DOMSTOLENS DOM

21. september 1999 *

I sag C-219/97,

angående en anmodning, som Nederlandenes Hoge Raad i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Maatschappij Drijvende Bokken BV

mod

Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens 85, 86 og 90 (nu artikel 81 EF, 82 EF og 86 EF),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene J.-P. Puissochet, G. Hirsch og P. Jann samt dommerne J.C. Moitinho de Almeida

* Processprog: nederlandsk.

(refererende dommer), C. Gulmann, J.L. Murray, D.A.O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón og M. Wathelet,

generaladvokat: F.G. Jacobs

justitssekretær: ekspeditionssekretær D. Louterman-Hubeau,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Maatschappij Drijvende Bokken BV ved advokat T.R. Ottervanger, Rotterdam

— Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven ved advokat E. Lutjens, Amsterdam, og advokat M.O. Meulenbelt, Utrecht

— den nederlandske regering ved juridisk konsulent A. Bos, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— den tyske regering ved afdelingschef E. Röder og kontorchef C.-D. Quassowski, begge Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede

— den franske regering ved chef for Kontoret for International Økonomisk Ret og Fællesskabsret K. Rispal-Bellanger og ekspeditionssekretær C. Chavance, begge Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtigede

— den svenske regering ved afdelingschef L. Nordling, Handelsafdelingen, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B.J. Drijber og W. Wils, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 17. november 1998 er afgivet mundtlige indlæg af Maatschappij Drijvende Bokken BV ved advokat T.R. Ottervanger, af Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven ved advokaterne E. Lutjens og M.O. Meulenbelt, af den nederlandske regering ved kontorchef M.A. Fierstra, Afdelingen for EU-ret, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, af den franske regering ved C. Chavance, af den svenske regering ved kontorchef A. Kruse, Juridisk Tjeneste, Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen ved W. Wils,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 28. januar 1999,

afsagt følgende

Dom

1 Ved dom af 6. juni 1997, indgået til Domstolen den 12. juni 1997, har Nederlandenes Hoge Raad i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt seks præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 85, 86 og 90 (nu artikel 81 EF, 82 EF og 86 EF).

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem selskabet Maatschappij Drijvende Bokken BV (herefter »Drijvende Bokken«) og Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (Pensionsfonden for transport- og havnevirksomheder, herefter »fonden«) vedrørende Drijvende Bokken's afvisning af at betale bidrag til fonden for 1991, 1992 og 1993 med den begrundelse, at den obligatoriske tilslutning til fonden, på grundlag af hvilken de pågældende bidrag kræves betalt af selskabet, strider mod traktatens artikel 85, 86 og 90.

Den nationale lovgivning

3 Det nederlandske pensionssystem er baseret på tre former for pension.

4 Den første er en lovbestemt pension, der ydes af staten i overensstemmelse med Algemene Ouderdomswet (lov om almindelig alderdomspension, herefter »AOW«) og Algemene Nabestaandenwet (lov om den almindelige forsikringsordning for efterladte). Denne obligatoriske lovbestemte ordning giver hele befolkningen ret til en pension på et begrænset beløb, som er uafhængigt af den løn, den pågældende tidligere faktisk har oppebåret, og beregnes på grundlag af den lovbestemte mindsteløn.

5 Den anden form for pension er de tillægspensioner, der ydes i forbindelse med lønnet eller selvstændig erhvervsmæssig virksomhed og i de fleste tilfælde supplerer grundpensionen. Disse tillægspensioner administreres normalt i henhold til kollektive ordninger, der gælder for en økonomisk sektor, et erhverv eller de ansatte i en virksomhed, af pensionsfonde, hvortil tilslutning er gjort obligatorisk, bl.a. — som i hovedsagen — i medfør af Wet houdende vaststelling van en regeling betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds af 17. marts 1949 (lov om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsfond, herefter »BPW«).

6 Den tredje form for pension er de individuelle pensionsforsikrings- eller livsforsikringsaftaler, der kan indgås på frivilligt grundlag.

7 I henhold til Wet op de loonbelasting (lov om beskatning af lønindkomst) kan præmier, der betales i pensionsøjemed, kun fradrages, såfremt pensionen ikke overstiger et »rimeligt« niveau. Præmierne kan ikke fradrages, hvis pensionen overstiger et sådant niveau. Dette niveau ligger for en forsikringsperiode på 40 år på 70% af den pågældendes slutløn. Disse skatteregler medfører, at normen for oprettelse af en pension i Nederlandene i øjeblikket svarer til en pension, inklusive pensionen i henhold til AOW, på 70% af slutlønnen.

8 Artikel 1, stk. 1, i BPW, som affattet ved lov af 11. februar 1988, bestemmer følgende:

»1. I denne lov og de i henhold hertil udstedte bestemmelser forstås ved:

...

b. en erhvervspensionsfond: en fond, der virker inden for en branche og tilvejebringer pensionsmidler enten udelukkende til fordel for personer, der udøver lønnet virksomhed inden for den pågældende branche, eller også til fordel for personer, der udøver andre former for virksomhed inden for branchen

...

f. ministeren: arbejds- og socialministeren.«

9 Artikel 3 i BPW, som ændret, lyder således:

»1. Ministeren kan på begæring af en brancheorganisation, som han finder tilstrækkelig repræsentativ for en branches økonomiske struktur, efter samråd med den departementschef, hvis ansvarsområde den pågældende branche henhører under, og efter at have hørt Sociaal-Economische Raad [Det Økonomiske og Sociale Råd] og Verzekeringskamer [forsikringstilsynet], gøre tilslutning til erhvervspensionsfonden obligatorisk for alle arbejdstagere eller bestemte kategorier af arbejdstagere inden for branchen.

2. I det i stk. 1 omhandlede tilfælde har alle personer, der henhører under de berørte kategorier i overensstemmelse med bestemmelserne i stk. 1, og, hvis der er tale om lønmodtagere, deres arbejdsgivere pligt til at overholde de bestemmelser, der er fastsat for deres vedkommende i erhvervspensionsfondens vedtægter og regulativer eller i medfør heraf. Manglende overholdelse af disse bestemmelser, herunder manglende betaling af bidrag, kan indbringes for domstolene.«

10 I artikel 5, stk. 2, i BPW, som ændret, er der opstillet flere betingelser for, at arbejds- og socialministeren kan godkende en begæring om obligatorisk tilslutning som omhandlet i artikel 3, stk. 1. I henhold til artikel 5, stk. 2, punkt III og IV, i BPW, som ændret, skal erhvervspensionsfondens vedtægter og regulativer således i tilstrækkeligt omfang varetage de tilsluttedes interesser, og branchens arbejdsgiver- og arbejdstagersammenslutninger skal være repræsenteret i lige antal i fondens bestyrelse.

11 Det fremgår endvidere af artikel 5, stk. 2, punkt II, litra l), i BPW, som ændret, at erhvervspensionsfondens vedtægter og regulativer skal indeholde bestemmelser om de tilfælde, hvor arbejdstagere i den pågældende branche ikke har pligt til at blive tilsluttet fonden eller kan blive fritaget for visse forpligtelser i forhold til denne, og om betingelserne herfor.

