ARREST VAN HET HOF

21 september 1999 *

In zaak C-219/97,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) van de Hoge Raad der Nederlanden, in het aldaar aanhangig geding tussen

Maatschappij Drijvende Bokken BV

en

Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 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:

— Maatschappij Drijvende Bokken BV, vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger, advocaat te Rotterdam,

— Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, vertegenwoordigd door E. Lutjens, advocaat te Amsterdam, en M. O. Meulenbelt, advocaat te Utrecht,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door A. Bos, 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, Regierungsdirektor 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 L. Nordling, rättschef 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 Maatschappij Drijvende Bokken BV, vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger; de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, vertegenwoordigd door E. Lutjens 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 arrest van 6 juni 1997, ingekomen bij het Hof op 12 juni daaraanvolgend, heeft de Hoge Raad der Nederlanden krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) zes prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 81 EG, 82 EG en 86 EG).

2 Deze vragen zijn gerezen in een geschil tussen Maatschappij Drijvende Bokken BV (hierna: „Drijvende Bokken") en de Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (hierna: „Pensioenfonds") over de weigering van Drijvende Bokken het Pensioenfonds premies te betalen over de jaren 1991-1993, op grond dat de verplichte deelneming in het Pensioenfonds, krachtens welke die premies van haar werden gevorderd, in strijd zou zijn met de artikelen 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 rechthebbende. 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 l, 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 bedrijfsgenoten 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 l, 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 bedrijfsgenoot 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 bedrijfsgenoot 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 bedrijfsgenoot 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 bedrijfspensioenfondsen 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 pensioenfondsen verplicht het aan de pensioenverplichtingen verbonden risico over te dragen of te herverzekeren. Bij wijze van uitzondering op die regel geeft artikel 10 de pensioenfondsen 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 pensioenfondsen 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.

Het hoofdgeding

25 Het Pensioenfonds is opgericht krachtens de BPW. Bij besluit van 9 september 1959 (hierna: „Besluit verplichte deelneming") heeft de minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid de deelneming verplicht gesteld voor mannelijke

werknemers van 18 jaar en ouder die in het havengebied van Rotterdam en omgeving in een havenbedrijf plegen werkzaam te zijn. Bij beschikking van 17 december 1991 is de werking van het Besluit verplichte deelneming uitgebreid tot werknemers die werkzaam plegen te zijn in een havenbedrijf of daarmee gelijkgesteld bedrijf.

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 Drijvende Bokken verhuurt drijvende bokken, die door haar eigen personeel worden bemand. Deze bokken, die veelal tezamen met sleepboten worden verhuurd, worden onder meer ingezet in de offshore-industrie en de chemische industrie voor constructie- en reparatiewerkzaamheden.

28 Daar Drijvende Bokken van mening was, dat zij niet onder de werking van het Besluit verplichte deelneming viel, sloot zij zich bij een ander pensioenfonds aan. Na de uitbreiding van de werking van de verplichte deelneming in 1991 vorderde het Pensioenfonds van haar op 20 oktober 1993 bij dwangbevel 132 000 HFL wegens verschuldigde premies over de jaren 1991-1993. Drijvende Bokken deed verzet tegen dit dwangbevel bij het Kantongerecht te Rotterdam.

29 Bij vonnis van 2 mei 1994 verklaarde het Kantongerecht het verzet gegrond, op grond dat de werknemers van Drijvende Bokken niet te werk waren gesteld in een havenbedrijf in de zin van het Besluit verplichte deelneming. Het Pensioenfonds kwam van dit vonnis in beroep bij de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam.

30 Bij vonnis van 25 januari 1996 vernietigde de Arrondissementsrechtbank het vonnis van het Kantongerecht, op grond dat de werknemers van Drijvende Bokken in hoofdzaak in een haven- of daarmee gelijkgesteld bedrijf werkten en derhalve onder de werking van het Besluit verplichte deelneming vielen. Voorts verwierp de Arrondissementsrechtbank het subsidiaire verweer van Drijvende Bokken, dat de verplichte deelneming in het Pensioenfonds onverenigbaar was met de artikelen 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, lid 1, sub g, EG), 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG), 85, 86 en 90 van het Verdrag, op grond dat het Pensioenfonds niet kon worden aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, doch veeleer als een instelling van sociale zekerheid.

