ARREST VAN HET HOF
20 maart 1997 *

In zaak C-57/95,

Franse Republiek, vertegenwoordigd door E. Belliard, adjunct-directeur bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, en C. Chavance, secretaris bij dezelfde directie, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Franse ambassade, Boulevard du Prince Henri 9,

verzoekster,

ondersteund door

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door A. J. Navarro González, directeur-generaal Coördinatie juridische en institutionele aangelegenheden van de Gemeenschappen, en R. Silva de Lapuerta, abogado del Estado voor het Hof van Justitie, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Spaanse ambassade, Boulevard E. Servais 4-6,

interveniënt,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur D. Gouloussis als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

betreffende een verzoek om nietigverklaring van mededeling 94/C 360/08 van de Commissie inzake een interne markt voor pensioenfondsen (PB 1994, C 360, blz. 7),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J. C. Moitinho de Almeida, J. L. Murray en L. Sevón, kamerpresidenten, C. N. Kakouris, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), C. Gulmann, G. Hirsch, P. Jann, H. Ragnemalm en M. Wathelet, rechters,

advocaat-generaal: G. Tesauro
griffier: L. Hewlett, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 5 november 1996, waar de Franse Republiek werd vertegenwoordigd door C. Chavance, het Koninkrijk Spanje door G. Calvo Díaz, abogado del Estado, als gemachtigde, en de Commissie door D. Gouloussis,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 januari 1997,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 4 maart 1995, heeft de Franse Republiek het Hof krachtens artikel 173, eerste alinea, EG-Verdrag verzocht om nietigverklaring van een handeling van de Commissie met het opschrift „Mededeling van de Commissie inzake een interne markt voor pensioenfondsen" (94/C 360/08) (PB 1994, C 360, blz. 7; hierna: „mededeling").

2 Bij beschikking van de president van het Hof van 20 september 1995 is het Koninkrijk Spanje toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verzoekster.

3 Op 21 oktober 1991 diende de Commissie bij de Raad een voorstel voor een richtlijn betreffende de vrijheid van beheer en de belegging van de gelden van instellingen voor pensioenvoorziening (PB 1991, C 312, blz. 3; hierna „voorstel voor een richtlijn") in, dat gebaseerd was op de artikelen 57, lid 2, en 66 EEG-Verdrag. Daar er binnen de Raad geen overeenstemming kon worden bereikt, trok de Commissie op 6 december 1994 dit voorstel in. Op 17 december daaraanvolgend publiceerde de Commissie de mededeling in het Publikatieblad.

4 In het eerste deel van de mededeling, met het opschrift „Inleiding en algemene opmerkingen", wijst de Commissie op het economisch en sociaal belang van de pensioenfondsen in de interne markt, noemt zij de beperkingen die de Lid-Staten om prudentiële redenen mogen opleggen, en formuleert zij een aantal beginselen van prudente belegging die alle instellingen voor pensioenvoorziening zouden moeten naleven. Het tweede deel van de mededeling, met het opschrift „Bijzondere interpretatie", bevat allereerst de definities van „instelling voor pensioenvoorziening", „pensioenuitkeringen", „deelnemende onderneming", „deelnemend orgaan", „dochterondernemingen" en „verbonden ondernemingen" (punt 2.1) en preciseert vervolgens het toepassingsgebied van de mededeling (2.2).

5 De punten 2.3 en 2.4 van de mededeling luiden als volgt:

„2.3. *Beleggingsbeheer en bewaarneming*

2.3.1. De daadwerkelijke uitoefening van het recht op het vrij verrichten van diensten, in dit geval ten behoeve van vermogensbeheer, vereist niet alleen dat de dienstverrichters vrij zijn hun diensten in de gehele Gemeenschap aan te bieden,

maar ook dat degenen die hun diensten willen doen verrichten, vrij zijn een dienstverrichter te kiezen die niet in hun eigen Lid-Staat is gevestigd. Waar andere communautaire wetgeving betrekking heeft op de vergunningverlening aan en de werkzaamheid van de verrichters van diensten voor het vermogensbeheer, dient de vrijheid van instellingen voor pensioenvoorziening om te kiezen uit degenen die gemachtigd zijn de dienst te verlenen, duidelijker te worden benadrukt.