12 Artikel 5, stk. 3, i BPW, som ændret, bestemmer følgende:

»Arbejds- og socialministeren fastsætter, efter at have hørt Verzekeringskamer og Sociaal-Economische Raad, retningslinjer vedrørende de i stk. 2, punkt II, litra l), omhandlede spørgsmål. Retningslinjerne skal baseres på et princip om, at arbejdstagere, der allerede var tilsluttet en virksomhedspensionsfond eller var forsikret i et livsforsikringsselskab mindst seks måneder før indgivelsen af den i artikel 3, stk. 1, omhandlede begæring, ikke har pligt til at blive tilsluttet erhvervspensionsfonden eller helt eller for en rimelig dels vedkommende er fritaget for forpligtelsen til at betale bidrag hertil, såfremt de kan godtgøre, at de i den periode, hvor de ikke skal være tilsluttet eller helt eller for en rimelig dels vedkommende er fritaget for forpligtelsen til at betale bidrag, erhverver pensionsrettigheder, der mindst svarer til dem, de ville erhverve, hvis de var tilsluttet erhvervspensionsfonden, og så længe de kan godtgøre dette. Ministeren kan også fastsætte retningslinjer vedrørende andre dele af stk. 2.«

13 Ved Beschikking betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijsteling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening af 29. december 1952 (afgørelse om fastsættelse af retningslinjer for fritagelse for tilslutning til en erhvervspensionsfond på grund af tilslutning til en særlig pensionsordning, som ændret ved afgørelse af 15.8.1988, herefter »retningslinjerne for fritagelse for tilslutning«) har arbejds- og socialministeren fastsat de i artikel 5, stk. 3, i BPW, som ændret, omhandlede retningslinjer.

14 Artikel 1 i retningslinjerne for fritagelse for tilslutning, som ændret, lyder således:

»Fritagelse for forpligtelsen til at blive tilsluttet en erhvervspensionsfond eller for forpligtelsen til at betale bidrag til en sådan fond kan gives af fonden på begæring af enhver berørt person, i det omfang den berørte arbejdstager inden for den pågældende branche er omfattet af en særlig pensionsordning, der opfylder følgende betingelser:

a. Ordningen skal være oprettet i en virksomhedspensionsfond, i en anden erhvervspensionsfond eller i et godkendt forsikringsselskab som omhandlet i artikel 10 i Wet toezicht verzekeringsbedrijf (lov om kontrol med forsikringsselskaber, Stb. 1986, 638) eller på grundlag af Algemene burgerlijke pensioenwet (lov om alderspension til offentligt ansatte, Stb. 1986, 540), Spoorwegenpensioenwet (lov om pension til de nederlandske statsbaners ansatte og deres forældre, Stb. 1986, 541) eller Algemene Militaire pensioenwet (lov om militærpension, Stb. 1979, 305).

b. De rettigheder, der kan erhverves i henhold til ordningen, skal samlet mindst svare til dem, erhvervspensionsfonden giver.

c. Den pågældende arbejdstagers rettigheder og hans overholdelse af sine forpligtelser skal være sikret i tilstrækkeligt omfang.

d. Såfremt fritagelsen medfører udtræden af fonden, skal der tilbydes en rimelig kompensation efter Verzekeringskamer's skøn for fondens eventuelle tab som følge heraf ud fra et forsikringsteknisk synspunkt.«

15 I artikel 5 i de nævnte retningslinjer, som ændret, hedder det videre:

»1. Der skal gives fritagelse, såfremt betingelserne i artikel 1, litra *a*), *b*) og *c*), er opfyldt, såfremt den særlige pensionsordning bestod mindst seks måneder før indgivelsen af den begæring, på grundlag af hvilken tilslutning til erhvervspensionsfonden blev gjort obligatorisk, og såfremt det er godtgjort, at den pågældende arbejdstager i den periode, hvor han ikke skal være tilsluttet eller helt eller for en rimelig dels vedkommende er fritaget for forpligtelsen til at betale bidrag, erhverver pensionsrettigheder, der mindst svarer til dem, han ville erhverve, hvis han var tilsluttet erhvervspensionsfonden.

2. Såfremt den særlige pensionsordning på det i stk. 1 omhandlede tidspunkt ikke opfyldte betingelsen i artikel 1, litra *b*), skal der gives en tilstrækkelig frist med henblik på opfyldelse af denne betingelse, inden der træffes afgørelse vedrørende begæringen.

3. En fritagelse efter nærværende artikel skal træde i kraft på det tidspunkt, fra hvilket tilslutning til erhvervspensionsfonden er gjort obligatorisk.«

16 Artikel 9 i de nævnte retningslinjer, som ændret, bestemmer følgende:

»1. De i artikel 8 omhandlede afgørelser kan påklages til Verzekeringskamer inden for en frist på 30 dage fra den pågældendes modtagelse af afgørelsen. Erhvervspensionsfonden skal skriftligt oplyse den pågældende om denne klageadgang samtidig med afgørelsen.

2. Verzekeringskamer orienterer erhvervspensionsfonden og de personer, der har indgivet klager, om sin afgørelse vedrørende disse klager.«

17 Verzekeringskamer's vurdering udgør et forligsforslag. Der er ikke tale om en afgørelse, der er bindende i tilfælde af en tvist. Verzekeringskamer's vurdering kan hverken påklages eller indbringes for domstolene.

18 Ud over bestemmelserne i BPW er de erhvervspensionsfonde, hvortil tilslutning er gjort obligatorisk, undergivet Wet houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen af 15. maj 1962 (lov om pensions- og opsparingsfonde, med flere senere ændringer, herefter »PSW«).

19 Formålet med PSW er i videst muligt omfang at sikre, at de forpligtelser med hensyn til pension, der er indgået over for arbejdstagerne, faktisk overholdes.

20 I henhold til artikel 2, stk. 1, i PSW har arbejdsgiverne således pligt til at vælge en af tre ordninger med henblik på at adskille de tilvejebragte pensionsmidler fra den resterende del af virksomhedens formue. Arbejdsgiveren kan tilslutte sig en erhvervspensionsfond, oprette en virksomhedspensionsfond eller tegne gruppeforsikringer eller individuelle forsikringer i et forsikringsselskab.

21 I artikel 1, stk. 6, i PSW præciseres det, at loven også finder anvendelse på erhvervspensionsfonde, hvortil tilslutning er gjort obligatorisk i medfør af BPW.

22 PSW opstiller også en række betingelser, som en erhvervspensionsfonds vedtægter og regulativer skal opfylde. Artikel 4 i PSW bestemmer således, at oprettelse af en sådan fond skal anmeldes til arbejds- og socialministeren og til Verzekeringskamer. I artikel 6, stk. 1, i PSW understreges det endnu engang, at den pågældende branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer skal være ligeligt repræsenteret i en erhvervspensionsfonds bestyrelse.

23 Desuden indeholder PSW i artikel 9 og 10 nærmere regler om, hvorledes de tilvejebragte midler skal forvaltes. Hovedreglen i så henseende er indeholdt i artikel 9, der pålægger pensionsfondene at overføre risikoen i forbindelse med pensionsforpligtelserne eller at genforsikre den. Som en undtagelse fra denne regel kan pensionsfondene i henhold til artikel 10 selv forvalte og investere den tilvejebragte kapital for egen risiko. For at få tilladelse hertil skal pensionsfonden over for de ansvarlige myndigheder fremlægge en plan, der nøje redegør for, hvorledes fonden vil imødegå den forsikringsmæssige og den økonomiske risiko. Planen skal godkendes af Verzekeringskamer. Desuden føres der løbende tilsyn med pensionsfondene. Ordningens resultatopgørelser skal regelmæssigt forelægges Verzekeringskamer til godkendelse.