31 In cassatie stelde Drijvende Bokken, dat de Arrondissementsrechtbank de verplichte deelneming in het Pensioenfonds ten onrechte verenigbaar met het gemeenschapsrecht had geacht.

32 De Hoge Raad stelde vast, dat dat betoog verscheidene vragen van uitlegging van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag opwierp. Hij verwees daarvoor met name naar het arrest van 21 september 1988, Van Eycke (267/86, Jurispr. blz. 4769, punt 16). De Hoge Raad was echter van oordeel, dat in casu geen sprake was van beperkingen van de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging.

33 In zijn verwijzingsarrest zet de Hoge Raad een aantal belangrijke niet-betwiste feiten en omstandigheden uiteen. Het Pensioenfonds heeft geen winstoogmerk en streeft geen commercieel doel na. Het voert een pensioenregeling uit voor alle werknemers in de bedrijfstak, waarbij sprake is van sterke solidariteitselementen. Het houdt bij de vaststelling van de premies geen rekening met de individuele risico's van de werknemers. Deze risico's worden voor alle werknemers op basis van dezelfde uitgangspunten vastgesteld. Er bestaat voor het Pensioenfonds een acceptatieplicht en de deelnemers worden niet tevoren medisch gekeurd. Ten slotte geldt er een premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, zodat ook tijdens arbeidsongeschiktheid pensioen wordt opgebouwd.

34 De Hoge Raad heeft daarop de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet een bedrijfspensioenfonds als het Pensioenfonds, waarin krachtens en overeenkomstig de BPW het deelnemen voor alle of één of meer bepaalde groepen van bedrijfsgenoten verplicht is gesteld, worden aangemerkt als een onderneming in de zin van de artikelen 85, 86 of 90 van het EG-Verdrag?

2) Wanneer een aantal organisaties, die vervolgens door de minister zijn aangemerkt als een voldoende representatieve vertegenwoordiging van het georganiseerde bedrijfsleven in de zin van het eerste lid van artikel 3 BPW, op grond van deze wetsbepaling aan de minister verzoekt het deelnemen in een bepaald pensioenfonds in de zin van deze wet verplicht te stellen, is dit gezamenlijk optreden van die organisaties dan aan te merken als een overeenkomst tussen ondernemingen dan wel als een besluit van ondernemersverenigingen dan wel als een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag die — in de zin van deze verdragsbepaling — 1° de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en 2° ertoe strekt of ten gevolge kan hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?

3) Is verplichtstelling als voormeld aan te merken als een maatregel die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kan maken, althans als een maatregel waarbij een lidstaat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige afspraken oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan verstrekt, of is zulks slechts onder bepaalde omstandigheden het geval en, indien dit laatste, onder welke?

4) Indien de laatste vraag ontkennend moet worden beantwoord, kunnen dan andere omstandigheden ertoe leiden dat de verplichtstelling onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 90 van het EG-Verdrag en, zo ja, welke?

5) Kan de verplichtstelling worden aangemerkt als de verlening aan een bedrijfspensioenfonds van een uitsluitend recht in de zin van artikel 90, lid 1, van het EG-Verdrag, en wordt aldus aan een dergelijk pensioenfonds een machtspositie verschaft, waarvan het door de enkele uitoefening van het toegekende uitsluitend recht misbruik maakt, met name omdat door de verplichtstelling de handel tussen de lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed en omdat in strijd met artikel 86, lid 2, sub b, de dienstverlening wordt beperkt ten nadele van de verplicht aangesloten ondernemingen casu quo werknemers? Of kan de verplichtstelling een situatie in het leven roepen, waarbij een pensioenfonds tot een dergelijk misbruik wordt gebracht, althans in een situatie wordt geplaatst waarin het zichzelf niet zou kunnen plaatsen zonder daarbij artikel 86 te schenden, terwijl aldus in ieder geval niet een stelsel van onvervalste mededinging is gegarandeerd?

6) Indien de verplichtstelling strijdig is met het gemeenschapsrecht, brengt zulks dan mee dat de verplichtstelling niet rechtsgeldig is?"

De tweede vraag

35 Met zijn tweede vraag, die als eerste moet worden besproken, 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.

36 Volgens Drijvende Bokken 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.

37 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.

38 De gevolgen van een dergelijke overeenkomst voor de mededinging zijn „merkbaar", aangezien die overeenkomst de gehele Nederlandse havensector 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.

39 Ten slotte, aldus Drijvende Bokken, 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 ontneemt door middel van grensoverschrijdende dienstverlening of door middel van filialen en dochterondernemingen in Nederland, een integrale pensioenvoorziening aan te bieden.

40 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.

41 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".

42 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.

43 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.

44 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.

45 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 ondertekenende partijen, door een besluit van de Raad op voorstel van de Commissie.

46 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.

47 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.

48 Derhalve moet worden onderzocht, of aard en doel van de in geding zijnde overeenkomst rechtvaardigen dat deze buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt.

49 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.

50 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.

51 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat de in geding zijnde overeenkomst wegens haar aard en doel buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt.

52 Mitsdien moet op de tweede 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 derde vraag

53 Met zijn derde vraag, die als tweede moet worden besproken, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de artikelen 3, sub g, van het Verdrag, 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.

54 Volgens Drijvende Bokken 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.

55 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 ontneemt 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).

56 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 blijkens 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.

57 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.

58 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.

59 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.

60 Mitsdien moet op de derde 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 eerste vraag

61 Met zijn eerste vraag, die als derde moet worden besproken, 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.

62 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.

63 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.

64 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.

65 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.

66 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.

67 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).

68 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.

69 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 winstoogmerk, 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.

70 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.

71 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat het bedrijfspensioenfonds zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepaalt en dat het werkt volgens het kapitalisatiebeginsel.

72 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.

73 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.

74 Dit betekent, dat een bedrijfspensioenfonds als waarom het in het hoofdgeding gaat, een economische activiteit verricht en daarbij met verzekeringsmaatschappijen concurreert.

75 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.

76 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.

77 Mitsdien moet op de eerste 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 vijfde vraag

78 Met zijn vijfde vraag, die als vierde moet worden besproken, 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.

79 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.

80 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.

81 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).

82 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.

83 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; Merci 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).

84 Drijvende Bokken 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 ontneemt 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.

85 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 marktvraag naar dergelijke activiteiten.

86 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.

87 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.

88 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.

89 Drijvende Bokken 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.

90 Volgens Drijvende Bokken 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 bedrijfspensioenfondsen zonder verplichte deelneming, die uitstekend functioneren op basis van een „doorsneepremie".

91 Ten aanzien van de acceptatie van alle werknemers in een bedrijfstak zonder medische keuring, zodat de „slechte" risico's niet kunnen worden geweigerd, merkt Drijvende Bokken 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.

92 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.

93 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).

94 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).

95 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.

96 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).

97 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).

98 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.

99 Dit zou te meer het geval zijn wanneer, zoals in het hoofdgeding, 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.

100 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.

101 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.

102 Onder verwijzing naar het arrest GB-Inno-BM (reeds aangehaald) is Drijvende Bokken 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.

103 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.

104 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.

105 De situatie in het hoofdgeding verschilt echter van die waarom het in het arrest GB-Inno-BM ging.

106 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.

107 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, Lagauche e.a., C-46/90 en C-93/91, Jurispr. blz. I-5267, punt 49).

108 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.

109 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.

110 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.

111 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.

112 Wat ten slotte het argument van Drijvende Bokken betreft, dat een adequaat pensioenniveau 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.

113 Mitsdien moet op de vijfde 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.

De vierde en de zesde vraag

114 Gelet op het antwoord op de vijfde vraag, behoeven de vierde en de zesde vraag geen beantwoording.

Kosten

115 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 het hoofdgeding 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 Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 6 juni 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