Daarom mogen instellingen voor pensioenvoorzieningen die gemachtigd zijn gebruik te maken van een extern beheerder van hun beleggingen, er niet van worden weerhouden om voor gedeelten of voor het geheel van hun activa een vermogensbeheerder aan te wijzen, die in een andere Lid-Staat is gevestigd en die overeenkomstig richtlijn 89/646/EEG van de Raad, richtlijn 92/96/EEG van de Raad, of richtlijn 93/22/EEG van de Raad naar behoren is gemachtigd tot de uitoefening van deze activiteit.

2.3.2. Evenzo mogen instellingen voor pensioenvoorziening die gemachtigd zijn gebruik te maken van de diensten van een externe instantie voor de bewaarneming en het beheer van activa, zoals vermeld in punt 12 van de bijlage van richtlijn 89/646/EEG en punt C.1 van de bijlage van richtlijn 93/22/EEG, er niet van worden weerhouden om voor deze diensten kredietinstellingen of beleggingsmaatschappijen te kiezen die in een andere Lid-Staat zijn gevestigd en die overeenkomstig de genoemde richtlijnen hiertoe naar behoren zijn gemachtigd.

2.3.3. Het is noodzakelijk dat de toezichthoudende autoriteit die bevoegd is voor de instelling voor pensioenvoorziening, daadwerkelijk in staat wordt gesteld zijn verplichtingen ter zake na te komen ingeval de instelling zelf niet in staat of bereid is de inlichtingen waarom in redelijkheid is verzocht, te verstrekken, of stappen te nemen met betrekking tot de activa die niet onder zijn onmiddellijke bevoegdheid vallen.

Het is derhalve, zonder afbreuk te doen aan de overige bepalingen van deze mededeling en met het oog op het bedrijfseconomisch toezicht op de instelling, wenselijk dat de Lid-Staten eisen dat elke overeenkomst die tussen een instelling voor pensioenvoorziening en de in de paragrafen 1 en 2 bedoelde dienstverrichters wordt gesloten, bepalingen bevat die deze dienstverrichters verplichten om de bevoegde autoriteit die belast is met het toezicht op de instelling voor pensioen-

voorziening, van de informatie te voorzien welke die autoriteit nodig heeft om volledig inzicht te krijgen in de activa van de instelling, of om te voldoen aan de eventuele eis van die autoriteit om de vrije beschikking over deze activa te verbieden, indien deze doelstellingen niet kunnen worden bereikt via rechtstreekse stappen van die autoriteit bij de instelling voor pensioenvoorziening, wanneer die informatie of dat verbod noodzakelijk is om de bevoegde autoriteit in staat te stellen zijn verplichtingen inzake bedrijfseconomisch toezicht naar behoren na te komen.

2.3.4. In verband met de verwezenlijking van de in paragraaf 2.3.3 geschetste doelstellingen is het wenselijk dat elke Lid-Staat een bevoegde autoriteit aanwijst die verantwoordelijk is voor de samenwerking met zijn tegenhanger in elke andere Lid-Staat.

De Commissie zal de Lid-Staten een lijst van autoriteiten toezenden die overeenkomstig deze paragraaf zijn aangewezen en die door de Lid-Staten aan de Commissie zijn medegedeeld.

2.4. *Vrijheid van belegging van activa*

2.4.1. Het is wenselijk dat instellingen voor pensioenvoorziening die in een Lid-Staat zijn gevestigd, alle ter dekking van verwachte toekomstige betalingen van pensioenuitkeringen gehouden activa overeenkomstig de volgende beginselen beleggen:

a) De activa dienen te worden belegd op een bij de aard en de duur van de desbetreffende verplichtingen en het niveau van de financiering ervan passende wijze, rekening houdend met de vereisten ten aanzien van soliditeit, kwaliteit, liquiditeit en rendement van de portefeuille van de instelling als geheel.

b) De activa moeten voldoende gediversifieerd zijn, zodat in de portefeuille als geheel grote risicoconcentraties worden vermeden.

c) Beleggingen in een deelnemende onderneming of ondernemingen, in dochter- of verbonden ondernemingen of in een deelnemend lichaam of lichamen dienen tot een voorzichtig niveau te worden beperkt.

Bij de toepassing van deze beginselen kan met de omvang van een eventuele verzekering tegen insolventie of met die van staatsgaranties rekening worden gehouden.

2.4.2. De Lid-Staten mogen de in een deelnemende onderneming of een verbonden onderneming of ondernemingen belegde activa van het toepassingsgebied van paragraaf 2.4.1 uitsluiten, mits:

a) alle aangeslotenen die bijdragen aan de instelling betalen of hebben betaald of waarvoor bijdragen worden of zijn betaald:

— beheerders, bestuurders of aandeelhouders zijn of zijn geweest, ten hoogste elf in getal, die persoonlijk met deze belegging hebben ingestemd;

— zelfstandigen zijn of zijn geweest die de onderneming of ondernemingen als partner beheren, of

b) dergelijke beleggingen vóór de goedkeuring van deze mededeling zijn verricht.

De Lid-Staten dienen geregeld de op grond van deze paragraaf uitgesloten kwesties te onderzoeken om na te gaan of de handhaving van de betrokken uitsluitingen gerechtvaardigd is.

2.4.3. Een behoorlijke diversificatie van de activa, waaronder diversificatie in activa die in andere munteenheden luiden dan de munteenheden waarin de instelling verplichtingen heeft, is een belangrijk instrument voor het beheer van de instellingen om het rendement op de genoemde activa te maximaliseren bij een redelijk risiconiveau. Overeenkomstig het bepaalde van het Verdrag mogen de Lid-Staten van instellingen voor pensioenvoorziening niet eisen dat zij al dan niet in bepaalde categorieën activa beleggen, noch dat zij hun activa in een bepaalde Lid-Staat onderbrengen, tenzij om naar behoren gemotiveerde overwegingen van bedrijfseconomisch toezicht. Zij mogen met name geen voorwaarden stellen ten aanzien van de minimum- of maximumomvang van de belegging in bepaalde categorieën activa, indien deze niet om redenen van bedrijfseconomisch toezicht kunnen worden gerechtvaardigd; evenmin mogen zij regels vaststellen inzake de lokalisatie van de activa en het aanhouden ervan in congruente valuta's, die tot gevolg zouden kunnen hebben dat de mogelijkheden op het gebied van grensoverschrijdend beleggen worden beperkt. Elke om prudentiële redenen opgelegde beperking moet voorts in verhouding staan tot de doelstellingen die hiermee legitiem kunnen worden beoogd.

Als een eerste stap mogen de Lid-Staten op generlei wijze van de instellingen voor pensioenvoorziening eisen dat zij meer dan 60 % van hun activa in congruente valuta's aanhouden, nadat met het effect van eventueel door de instelling gehouden valuta-hedginginstrumenten rekening is gehouden, omdat dit niet algemeen te rechtvaardigen is op grond van prudentiële overwegingen.

In ecu luidende activa worden als congruent beschouwd met elke valuta in de Gemeenschap.

2.4.4. De Lid-Staten mogen het beleggingsbeleid van een instelling voor pensioenvoorziening of van haar vermogensbeheerder niet van voorafgaande goedkeurings- of stelselmatige aanmeldingsvereisten afhankelijk stellen."

De ontvankelijkheid van het beroep

6 De Commissie heeft een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, op grond dat de mededeling geen voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 173 van het Verdrag oplevert. Zij stelt, dat de mededeling geen rechtsgevolgen beoogt te sorteren en dat zij de Lid-Staten met deze mededeling geen verplichtingen heeft willen opleggen. De Commissie preciseert, dat zij, om coherent te blijven met het voorstel voor een richtlijn dat zij had moeten intrekken, in de mededeling de hoofdlijnen van het voorstel diende op te nemen om niet de indruk te wekken dat zij met de intrekking van het voorstel ook de daarin vervatte beginselen had prijsgegeven.