24 Endelig indeholder artikel 13-16 i PSW regler om investering af de tilvejebragte beløb. I henhold til artikel 13 skal ordningens formue sammen med de anslåede indtægter være tilstrækkelig til at dække pensionsforpligtelserne. I artikel 14 fastslås det, at kapitalanbringelserne skal være forsigtige.

Hovedsagen

25 Fonden blev oprettet i medfør af BPW. Ved bekendtgørelse af 9. september 1959 (herefter »bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning«) gjorde arbejds- og socialministeren tilslutning til fonden obligatorisk for mandlige arbejdstagere på

18 år og derover, som sædvanligvis er beskæftiget i Rotterdam og omegns havneområde i en havnevirksomhed. Ved bekendtgørelse af 17. december 1991 blev anvendelsesområdet for bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning udvidet til at omfatte arbejdstagere, som sædvanligvis er beskæftiget i en havnevirksomhed eller en dermed ligestillet virksomhed.

26 Den af fonden tilbudte pensionsordning er baseret på den gældende norm i Nederlandene, nemlig at enhver arbejdstager, der har betalt bidrag til ordningen i den maksimale tilslutningsperiode, får en pension, inklusive pensionen i henhold til AOW, svarende til 70% af slutlønnen.

27 Drijvende Bokken udlejer flydekraner, som betjenes af virksomhedens eget personale. Flydekranerne, der ofte udlejes sammen med slæbebåde, benyttes bl.a. inden for offshore-industrien og den kemiske industri til bygnings- og reparationsarbejder.

28 Drijvende Bokken har tilsluttet sig en anden pensionsfond, idet selskabet er af den opfattelse, at det ikke er omfattet af bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning. Efter udvidelsen af anvendelsesområdet for bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning i 1991 pålagde fonden den 20. oktober 1993 Drijvende Bokken at betale et beløb på 132 000 NLG, svarende til det skyldige bidrag for 1991, 1992 og 1993 samt renter og omkostninger. Drijvende Bokken anlagde sag ved Kantongerecht, Rotterdam, til prøvelse af dette pålæg.

29 Ved dom af 2. maj 1994 gav Kantongerecht Drijvende Bokken medhold med den begrundelse, at selskabets ansatte ikke er beskæftiget i en havnevirksomhed som omhandlet i bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning. Fonden ankede dommen til Arrondissementsrechtbank, Rotterdam.

30 Ved dom af 25. januar 1996 ændrede Arrondissementsrechtbank den af Kantongerecht afsagte dom med den begrundelse, at Drijvende Bokken's ansatte hovedsageligt arbejder i en havnevirksomhed eller en dermed ligestillet virksomhed, hvorfor de er omfattet af bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning. Arrondissementsrechtbank forkastede også Drijvende Bokken's subsidiære anbringende om, at den obligatoriske tilslutning til fonden er uforenelig med EF-traktatens artikel 3, litra g) [efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra g), EF], EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) og traktatens artikel 85, 86 og 90, idet retten fandt, at fonden ikke kan betragtes som en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 og 86, men snarere har karakter af en social sikringsinstitution.

31 Drijvende Bokken iværksatte kassationsanke til Hoge Raad, idet selskabet gjorde gældende, at Arrondissementsrechtbank med urette havde anset den obligatoriske tilslutning til fonden for at være forenelig med fællesskabsretten.

32 Hoge Raad fastslog, at en sådan argumentation nødvendigvis indebar flere spørgsmål om fortolkningen af traktatens artikel 85, 86 og 90. Hoge Raad henviste bl.a. til dommen af 21. september 1988 i Van Eycke-sagen (sag 267/86, Sml. s. 4769, præmis 16). Hoge Raad fandt derimod ikke, at der i det foreliggende tilfælde er tale om begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser eller af etableringsretten.

33 I forelæggelsesdommen opregner Hoge Raad en række vigtige faktiske forhold, der er ubestridte. Fonden arbejder ikke med gevinst for øje og har intet kommercielt formål. Den gennemfører en pensionsordning for alle arbejdstagere i den pågældende branche, som har betydelige elementer af solidaritet. Fonden tager ikke hensyn til arbejdstagernes individuelle risici ved fastsættelsen af bidragene. Der fastsættes (gennemsnitlige) bidrag for alle arbejdstagere ud fra samme præmisser. Der gælder en acceptpligt for fonden, og de tilsluttede skal ikke gennemgå en forudgående lægeundersøgelse. Endelig meddeles der fritagelse for betaling af bidrag i tilfælde af uarbejdsdygtighed, således at der også optjenes pension i uarbejdsdygtighedsperioden.

34 Hoge Raad besluttede på denne baggrund at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal en erhvervspensionsfond som [fonden], med hensyn til hvilken [BPW] foreskriver obligatorisk tilslutning for alle eller én eller flere bestemte grupper af erhvervsdrivende, anses for en virksomhed som omhandlet i EF-traktatens artikel 85, 86 eller 90?

2) Når et antal erhvervsorganisationer i en branche, som af vedkommende minister anses for tilstrækkeligt repræsentative som omhandlet i artikel 3, stk. 1, i [BPW], i henhold til denne bestemmelse anmoder ministeren om at gøre tilslutning til en bestemt pensionsfond i denne lovs forstand obligatorisk, skal disse organisationers fælles optræden da anses for en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en form for samordnet praksis som omhandlet i EF-traktatens artikel 85, stk. 1, som — i denne traktatbestemmelses forstand — a) kan påvirke handelen mellem medlemsstater og b) har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet?

3) Hvis tilslutning gøres obligatorisk, skal dette da anses for en foranstaltning, som kan ophæve den effektive virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler, eller for en foranstaltning, hvorved en medlemsstat foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker deres virkning, eller er dette kun tilfældet under bestemte omstændigheder, og, såfremt dette er tilfældet, under hvilke?

4) Såfremt det foregående spørgsmål skal besvares benægtende: Kan andre omstændigheder føre til, at det er uforeneligt med EF-traktatens

artikel 90 at gøre tilslutning obligatorisk, og i bekræftende fald hvilke omstændigheder?

5) Kan den omstændighed, at tilslutning gøres obligatorisk, anses for en indrømmelse af en eksklusiv rettighed til en erhvervspensionsfond som omhandlet i EF-traktatens artikel 90, stk. 1, og skaffes der derved en sådan pensionsfond en dominerende stilling, som den misbruger blot ved at udøve den indrømmede eksklusive rettighed, navnlig fordi det kan påvirke handelen mellem medlemsstater at gøre tilslutning obligatorisk, og fordi tjenesteydelsen i strid med artikel 86, stk. 2, litra b), begrænses til skade for de obligatorisk tilsluttede virksomheder eller arbejdstagere? Eller kan den obligatoriske tilslutning fremkalde en situation, hvor en pensionsfond foranlediges til et sådant misbrug eller i hvert fald bringes i en situation, som den ikke ville kunne bringe sig selv i uden derved at tilsidesætte artikel 86, mens der således i hvert fald ikke sikres en ordning med ikke-fordrejet konkurrence?

6) Såfremt det er i strid med fællesskabsretten at gøre tilslutning obligatorisk, medfører dette da, at tilslutning ikke retsgyldigt kan gøres obligatorisk?«

Det andet spørgsmål

35 Med det andet spørgsmål, som skal undersøges først, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en beslutning truffet af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, inden for rammerne af en kollektiv overenskomst, om inden for branchen at oprette én pensionsfond, som skal administrere en tillægspensionsordning, og om at anmode de offentlige myndigheder om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for alle arbejdstagere inden for branchen, er i strid med traktatens artikel 85.

36 Drijvende Bokken har gjort gældende, at en anmodning fra arbejdsmarkedets parter om, at tilslutning til en erhvervspensionsfond gøres obligatorisk, udgør en aftale mellem virksomhederne inden for den pågældende branche, som er i strid med traktatens 85, stk. 1.

37 En sådan aftale begrænser konkurrencen i to henseender. For det første indebærer aftalen, for så vidt som det overlades til én enkelt institution at iværksætte en obligatorisk ordning, at virksomhederne inden for den pågældende branche fratages muligheden for at tilknytte sig en anden pensionsordning, som administreres af andre forsikringsselskaber. For det andet udelukker aftalen sådanne forsikringsselskaber fra en væsentlig del af pensionsforsikringsmarkedet.

38 Konsekvenserne af en sådan aftale for konkurrencen er »mærkbare«, idet aftalen vedrører hele den nederlandske havnebranche. Konsekvenserne forstærkes af den kumulative virkning, der er forbundet med, at tilknytning til pensionsordninger er gjort obligatorisk inden for adskillige brancher og for alle virksomheder inden for disse brancher.

39 Drijvende Bokken har endelig anført, at en sådan aftale påvirker handelen mellem medlemsstater, idet den vedrører virksomheder, der har grænseoverskridende aktiviteter, og da den fratager forsikringsselskaber i andre medlemsstater muligheden for at tilbyde en komplet pensionsordning i Nederlandene, det være sig gennem grænseoverskridende ydelser eller gennem filialer eller afdelinger.

40 Indledningsvis bemærkes, at traktatens artikel 85, stk. 1, forbyder alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Denne regel er så vigtig, at det i traktatens artikel 85, stk. 2, udtrykkeligt fastslås, at de aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af bestemmelsen, ikke har nogen retsvirkning.

41 Endvidere fremgår det af EF-traktatens artikel 3, litra g) og i) [efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra g) og j), EF], at Fællesskabets virke ikke alene skal indebære »gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes«, men også »indførelse af en politik på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område«. Det fastslås således i EF-traktatens artikel 2 (efter ændring nu artikel 2 EF), at Fællesskabet bl.a. har til opgave »at fremme en harmonisk og afbalanceret udvikling af den økonomiske virksomhed« og »et højt beskæftigelsesniveau« samt »et højt socialt beskyttelsesniveau«.

42 I denne forbindelse fastslås det i EF-traktatens artikel 118 (EF-traktatens artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF), at Kommissionen har til opgave at fremme et snævert samarbejde mellem medlemsstaterne på det sociale område, især for så vidt angår organisationsretten og retten til kollektive forhandlinger mellem arbejdsgivere og arbejdstagere.

43 I EF-traktatens artikel 118 B (EF-traktatens artikel 117-120 er erstattet af artikel 136 EF — 143 EF) hedder det endvidere, at Kommissionen bestræber sig på at udvikle dialogen mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan, idet denne dialog, hvis parterne finder det ønskeligt, kan føre til, at der knyttes aftalemæssige forbindelser.

44 Endvidere fremgår det af artikel 1 i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken (EFT 1992 C 191, s. 91, herefter »aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken«), at Fællesskabets og medlemsstaternes mål bl.a. omfatter en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene, en passende social beskyttelse, dialogen på arbejdsmarkedet, en udvikling af de menneskelige ressourcer, der skal muliggøre et varigt højt beskæftigelsesniveau, og bekæmpelse af social udstødelse.

45 I henhold til artikel 4, stk. 1 og 2, i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken kan dialogen mellem arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan, hvis parterne finder det ønskeligt, føre til overenskomstmæssige forbindelser, herunder aftaler, hvis iværksættelse enten finder sted efter de fremgangsmåder og den

praksis, arbejdsmarkedets parter og medlemsstaterne normalt anvender, eller, efter fælles anmodning fra de underskrivende parter, ved en afgørelse, som Rådet træffer på forslag af Kommissionen.

46 Kollektive aftaler, der indgås mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, har ganske vist nødvendigvis visse konkurrencebegrænsende virkninger. De socialpolitiske målsætninger, der forfølges med sådanne aftaler, ville imidlertid blive bragt alvorligt i fare, hvis arbejdsmarkedets parter var underlagt traktatens artikel 85, stk. 1, i forbindelse med deres fælles bestræbelser på at finde egnede foranstaltninger til at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene.

47 Det følger således af en formålsbestemt og sammenhængende fortolkning af traktatens bestemmelser som helhed, at aftaler, der indgås i forbindelse med kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter med sådanne målsætninger for øje, som følge af deres karakter og formål må anses for ikke at falde ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

48 Det skal herefter undersøges, om karakteren af og formålet med den i hovedsagen omhandlede aftale kan begrunde, at den falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1.

49 I lighed med de ovenfor omhandlede aftaler, som udspringer af dialogen på arbejdsmarkedet, er den i hovedsagen omhandlede aftale indgået i form af en kollektiv overenskomst, og den er resultatet af kollektive forhandlinger mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationerne.

50 Hvad angår formålet med den i hovedsagen omhandlede aftale bemærkes, at den inden for en bestemt branche opretter en tillægspensionsordning, der administreres af en pensionsfond, hvortil tilslutning kan gøres obligatorisk. En sådan ordning sigter i sin helhed mod at sikre alle arbejdstagerne inden for branchen et

vist pensionsniveau, og den bidrager således direkte til en forbedring af et af arbejdstagernes arbejdsvilkår, nemlig deres løn.

51 Det må derfor konkluderes, at den i hovedsagen omhandlede aftale som følge af dens karakter og formål ikke falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

52 Det andet spørgsmål skal herefter besvares med, at en beslutning truffet af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, inden for rammerne af en kollektiv overenskomst, om inden for branchen at oprette én pensionsfond, som skal administrere en tillægspensionsordning, og om at anmode de offentlige myndigheder om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for alle arbejdstagere inden for branchen, ikke falder ind under traktatens artikel 85.

Det tredje spørgsmål

53 Med det tredje spørgsmål, som herefter skal undersøges, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om traktatens artikel 3, litra g), artikel 5 og artikel 85 er til hinder for en beslutning fra de offentlige myndigheders side om på begæring af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk.

54 Drijvende Bokken er af den opfattelse, at de offentlige myndigheder ved at skabe en lovmæssig ramme og ved at imødekomme arbejdsmarkedets parters anmodning om at gøre tilslutning til erhvervspensionsfonden obligatorisk har fremmet eller støttet gennemførelsen og anvendelsen af aftaler mellem virksomheder inden for de pågældende brancher, som er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, og således tilsidesat traktatens artikel 3, litra g), artikel 5 og artikel 85.

55 Domstolen har bl.a. i Van Eycke-dommen (præmis 16) fastslået, at traktatens artikel 85 i sig selv udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke omfatter ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, der udgår fra medlemsstaterne. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at traktatens artikel 85, sammenholdt med artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler. Dette er ifølge samme praksis tilfældet, når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med traktatens artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention (jf. også domme af 17.11.1993, henholdsvis sag C-2/91, Meng, Sml. I, s. 5751, præmis 14, sag C-185/91, Reiff, Sml. I, s. 5801, præmis 14, og sag C-245/91, Ohra Schadeverzekeringen, Sml. I, s. 5851, præmis 10, og domme af 18.6.1998, henholdsvis sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 53 og 54, og sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 35, 36 og 49).

56 Det bemærkes i denne forbindelse, at den anmodning, arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationerne har fremsat over for de offentlige myndigheder om at gøre tilslutning til den af dem oprettede erhvervspensionsfond obligatorisk, er et led i en ordning, som er indført i henhold til flere nationale lovgivninger, og som vedrører udøvelsen af kompetencen til at udstede regler på det sociale område. Da den i hovedsagen omhandlede aftale ikke falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1, således som det fremgår af besvarelsen af det andet spørgsmål, står det medlemsstaterne frit for at gøre ordningen obligatorisk for personer, der ikke er bundet af aftalen.

57 Endvidere giver artikel 4, stk. 2, i aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken udtrykkeligt mulighed for, at arbejdsmarkedets parter i fællesskab kan anmode Rådet om at iværksætte aftaler, som de indgår på fællesskabsplan.

58 En beslutning fra de offentlige myndigheders side om at gøre tilslutning til en sådan fond obligatorisk kan således ikke anses for at foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler i strid med traktatens artikel 85 eller forstærke virkningerne af sådanne aftaler.

59 Det følger af ovenstående, at en beslutning fra de offentlige myndigheders side om at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk ikke falder ind under de kategorier af lovgivningsforanstaltninger, der efter Domstolens praksis skader den effektive virkning af traktatens artikel 3, litra g), artikel 5 og artikel 85.

60 Det tredje spørgsmål skal herefter besvares med, at traktatens artikel 3, litra g), artikel 5 og artikel 85 ikke er til hinder for en beslutning fra de offentlige myndigheders side om på begæring af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk.

Det første spørgsmål

61 Med det første spørgsmål, som herefter skal undersøges, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en pensionsfond, der administrerer en tillægspensionsordning og er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst indgået mellem en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, og hvortil tilslutning er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder for alle arbejdstagere inden for branchen, er en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 ff.

62 Fonden og de regeringer, der har indgivet indlæg, har anført, at en sådan fond ikke er en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 ff. De har herved henvist til de forskellige kendetegn ved en erhvervspensionsfond og den tillægspensionsordning, den administrerer.

63 For det første har den obligatoriske tilslutning for alle arbejdstagere inden for en bestemt branche til en tillægspensionsordning en vigtig social funktion i det nederlandske pensionssystem på grund af den meget begrænsede lovbestemte pension, der beregnes på grundlag af den lovbestemte mindsteløn. Såfremt en

tillægspensionsordning er oprettet ved kollektiv overenskomst inden for nogle ved lov fastlagte rammer, og tilslutning til ordningen er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder, udgør den et element i det nederlandske system for social beskyttelse, og den erhvervspensionsfond, der administrerer ordningen, må anses for at deltage i forvaltningen af den offentlige sociale sikring.

64 For det andet arbejder en erhvervspensionsfond ikke med gevinst for øje. Den drives i fællesskab af arbejdsmarkedets parter, som er ligeligt repræsenteret i bestyrelsen. Erhvervspensionsfonden opkræver et gennemsnitligt bidrag, som fastsættes af bestyrelsen ud fra en målsætning om en samlet balance mellem præmier, ydelser og risici. Med henblik på at oprette passende reserver kan bidragene ikke ligge under et vist niveau, og de kan med henblik på at fastholde princippet om, at fonden ikke arbejder med gevinst for øje, ikke overskride en øvre grænse, hvilket kontrolleres af arbejdsmarkedets parter og Verzekeringskamer. Bidragene investeres ganske vist efter et kapitaliseringssystem, men disse investeringer foretages under Vezekeringskamer's tilsyn og i overensstemmelse med bestemmelserne i PSW og erhvervspensionsfondens vedtægter.

65 For det tredje virker en erhvervspensionsfond efter et solidaritetsprincip. Solidariteten kommer til udtryk ved, at fonden har pligt til at acceptere alle arbejdstagere uden forudgående lægeundersøgelse, ved at der fortsat optjenes pension uden betaling af bidrag i tilfælde af uarbejdsdygtighed, ved at fonden betaler udestående bidrag, som skyldes af arbejdsgiveren, i tilfælde af dennes konkurs, og ved at pensionerne pristalsreguleres, således at de bevarer deres værdi. Solidaritetsprincippet fremgår også af, at der ikke for den enkelte arbejdstager er sammenhæng mellem det betalte bidrag, som er et gennemsnitligt bidrag, der er uafhængigt af risiciene, og pensionsrettighederne, som fastsættes på grundlag af en gennemsnitsløn. En sådan solidaritet gør en obligatorisk tilslutning til tillægspensionsordningen uomgængelig. I modsat fald ville man miste de »gode« risici, hvilket ville have en negativ spiralvirkning, der ville bringe ordningens økonomiske balance i fare.

66 På baggrund af ovenstående finder fonden og de regeringer, der har indgivet indlæg, at en erhvervspensionsfond er et organ, der varetager administrationen af

en socialsikringsordning, i lighed med de organer, der var omhandlet i dommen af 17. februar 1993 i sagen Poucet og Pistre (forenede sager C-159/91 og C-160/91, Sml. I, s. 637), og i modsætning til det organ, der var genstand for dommen af 16. november 1995 i sagen Fédération française des sociétés d'assurance m.fl. (sag C-244/94, Sml. I, s. 4013), og som blev betragtet som en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 ff.

67 Det bemærkes, at Domstolen tidligere har fastslået, at begrebet virksomhed inden for konkurrenceretten omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde (jf. bl.a. dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, Poucet og Pistre-dommen, præmis 17, og Fédération française des sociétés d'assurance m.fl.-dommen, præmis 14).

68 Domstolen fastslog endvidere i Poucet og Pistre-dommen, at det nævnte begreb ikke omfatter organer, der varetager administrationen af visse lovpligtige sociale sikringsordninger, der bygger på et solidaritetsprincip. Efter den syge- og moderskabsforsikringsordning, som i den nævnte sag var forelagt Domstolen, blev der ganske vist udbetalt identiske ydelser til medlemmerne, selv om bidragene afhang af indkomsten. Alderspensionerne i henhold til alderdomsforsikringsordningen blev finansieret af de arbejdstagere, der var i beskæftigelse. Endvidere var de i henhold til lov fastsatte pensionsrettigheder ikke proportionale med de bidrag, der var indbetalt til alderdomsforsikringen. Endelig bidrog ordninger, der gav overskud, til finansieringen af ordninger, der havde strukturbetingede økonomiske vanskeligheder. Denne solidaritet indebar nødvendigvis, at de forskellige ordninger måtte administreres af ét organ, samt at medlemskab af disse ordninger var obligatorisk.

69 I Fédération française des sociétés d'assurance m.fl.-dommen fastslog Domstolen derimod, at et organ uden gevinst for øje, der forvaltede en alderdomsforsikringsordning, der var indført i henhold til lov som en frivillig ordning til supplement af en obligatorisk forsikring, og som byggede på et kapitaliseringsprincip, var en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 ff. Det forhold, at medlemskab af ordningen var frivilligt, at ordningen byggede på et kapitaliseringsprincip, og at ydelserne udelukkende afhang af de betalte medlemsbidrag samt af de økonomiske resultater af forvaltningsorganets investeringer, indebar, at organet

udøvede en økonomisk virksomhed i konkurrence med livsforsikringsselskaberne. Hverken det forhold, at ordningen havde sociale formål og ikke havde gevinst for øje, kravene om solidaritet eller de øvrige regler bl.a om de begrænsninger, forvaltningsorganet var underlagt med hensyn til investeringer, kunne ændre noget ved, at den af forvaltningsorganet udøvede virksomhed var af økonomisk karakter.

70 Spørgsmålet om, hvorvidt begrebet virksomhed i traktatens artikel 85 ff. omfatter et organ som den i hovedsagen omhandlede erhvervspensionsfond, skal vurderes på grundlag af ovenstående betragtninger.

71 Det bemærkes i denne forbindelse, at erhvervspensionsfonden selv fastsætter bidragene og ydelserne, og at fonden bygger på et kapitaliseringsprincip.

72 I modsætning til ydelserne fra de i Poucet og Pistre-dommen omhandlede organer, der varetager administrationen af socialsikringsordninger, afhænger fondens ydelser således af de økonomiske resultater af de investeringer, den foretager, og som er undergivet Verzekeringskamer's tilsyn, ligesom det er tilfældet for et forsikringsselskab.

73 Endvidere fremgår det af artikel 5 i BPW og artikel 1 og 5 i retningslinjerne for fritagelse for tilslutning, at en erhvervspensionsfond har pligt til at fritage en virksomhed, såfremt denne mindst seks måneder før indgivelsen af den begæring, på grundlag af hvilken tilslutning til fonden blev gjort obligatorisk, allerede tilbød sine ansatte en pensionsordning, der gav dem rettigheder, der mindst svarer til dem, de ville erhverve ved tilslutning til fonden. Endvidere kan fonden i medfør af de nævnte retningslinjers artikel 1 fritage en virksomhed, såfremt denne tilbyder sine ansatte en pensionsordning, der giver dem rettigheder, som mindst svarer til dem, fonden giver, idet der, såfremt fritagelsen medfører udtræden af fonden, skal

tilbydes en rimelig kompensation efter Verzekeringskamer's skøn for fondens eventuelle tab som følge heraf ud fra et forsikringsteknisk synspunkt.

74 Det følger heraf, at en erhvervspensionsfond som den i hovedsagen omhandlede udøver en økonomisk virksomhed i konkurrence med forsikringsselskaberne.

75 Under disse omstændigheder kan det forhold, at den ikke handler med gevinst for øje, og de elementer af solidaritet, fonden og de regeringer, der har indgivet indlæg, har henvist til, ikke ændre noget ved, at erhvervspensionsfonden er en virksomhed i traktatens konkurrencereglers forstand.

76 Det forhold, at der forfølges et socialt formål, de ovennævnte elementer af solidaritet og begrænsningerne og kontrollen med hensyn til de af erhvervspensionsfonden foretagne investeringer kan ganske vist bevirke, at den ydelse, fonden kan tilbyde, er mindre konkurrencedygtig end den tilsvarende ydelse, der tilbydes af forsikringsselskaberne. Selv om sådanne begrænsninger ikke er til hinder for at anse fondens virksomhed som en økonomisk virksomhed, kan de begrunde, at et sådant organ har eneret til at administrere en tillægspensionsordning.

77 Det første spørgsmål skal herefter besvares med, at en pensionsfond, der administrerer en tillægspensionsordning og er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst indgået mellem en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, og hvortil tilslutning er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder for alle arbejdstagere inden for branchen, er en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 ff.

Det femte spørgsmål

78 Med det femte spørgsmål, som herefter skal undersøges, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om traktatens 86 og 90 er til hinder for, at de offentlige myndigheder giver en pensionsfond eneret til at administrere en tillægspensionsordning inden for en bestemt branche.

79 Den nederlandske regering har gjort gældende, at bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning alene medfører, at arbejdstagerne inden for den pågældende branche forpligtes til at tilslutte sig fonden. Bekendtgørelsen giver ikke fonden en eneret på området for tillægspensioner. Fonden har heller ikke en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86.

80 Indledningsvis bemærkes, at en beslutning fra de offentlige myndigheders side om at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk — som i det foreliggende tilfælde — nødvendigvis indebærer, at der gives fonden en eneret til at opkræve og administrere de bidrag, der betales med henblik på erhvervelse af pensionsrettigheder. En sådan fond må derfor betragtes som en virksomhed, som de offentlige myndigheder har indrømmet eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1.

81 Endvidere bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at en virksomhed, der har et lovbestemt monopol på en væsentlig del af fællesmarkedet, kan anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 (jf. dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Sml. I, s. 5889, præmis 14, og af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 5941, præmis 17).

82 En erhvervspensionsfond som den i hovedsagen omhandlede, der har eneret til at administrere en tillægspensionsordning inden for en branche i en medlemsstat og

dermed på en væsentlig del af fællesmarkedet, kan således anses for at indtage en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86.

83 Det skal dog bemærkes, at den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1, ikke i sig selv er uforenelig med traktatens artikel 86. En medlemsstat overtræder kun forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug (jf. Höfner og Elser-dommen, præmis 29, dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, præmis 37, Merci convenzionali porto di Genova-dommen, præmis 16 og 17, dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 18, og af 12.2.1998, sag C-163/96, Raso m.fl., Sml. I, s. 533, præmis 27).

84 Drijvende Bokken har i denne forbindelse gjort gældende, at systemet med obligatorisk tilslutning til den af fonden administrerede tillægspensionsordning strider mod traktatens artikel 86, sammenholdt med artikel 90. De pensionsydelser, fonden tilbyder, er ikke eller ikke længere i overensstemmelse med virksomhedernes behov. Ydelserne er for lave og ikke knyttet til lønnen, hvorfor de altid er utilstrækkelige. Arbejdsgiverne må derfor træffe andre forholdsregler med hensyn til pension. Systemet med obligatorisk tilslutning fratager imidlertid arbejdsgiverne muligheden for at tegne en samlet pensionsforsikring i et forsikringsselskab. Tegning af flere pensionsordninger i forskellige forsikringsselskaber giver højere administrationsomkostninger og mindre effektivitet.

85 Det bemærkes, at Domstolen i Höfner og Elser-dommen (præmis 34) fastslog, at en medlemsstat, som har givet et offentligt arbejdsformidlingskontor en eneret til arbejdsformidling, tilsidesætter traktatens artikel 90, stk. 1, når den skaber en situation, hvor det pågældende kontor nødvendigvis foranlediges til at overtræde traktatens artikel 86, bl.a. fordi det åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser.

86 I det foreliggende tilfælde er den af fonden tilbudte tillægspensionsordning baseret på den gældende norm i Nederlandene, nemlig at enhver arbejdstager, der har betalt bidrag til ordningen i den maksimale tilslutningsperiode, får en pension, inklusive pensionen i henhold til AOW, svarende til 70% af slutlønnen.

87 Visse virksomheder inden for branchen kan ganske vist have et ønske om at sikre deres ansatte en pensionsordning, der er mere omfattende end den, fonden tilbyder. At disse virksomheder ikke har mulighed for at overlade det til ét forsikringsselskab at administrere en sådan pensionsordning, og den hermed forbundne konkurrencebegrænsning, følger imidlertid direkte af den eneret, der er indrømmet erhvervspensionsfonden.

88 Det skal herefter undersøges, om erhvervspensionsfondens eneret til at administrere tillægspensionsordninger inden for en bestemt branche og den hermed forbundne konkurrencebegrænsning — som anført af fonden, den nederlandske regering og Kommissionen — kan være begrundet efter traktatens artikel 90, stk. 2, som en foranstaltning, der er nødvendig med henblik på opfyldelsen af en særlig social opgave i almenhedens interesse, som er pålagt fonden.

89 Drijvende Bokken har gjort gældende, at den obligatoriske tilslutning til erhvervspensionsfonden ikke er nødvendig for at sikre et tilstrækkeligt pensionsniveau for arbejdstagerne. En sådan målsætning kan opfyldes ved, at arbejdsmarkedets parter på foranledning af de offentlige myndigheder eller de offentlige myndigheder direkte fastsætter mindstekrav, som pensionerne skal opfylde. De kollektive overenskomster indeholder normalt en forpligtelse for arbejdsgiverne til at sikre de ansatte en minimal pensionsordning, hvorved det står dem frit for at oprette en særlig pensionsfond for deres egen virksomhed, at tilslutte sig en erhvervspensionsfond eller at henvende sig til et forsikringsselskab.

90 Efter Drijvende Bokken's opfattelse kan det heller ikke begrunde den obligatoriske tilslutning, at der betales en »gennemsnitlig præmie«. For det første kræver hverken BPW eller bekendtgørelsen om obligatorisk tilslutning et system baseret på en sådan præmie. For det andet er der flere erhvervspensionsfonde, hvortil tilslutning ikke er obligatorisk, som fungerer udmærket på grundlag af et system med en »gennemsnitlig præmie«.

91 Hvad angår det forhold, at alle arbejdstagere inden for en branche accepteres uden forudgående lægeundersøgelse, således at de »dårlige« risici ikke kan afvises, har Drijvende Bokken anført, at de pensionsforsikringsaftaler, der indgås med forsikringsselskaberne, i praksis indeholder en forpligtelse for arbejdsgiveren til at anmelde alle sine ansatte, og en forpligtelse for forsikringsselskabet til at acceptere enhver anmeldt arbejdstager uden forudgående lægeundersøgelse.

92 Indledningsvis bemærkes, at ifølge traktatens artikel 90, stk. 2, er virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, underkastet konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem.

93 Formålet med traktatens artikel 90, stk. 2, der under visse omstændigheder gør det muligt at fravige traktatens generelle regler, er at forlige medlemsstaternes interesse i at anvende visse, navnlig offentlige, virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne overholdes, og at fællesmarkedets enhed bevares (dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 12, og af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, præmis 39).

94 Under hensyn til medlemsstaternes således beskrevne interesse kan de, når de fastsætter de tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som de overdrager visse virksomheder at udføre, ikke være afskåret fra at tage hensyn til deres egne indenrigspolitiske mål og forsøge at virkeliggøre disse ved hjælp af de

forpligtelser og begrænsninger, som de pålægger de nævnte virksomheder (dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 40).

95 Den i hovedsagen omhandlede tillægspensionsordning har en vigtig social funktion i det nederlandske pensionssystem på grund af den begrænsede lovbestemte pension, som beregnes på grundlag af den lovbestemte mindsteløn.

96 Desuden er vigtigheden af tillægspensioners sociale funktion for nylig blevet anerkendt ved fællesskabslovgivers vedtagelse af Rådets direktiv 98/49/EF af 29. juni 1998 om beskyttelse af supplerende pensionsrettigheder for arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet (EFT L 209, s. 46).

97 Endvidere bemærkes, at det ikke er en forudsætning for, at betingelserne for at anvende traktatens artikel 90, stk. 2, er opfyldt, at den finansielle ligevægt eller de økonomiske overlevelsesmuligheder for den virksomhed, der har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, er truet. Det er tilstrækkeligt, at virksomheden, såfremt den ikke har de anfægtede rettigheder, er hindret i at opfylde de særlige opgaver, der er betroet den, således som de nærmere er fastlagt ved de forpligtelser og begrænsninger, der påhviler den (dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 52), eller at det er nødvendigt at opretholde disse rettigheder, for at den, der har dem, kan opfylde de opgaver af almen økonomisk interesse, som er betroet ham, på acceptable økonomiske vilkår (dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 14, 15 og 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 53).

98 Såfremt fondens eneret til at administrere tillægspensionsordningen for alle arbejdstagere inden for en bestemt branche ophæves, vil virksomheder, der har unge og sunde medarbejdere, og hvis aktiviteter ikke er farlige, forsøge at opnå mere fordelagtige forsikringsvilkår hos private forsikringsselskaber. I og med at de »gode« risici forlader erhvervspensionsfonden, kommer denne til at administrere en stigende andel af »dårlige« risici, hvilket fører til en stigning i udgifterne

til pensioner til arbejdstagerne, navnlig til ansatte i små og mellemstore virksomheder med ældre medarbejdere og farlige aktiviteter, som fonden ikke længere vil kunne tilbyde pensioner til en acceptabel pris.

99 Dette gør sig særlig gældende i en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor den tillægspensionsordning, fonden har eneret til at administrere, er kendetegnet ved en høj grad af solidaritet, bl.a. som følge af, at bidragene er uafhængige af risikoen, at der er pligt til at acceptere alle arbejdstagere uden forudgående lægeundersøgelse, at der fortsat optjenes pension uden betaling af bidrag i tilfælde af uarbejdsdygtighed, at fonden betaler udestående bidrag, der skyldes af arbejdsgiveren, i tilfælde af dennes konkurs, og at pensionerne pristalsreguleres, således at de bevarer deres værdi.

100 Sådanne begrænsninger, der gør den ydelse, fonden tilbyder, mindre konkurrencedygtig end en tilsvarende ydelse, der tilbydes af forsikringsselskaberne, er med til at begrunde fondens eneret til at administrere tillægspensionsordningen.

101 Det følger af ovenstående, at en ophævelse af fondens eneret kan medføre, at det bliver umuligt for fonden at opfylde de opgaver af almindelig økonomisk interesse, som er betroet den, på acceptable økonomiske vilkår, og bringe dens økonomiske balance i fare.

102 Drijvende Bokken har imidlertid under henvisning til GB-Inno-BM-dommen gjort gældende, at det forhold, at fonden både administrerer pensionsordningen og er den myndighed, der har kompetence til at meddele fritagelser, kan give anledning til en uretfærdig udøvelse af denne kompetence.

103 Det bemærkes, at Domstolen i GB-Inno-BM-dommen (præmis 28) fastslog, at traktatens artikel 3, litra f), artikel 86 og 90 er til hinder for, at en medlemsstat tillægger et selskab, som driver det offentlige telekommunikationsnet, beføjelse til at fastsætte forskrifter for telefonapparater og til at kontrollere, at de erhvervsdrivende overholder forskrifterne, når selskabet selv er i konkurrence med de pågældende erhvervsdrivende på markedet for telefonapparater.

104 I den pågældende doms præmis 25 udtalte Domstolen således, at det forhold, at et sådant selskab på én gang havde beføjelse til for det første at godkende eller afslå, at telefonapparaterne blev tilsluttet nettet, for det andet at fastsætte de tekniske krav, apparaterne skulle opfylde, og for det tredje at kontrollere, at de apparater, som selskabet ikke selv fremstillede, opfyldte de fastsatte specifikationer, var ensbetydende med at give virksomheden mulighed for at udøve et vilkårligt skøn over, hvilket terminaludstyr der kunne tilsluttes det offentlige net, og derved at give virksomheden en åbenbar fordel i forhold til dens konkurrenter.

105 Den i hovedsagen omhandlede situation adskiller sig imidlertid på flere punkter fra situationen i GB-Inno-BM-sagen.

106 For det første bestemmes det i artikel 5, stk. 1, i retningslinjerne for fritagelse for tilslutning, at en erhvervspensionsfond har pligt til at fritage en virksomhed, såfremt denne mindst seks måneder før indgivelsen af den begæring, på grundlag af hvilken tilslutning til fonden blev gjort obligatorisk, allerede tilbød sine ansatte en pensionsordning, der gav dem rettigheder, der mindst svarer til dem, de ville erhverve ved tilslutning til fonden.

107 Eftersom den ovennævnte bestemmelse er bindende for erhvervspensionsfonden i forbindelse med udøvelsen af kompetencen til at meddele fritagelser, kan den ikke anses for at kunne foranledige fonden til at misbruge denne kompetence. Fonden begrænser sig nemlig i et sådant tilfælde til at kontrollere, at de af den kompetente minister fastsatte betingelser er opfyldt (jf. i samme retning dom af 27.10.1993, forenede sager C-46/90 og C-93/91, Lagauche m.fl., Sml. I, s. 5267, præmis 49).

108 For det andet bestemmes det i artikel 1 i retningslinjerne for fritagelse for tilslutning, at en erhvervspensionsfond kan fritage en virksomhed, såfremt denne tilbyder sine ansatte en pensionsordning, der giver dem rettigheder, som mindst svarer til dem, fonden giver, idet der, såfremt fritagelsen medfører udtræden af fonden, skal tilbydes en rimelig kompensation efter Verzekeringskamer's skøn for fondens eventuelle tab som følge heraf ud fra et forsikringsteknisk synspunkt.

109 I henhold til den nævnte bestemmelse kan en erhvervspensionsfond således meddele fritagelse for tilslutningspligten til en virksomhed, der tilbyder sine ansatte en pensionsordning, der kan sidestilles med den, fonden administrerer, såfremt en sådan fritagelse ikke bringer fondens økonomiske balance i fare. Udøvelsen af denne kompetence til at meddele fritagelser er forbundet med en vanskelig vurdering af oplysninger vedrørende de pågældende pensionsordninger og fondens økonomiske balance, som nødvendigvis forudsætter en vid skønsmargin.

110 I betragtning af, hvor vanskelig en sådan vurdering er, og under hensyn til de risici, meddelelse af fritagelser indebærer for erhvervspensionsfondens økonomiske balance og dermed for dens muligheder for at opfylde den sociale opgave, der er betroet den, kan en medlemsstat med rette vurdere, at kompetencen til at meddele fritagelser ikke bør tildeles en særskilt enhed.

111 De nationale domstole, der — som i det foreliggende tilfælde — skal tage stilling til lovligheden af en pligt til at betale bidrag, skal imidlertid foretage en prøvelse af fondens beslutning om ikke at meddele fritagelse for tilslutningspligten, der i det mindste gør det muligt at kontrollere, at fonden ikke har benyttet sin kompetence til at meddele fritagelse vilkårligt, at der ikke er sket forskelsbehandling, og at de øvrige betingelser for beslutningens lovlighed er opfyldt.

112 Hvad endelig angår Drijvende Bokken's argument om, at der kan sikres arbejdstagerne et tilstrækkeligt pensionsniveau ved at fastsætte mindstekrav,

som de pensioner, forsikringsselskaberne tilbyder, skal opfylde, skal det understreges, at det på baggrund af tillægspensionsordningernes sociale funktion og den skønsbeføjelse, medlemsstaterne efter fast retspraksis har til selv at udforme deres socialsikringsordninger (dom af 7.2.1984, sag 238/82, Duphar m.fl., Sml. s. 523, præmis 16, Poucet og Pistre-dommen, præmis 6, og dom af 17.6.1997, sag C-70/95, Sodemare m.fl., Sml. I, s. 3395, præmis 27), tilkommer den enkelte medlemsstat at undersøge, om den under hensyn til dens nationale pensionssystems særegenheder ved at fastsætte mindstekrav stadig vil kunne sikre det pensionsniveau, den ønsker at garantere inden for en branche ved at gøre tilslutning til en pensionsfond obligatorisk.

113 Det femte spørgsmål skal herefter besvares med, at traktatens artikel 86 og 90 ikke er til hinder for, at de offentlige myndigheder giver en pensionsfond eneret til at administrere en tillægspensionsordning inden for en bestemt branche.

Det fjerde og det sjette spørgsmål

114 På baggrund af besvarelsen af det femte spørgsmål er der ikke anledning til at besvare det fjerde og det sjette spørgsmål.

Sagens omkostninger

115 De udgifter, der er afholdt af den nederlandske, den tyske, den franske og den svenske regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt Nederlandenes Hoge Raad ved dom af 6. juni 1997, for ret:

1) En beslutning truffet af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, inden for rammerne af en kollektiv overenskomst, om inden for branchen at oprette én pensionsfond, som skal administrere en tillægspensionsordning, og om at anmode de offentlige myndigheder om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for alle arbejdstagere inden for branchen, falder ikke ind under EF-traktatens artikel 85 (nu artikel 81 EF).

2) EF-traktatens artikel 3, litra g) [efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra g), EF], EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) og traktatens artikel 85 er ikke til hinder for en beslutning fra de offentlige myndigheders side om på begæring af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk.

3) En pensionsfond, der administrerer en tillægspensionsordning og er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst indgået mellem en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, og hvortil tilslutning er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder for alle arbejdstagere inden for branchen, er en virksomhed som omhandlet i traktatens artikel 85 ff.

4) **EF-traktatens artikel 86 og 90 (nu artikel 82 EF og 86 EF) er ikke til hinder for, at de offentlige myndigheder giver en pensionsfond eneret til at administrere en tillægspensionsordning inden for en bestemt branche.**

Rodríguez Iglesias Puissochet Hirsch

Jann Moitinho de Almeida Gulmann

Murray Edward Ragnemalm

Sevón Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. september 1999.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident