werknemers en zelfstandigen die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 209, blz. 46).
- 107 Om de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag als vervuld te kunnen beschouwen, is het bovendien niet noodzakelijk, dat het financiële evenwicht of de economische levensvatbaarheid van de met een dienst van algemeen economisch belang belaste onderneming wordt bedreigd. Het volstaat, dat de onderneming zonder de litigieuze rechten de haar opgedragen bijzondere taak, zoals die door de haar opgelegde verplichtingen en feitelijke beperkingen nader wordt bepaald, niet kan vervullen (arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 52), of dat handhaving van die rechten noodzakelijk is om de betrokkene in staat te stellen, de hem opgedragen taak van algemeen economisch belang onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen (arresten van 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punten 14-16, en Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 53).
- 108 Indien het pensioenfonds niet langer het uitsluitend recht had de aanvullende pensioenregeling voor alle werknemers van een bedrijfstak te beheren, zouden ondernemingen met een jong en gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht, gunstiger verzekeringsvoorwaarden trachten te bedingen bij particuliere verzekeraars. Door het vertrek van de „goede” risico's zou het bedrijfspensioenfonds met de „slechte” risico's blijven zitten, waardoor de kosten van de werknemerspensioenen, met name voor kleine en middelgrote ondernemingen met een personeelsbestand op leeftijd, dat gevaarlijk werk verricht, zouden stijgen; aan die werknemers zou het Pensioenfonds dan niet meer tegen aanvaardbare kosten een pensioen kunnen bieden.
- 109 Dit zou te meer het geval zijn wanneer, zoals in de hoofdgedingen, de uitsluitend door het Pensioenfonds beheerde aanvullende pensioenregeling wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit, met name door de ontkoppeling van premieniveau en gedekte risico's, de verplichting alle werknemers zonder medische keuring te accepteren, de voortzetting van de pensioenopbouw met premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname door het Pensioenfonds

van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever, en de indexatie van de pensioenen voor het behoud van hun waardevastheid.

- 110 Dergelijke voorwaarden, waardoor de door het Pensioenfonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen, rechtvaardigen mede het uitsluitend recht van dit fonds de aanvullende pensioenregeling te beheren.

- 111 Uit het voorgaande volgt, dat indien het Pensioenfonds niet langer dat uitsluitend recht zou hebben, dit ertoe zou kunnen leiden, dat het de hem opgedragen taken van algemeen economisch belang niet meer op economisch aanvaardbare voorwaarden kan verrichten en dat zijn financieel evenwicht in gevaar komt.

- 112 Onder verwijzing naar het arrest GB-Inno-BM (reeds aangehaald) is Brentjens echter van mening, dat de dubbele hoedanigheid van het Pensioenfonds — beheerder van de pensioenregeling en bevoegde instantie voor het verlenen van vrijstellingen — kan leiden tot een onjuist gebruik van de vrijstellingsbevoegdheid.

- 113 In genoemd arrest GB-Inno-BM oordeelde het Hof (punt 28), dat de artikelen 3, sub g, 86 en 90 van het Verdrag eraan in de weg staan, dat een lidstaat aan het bedrijf dat het openbaar telecommunicatienet exploiteert, de bevoegdheid verleent normen voor telefoontoestellen vast te stellen en erop toe te zien, dat die normen door de handelaren in acht worden genomen, wanneer dit bedrijf op de markt van die toestellen een concurrent van die handelaren is.

- 114 In punt 25 van dat arrest overwoog het Hof immers, dat de cumulatie bij een dergelijke onderneming van de bevoegdheid de aansluiting van telefoontoestellen op het net toe te staan of te weigeren, met de bevoegdheid de technische normen

vast te stellen waaraan die toestellen moeten voldoen, en te verifiëren of niet door haarzelf geproduceerde apparaten aan de door haar opgestelde specificaties voldoen, erop neerkwam, dat zij de bevoegdheid kreeg naar eigen goeddunken te bepalen welke eindapparatuur op het openbaar net kon worden aangesloten, waardoor zij een duidelijk voordeel ten opzichte van haar concurrenten genoot.

- 115 De situatie in de hoofdgedingen verschilt echter van die waarom het in het arrest GB-Inno-BM ging.
- 116 In de eerste plaats is een bedrijfspensioenfonds ingevolge artikel 5, lid 1, van de vrijstellingsrichtlijnen verplicht, een onderneming vrij te stellen van de deelnemingsplicht, wanneer zij haar werknemers reeds ten minste zes maanden vóór de indiening van het verzoek naar aanleiding waarvan de deelneming aan het pensioenfonds verplicht is gesteld, had verzekerd van een pensioenregeling die hen rechten verleent die ten minste gelijkwaardig zijn aan die welke zij bij deelneming aan het pensioenfonds zouden verwerven.
- 117 Aangezien de aangehaalde bepaling het bedrijfspensioenfonds op het punt van zijn vrijstellingsbevoegdheid bindt, kan niet worden aangenomen, dat zij het fonds zou kunnen aanzetten tot misbruik van die bevoegdheid. Het fonds gaat in een dergelijk geval immers enkel na, of aan de door de bevoegde minister gestelde voorwaarden is voldaan (zie, in deze zin, arrest van 27 oktober 1993, Lagache e.a., C-46/90 en C-93/91, Jurispr. blz. I-5267, punt 49).
- 118 In de tweede plaats kan een bedrijfspensioenfonds ingevolge artikel 1 van de vrijstellingsrichtlijnen een onderneming vrijstelling verlenen, wanneer deze haar werknemers verzekert van een pensioenregeling die hen rechten verleent die ten minste gelijkwaardig zijn aan die van het fonds, mits in geval van uittreding uit het fonds een naar het oordeel van de Verzekeringskamer redelijke compensatie

wordt geboden voor eventueel uit die uittreding voor het fonds voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel.

- 119 De aangehaalde bepaling stelt een bedrijfspensioenfonds aldus in staat, een onderneming van de deelnemingsverplichting vrij te stellen, die haar werknemers een gelijkwaardige pensioenregeling verzekert, indien deze vrijstelling zijn financieel evenwicht niet in gevaar brengt. De uitoefening van deze bevoegdheid brengt een complexe beoordeling mee van gegevens betreffende de betrokken pensioenregelingen en het financiële evenwicht van het fonds, waarvoor een ruime beoordelingsmarge noodzakelijk is.
- 120 Gelet op de complexiteit van een dergelijke beoordeling en op de risico's die de verlening van vrijstellingen oplevert voor het financiële evenwicht en dus voor de vervulling van de sociale taak van het bedrijfspensioenfonds, kan een lidstaat van oordeel zijn, dat de vrijstellingsbevoegdheid niet bij een andere instelling dient te berusten.
- 121 Opgemerkt zij echter, dat de nationale rechter, wanneer hij zoals in casu te oordelen krijgt over een verzet tegen een dwangbevel tot betaling van premies, de weigering van vrijstelling door het fonds moet toetsen, waarbij hij op zijn minst moet nagaan, of het fonds geen willekeurig gebruik heeft gemaakt van zijn vrijstellingsbevoegdheid en of het bij zijn beslissing het non-discriminatiebeginsel en de overige wettigheidsvoorwaarden in acht heeft genomen.
- 122 Wat ten slotte het argument van Brentjens betreft, dat een adequaat pensioen-niveau voor de werknemers kan worden verzekerd door de vaststelling van minimumeisen waaraan door de verzekeringsmaatschappijen aangeboden pensioenen moeten voldoen, moet worden beklemtoond, dat gezien de sociale functie van de aanvullende pensioenregelingen en de beoordelingsmarge waarover de

lidstaten volgens vaste rechtspraak bij het inrichten van hun stelsels van sociale zekerheid beschikken (arresten van 7 februari 1984, Duphar e.a., 238/82, Jurispr. blz. 523, punt 16; Poucet en Pistre, reeds aangehaald, punt 6, en 17 juni 1997, Sodemare e.a., C-70/95, Jurispr. blz. I-3395, punt 27), het aan elke lidstaat is te onderzoeken of, gezien de bijzonderheden van zijn nationaal pensioenstelsel, hij met de vaststelling van minimumeisen nog in staat is het pensioenniveau te verzekeren dat hij in een bepaalde bedrijfstak door de verplichting tot deelneming in een pensioenfonds wil garanderen.

- 123 Mitsdien moet op de vierde vraag worden geantwoord, dat de artikelen 86 en 90 van het Verdrag er niet aan in de weg staan, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.

Kosten

- 124 De kosten door de Nederlandse, de Duitse, de Franse en de Zweedse regering, alsook door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in de hoofdgedingen is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE

uitspraak doende op de door het Kantongerecht te Roermond bij vonnissen van 18 maart 1997 gestelde vragen, verklaart voor recht:

- 1) Het besluit van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak in het kader van een collectieve overeenkomst, om in die bedrijfstak één bedrijfspensioenfonds op te richten dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, en de overheid te verzoeken de deelneming in dit fonds voor alle werknemers in die bedrijfstak verplicht te stellen, valt niet onder artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG).

- 2) De artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG), 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) en 85 van het Verdrag staan niet in de weg aan een besluit van de overheid om, op verzoek van de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak, de aansluiting bij een bedrijfspensioenfonds verplicht te stellen.

- 3) Een pensioenfonds dat belast is met het beheer van een aanvullende pensioenregeling, dat is opgericht bij collectieve overeenkomst tussen de werkgevers- en werknemersorganisaties in een bedrijfstak en waarin deelneming voor alle werknemers in de bedrijfstak door de overheid verplicht is gesteld, is een onderneming in de zin van de artikelen 85 en volgende van het Verdrag.

- 4) De artikelen 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 82 EG en 86 EG) staan er niet aan in de weg, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren.

Rodríguez Iglesias

Puissochet

Hirsch

Jann

Moitinho de Almeida

Gulmann

Murray

Edward

Ragnemalm

Sevón

Wathelet

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 21 september 1999.

De griffier

De president

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias

o