7 Er zij aan herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak het beroep tot nietigverklaring openstaat met betrekking tot alle door de instellingen getroffen bepalingen, ongeacht hun aard of vorm, die rechtsgevolgen beogen teweeg te brengen (zie arresten van 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad, Jurispr. 1971, blz. 263, r. o. 42, en 16 juni 1993, zaak C-325/91, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1993, blz. I-3283, r. o. 9).

8 In casu gaat het om een mededeling die door de Commissie is vastgesteld en integraal is gepubliceerd in reeks C van het Publikatieblad. Blijkens de stukken beoogt deze handeling de bekendmaking van de algemene zienswijze van de Commissie over de toepassing van de fundamentele beginselen van het Verdrag op instellingen voor pensioenvoorziening.

9 Voor de beoordeling, of de mededeling nieuwe rechtsgevolgen beoogt teweeg te brengen ten opzichte van die welke uit de toepassing van de fundamentele verdragsbeginselen voortvloeien, moet haar inhoud worden onderzocht.

10 Hieruit volgt, dat de gegrondheid van de exceptie van niet-ontvankelijkheid tezamen met de geschilpunten ten gronde dient te worden beoordeeld.

Ten gronde

11 Tot staving van haar beroep voert de Franse Republiek, ondersteund door het Koninkrijk Spanje, in de eerste plaats middelen inzake onbevoegdheid van de Commissie en schending van artikel 190 EG-Verdrag en van het rechtszekerheidsbeginsel aan. Voorts betoogt zij, dat de mededeling ongeldig is wegens de daaruit voortvloeiende ongelijke behandeling van de deelnemers in een pensioenfonds ten opzichte van de houders van een levensverzekeringspolis.

12 Met betrekking tot de onbevoegdheid van de Commissie stelt de Franse Republiek, zakelijk weergegeven, dat de mededeling een verbindende handeling is daar uit de nauwkeurigheid van de formulering blijkt dat zij de Lid-Staten nieuwe verplichtingen oplegt, en dat zij derhalve op een nauwkeurige rechtsgrondslag had moeten worden gebaseerd teneinde toetsing van de wettigheid ervan mogelijk te maken. Vergelijking van de tekst van het voorstel voor een richtlijn met die van de mededeling leert, dat deze teksten met name met betrekking tot de definities, het toepassingsgebied en de inhoud ervan gelijklopen. De publicatie van de mededeling na de intrekking van het voorstel voor een richtlijn zou erop wijzen, dat de Commissie met deze mededeling probeert te bewerkstelligen, dat dezelfde of soortgelijke regels als die van het voorstel voor een richtlijn worden toegepast.

13 Derhalve dient te worden onderzocht, of de mededeling zich ertoe beperkt de toepassing op de instellingen voor pensioenvoorziening van de bepalingen inzake het vrij verrichten van diensten, de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal te expliciteren, dan wel of zij ten opzichte van deze bepalingen specifieke verplichtingen in het leven roept.

14 In dit verband voert de Commissie allereerst aan, dat de mededeling niet verbindend is omdat de woorden „moet" of „moeten" steeds worden voorafgegaan door een werkwoord dat slechts een mening uitdrukt. Voorts betoogt zij, dat uit het

onderzoek van de inhoud van de mededeling blijkt, dat het gaat om een interpretatieve mededeling, die enkel wijst op de gevolgen van de rechtstreekse toepassing van de verdragsbeginselen op de instellingen voor pensioenvoorziening en geen nieuwe verplichtingen toevoegt aan die welke rechtstreeks uit de bepalingen van het Verdrag voortvloeien. Ten slotte zou de mededeling niet officieel tot de Lid-Staten zijn gericht en zou zij hun niet officieel ter kennis zijn gebracht.

15 Onder verwijzing naar de punten 17 tot en met 19 van de conclusie van de advocaat-generaal, waar uitvoeriger op de relevante bepalingen van de mededeling wordt ingegaan, moet om te beginnen worden vastgesteld, dat volgens de eerste alinea van punt 2.4.2 van de mededeling „de Lid-Staten (...) de in een deelnemende onderneming of een verbonden onderneming of ondernemingen belegde activa van het toepassingsgebied van paragraaf 2.4.1 [mogen] uitsluiten", mits aan de aldaar genoemde voorwaarden is voldaan.

16 Verder wordt in punt 2.4.3, tweede alinea, van de mededeling verklaard, dat de Lid-Staten als een eerste stap „op generlei wijze van de instellingen voor pensioenvoorziening [mogen] eisen dat zij meer dan 60 % van hun activa in congruente valuta's aanhouden, nadat met het effect van eventueel door de instelling gehouden valuta-hedginginstrumenten rekening is gehouden, omdat dit niet algemeen te rechtvaardigen is op grond van prudentiële overwegingen".

17 Ten slotte wordt in punt 2.4.4 verklaard: „De Lid-Staten mogen het beleggingsbeleid van een instelling voor pensioenvoorziening of van haar vermogensbeheerder niet van voorafgaande goedkeurings- of stelselmatige aanmeldingsvereisten afhankelijk stellen."

18 In de eerste plaats moet worden opgemerkt, dat deze bepalingen van de mededeling worden gekenmerkt door de dwingende bewoordingen waarin zij zijn gesteld.

19 In de tweede plaats moet worden vastgesteld, dat uit de inhoud van het in de punten 2.4.2, 2.4.3 en 2.4.4 van de mededeling verklaarde blijkt, dat dit niet kan worden geacht reeds besloten te liggen in de bepalingen van het EG-Verdrag inzake het vrij verrichten van diensten, de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal en slechts bedoeld is om de correcte toepassing ervan te verduidelijken.

20 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat deze bepalingen, die een rechtstreeks werkend verbod op ongerechtvaardigde beperkingen van de betrokken vrijheden bevatten, niet volstaan om de opheffing van alle belemmeringen van het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal te verzekeren, en dat de door het Verdrag ter zake voorziene richtlijnen nog een belangrijk toepassingsgebied vinden in de maatregelen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van de uit deze bepalingen voortvloeiende rechten (zie, wat het recht van vrije vestiging betreft, arrest van 21 juni 1974, zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631, r. o. 29-31).

21 Het zijn evenwel juist die maatregelen die door de mededeling worden beoogd en overigens waren terug te vinden in het voorstel voor een richtlijn dat door de Commissie is ingetrokken wegens „een impasse in de besprekingen met de Lid-Staten in de Raad" (punt 1.4 van de mededeling).

22 Met betrekking tot het argument van de Commissie, dat de mededeling de Lid-Staten niet officieel ter kennis is gebracht, kan worden volstaan met de opmerking, dat die omstandigheid de verbindende aard van de mededeling niet kan wijzigen.

23 Mitsdien moet worden aangenomen, dat de mededeling een handeling is die specifieke rechtsgevolgen beoogt teweeg te brengen, welke verschillen van die waarin de verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten, de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal reeds voorzien, zodat zij vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring.

24 Met betrekking tot de bevoegdheid van de Commissie om een handeling vast te stellen waarbij aan de Lid-Staten verplichtingen worden opgelegd waarin bovengenoemde bepalingen van het Verdrag niet voorzien, zij erop gewezen, dat het Verdrag geenszins in een dergelijke bevoegdheid voorziet, en dat hoe dan ook alleen de Raad krachtens de artikelen 57, lid 2, en 66 van het Verdrag gemachtigd is, richtlijnen vast te stellen inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten betreffende de toegang tot werkzaamheden, anders dan in loondienst, en de uitoefening daarvan.

25 Zonder dat op de overige door de Franse Republiek aangevoerde middelen behoeft te worden beslist, volgt uit het voorgaande, dat de mededeling een door een onbevoegde autoriteit verrichte handeling is.

26 Mitsdien moet worden vastgesteld, dat het door de Franse Republiek ingestelde beroep tot nietigverklaring van de mededeling zowel ontvankelijk als gegrond is.

Kosten

27 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1) Verklaart de mededeling van de Commissie inzake een interne markt voor pensioenfondsen (94/C 360/08) nietig.

2) Verwijst de Commissie in de kosten.

Rodríguez Iglesias Moitinho de Almeida Murray

Sevón Kakouris Kapteyn Gulmann

Hirsch Jann Ragnemalm Wathelet

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 maart 1997.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias